

Revista da
**PROCURADORIA-GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

ISSN 0102-8065

PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

10 anos da Procuradoria de
Procedimentos Disciplinares

95

janeiro/junho 2022

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procedimentos Disciplinares

10 anos da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

95

JANEIRO/JUNHO 2022



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RODRIGO GARCIA

Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

Procuradora-Geral do Estado

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Eraldo Ameruso Ottoni

*Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de
Procedimentos Disciplinares*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar

CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil Tel. (11) 3286-7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Emanuel Fonseca Lima, Claudia Aparecida Cimardi

Comissão Editorial

Presidência

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Membros

Adalberto Robert Alves, Dr. Bruno Betti Costa, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Joyce Sayuri Saito, Juliana Campolina Rebelo Horta, Luis Cláudio Ferreira Cantanhêde, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Rafael Issa Obeid, Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

Revista

Coordenação editorial desta edição: Eraldo Ameruso Ottoni

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2021 (1-94)

CDD-341.336
CDU-342.922

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
--------------------	-----

O “DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO DISCIPLINAR” E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA SANCIONATÓRIO ADEQUADO	10
---	----

Inácio de Loiola Mantovani Fratini

O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.361, DE 22 DE OUTUBRO DE 2021	48
---	----

Ana Paula Vendramini

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REFORMA DO SISTEMA DISCIPLINAR DO ESTADO DE SÃO PAULO	82
--	----

Adriana Masiero Rezende

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA SINDICÂNCIA (SUSCONSIND) PREVISTA NA LC Nº 1.381/2021 E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DISCIPLINAR DO ESTADO DE SÃO PAULO	100
--	-----

Ricardo Kendy Yoshinaga

O ILÍCITO DE INASSIDUIDADE	130
----------------------------------	-----

Eraldo Ameruso Ottoni

A PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES, A PANDEMIA DA COVID-19 E A AUDIÊNCIA VIRTUAL	156
--	-----

Norberto Oya

PECULIARIDADES DA DILAÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES	176
---	-----

René Zamlutti Júnior

DA OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONSIDERAÇÕES SOBRE FALSAS MEMÓRIAS	204
--	-----

Kristina Yassuko Iha Kian Wandalsen

O ASSÉDIO SEXUAL COMO INFRAÇÃO DISCIPLINAR	226
--	-----

Margarete Gonçalves Pedroso

REPERCUSSÕES DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DAS JURISPRUDÊNCIAS ADMINISTRATIVA E PRETORIANA	260
--	-----

Melissa Di Lascio Sampaio e Suzane Ramos Rosa Esteves

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL.....	302
---	-----

José Carlos Cabral Granado

NOTAS SOBRE RECURSOS, REVISÃO ADMINISTRATIVA E EXERCÍCIO DE DIREITO DE PETIÇÃO NOS PROCESSOS DISCIPLINARES DA LEI Nº 10.261/68.....	338
---	-----

Luciana R. L. Saldanha Gasparini

APRESENTAÇÃO

Em 2017, o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado editou a Revista nº 85, dedicada exclusivamente a assuntos relacionados ao procedimento disciplinar. A Revista celebrava o primeiro quinquênio de existência da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, nossa querida PPD, criada pela Lei Complementar nº 1.183, de 30 de agosto de 2012. A PPD agora completa seu segundo quinquênio, e, para comemorar esse marco, o Centro de Estudos edita a Revista nº 95, também dedicada exclusivamente aos procedimentos disciplinares.

Tive a honra de coordenar a Revista nº 85, honra que se renova e se avulta com a coordenação e apresentação desta edição, que conta com artigos de procuradoras e procuradores do estado que atuam em assuntos de natureza disciplinar em seu trabalho cotidiano.

Os artigos abordam temas atuais do Direito Disciplinar paulista, que sofreu profundas modificações com a publicação da Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, principalmente ao introduzir a consensualidade na solução dos conflitos disciplinares, diante da possibilidade de adoção de práticas autocompositivas, termo de ajustamento de conduta e suspensão condicional da sindicância; houve também alteração nos ilícitos relacionados à inassiduidade, que tem gerado uma série de controvérsias no âmbito da Administração Pública. Sobre essas alterações cuidam os primeiros artigos: O Dr. Inacio de Loiola Mantovani Fratini escreve sobre as bases teóricas para um programa sancionatório adequado, com superação do paradigma exclusivamente punitivista; a Dra. Ana Paula Vendramini Segura, com a experiência que acumulou à frente do Prac (Programa de Resolução Adequado de Conflitos Disciplinares), discorre sobre o papel da Procuradoria-Geral do Estado na regulamentação das práticas autocompositivas; a Dra. Adriana Masiero Rezende faz apontamentos sobre as inovações da Lei Complementar nº 1.361, trazendo para a publicação sua experiência na Assessoria Técnico Legislativa; o Dr. Ricardo Kendy Yoshinaga aprofunda pontos controvertidos relacionados à suspensão condicional da sindicância, e o subscritor escreve sobre as alterações nos ilícitos de inassiduidade.

A pandemia de Covid-19 e a restrições dela decorrentes trouxeram uma nova realidade para a condução dos processos disciplinares, diante da impossibilidade de realização de audiências presenciais. A nova realidade impôs a realização de audiências virtuais para todos os casos em tramitação, e sobre a implantação delas trata o artigo do Dr. Norberto Oya.

O Dr. René Zamlutti Júnior aborda o tema da independência das instâncias administrativa e judicial, diante de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça; a Dra. Kristina Yassuko Iha Kian Wandalsen, as cautelas na oitiva de crianças e adolescentes, comuns principalmente em processos oriundos da Secretaria de Educação.

Há dois artigos sobre as alterações introduzidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021: o escrito em conjunto pelas Dras. Melissa Di Lascio Sampaio e Suzane Ramos Rosa Esteves, sobre os entendimentos vigentes na Procuradoria-Geral do Estado acerca da irretroatividade de alterações benéficas ao réu no âmbito do disciplinar, e o do Dr. José Carlos Cabral Granado, analisando o combate à evolução patrimonial incompatível com os vencimentos.

A Dra. Margarete Gonçalves Pedroso analisa o combate do assédio assexual nas repartições públicas estaduais, sob a perspectiva da utilização dos instrumentos do direito disciplinar.

Completando o arco procedimental, a Dra. Luciana R. L. Saldanha Gasparini discorre sobre os meios legais de impugnação das decisões administrativas tomadas em procedimentos disciplinares.

São raras as publicações de Direito Disciplinar que enfrentam temas diretamente relacionados à interpretação e aplicação da legislação disciplinar paulista, razão da importância desta Revista que, além de suprir uma lacuna da literatura jurídica, fornece uma fonte de consulta extremamente útil para todos aqueles que atuam no procedimento disciplinar, desde o conhecimento do fato tido por irregular até a decisão final da mais alta autoridade do Estado.

Boa leitura!

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, exsurgindo 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 vênia 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, ressaltando 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 consequente 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 reduziam 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 ressignificação 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.

O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.361, DE 22 DE OUTUBRO DE 2021

Ana Paula Vendramini¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Do histórico da atuação da Procuradoria-Geral do Estado na regulação das práticas autocompositivas no contexto das infrações funcionais; 3 – Uma breve explanação sobre justiça restaurativa; 4 – Da atuação da Procuradoria-Geral do Estado na regulação das práticas autocompositivas no contexto das infrações funcionais nos termos da nova legislação; 5 – Conclusão; 6 – Agradecimentos; Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo discute qual o papel da Procuradoria-Geral do Estado na implantação das inovações trazidas pela Lei nº 1.361, de 22 de outubro de 2021. É resgatado o histórico da participação da Procuradoria-Geral do Estado na seara das práticas de Justiça Restaurativa. Posteriormente, explana-se o conceito de Justiça Restaurativa. Por fim, o referido papel é objeto de reflexões e ponderações.

PALAVRAS-CHAVE: Procuradoria-Geral do Estado. Infrações disciplinares. Processos disciplinares. Práticas autocompositivas. Justiça restaurativa. Inovações legislativas.

¹ Procuradora do estado desde março de 2013, atualmente lotada no Núcleo de Políticas Públicas. Graduada e mestre em psicologia. Coordenadora do Programa de Solução Adequada de Conflitos desde julho de 2019.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a oferecer uma reflexão sobre o *papel* da Procuradoria-Geral do Estado no fomento e regulação das soluções alternativas de conflitos, no âmbito disciplinar. Em 2018, com a edição da Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1, que instituiu o *Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar*, a Procuradoria-Geral do Estado passou a coordenar a gestão da implementação de práticas autocompositivas nessa seara. Por sua vez, em 2021, foi promulgada a Lei Complementar nº 1.361, de 22 de outubro, que, dentre outras alterações, ampliou e tornou lei a utilização das referidas práticas extinguindo a punibilidade nas hipóteses em que, em tese, o processo disciplinar não culmina no rompimento do vínculo do servidor público com o estado de São Paulo. Assim, atualmente, a depender de regulamentação por Decreto, toda infração que suscitar, hipoteticamente, a aplicação das penas de repreensão, suspensão e multa, conforme art. 267-D da Lei nº 10.261/68, comporta sua extinção por práticas autocompositivas². Nos demais casos, pode a penalidade ser mitigada.

Nesse contexto, diante do advento da novel legislação, é mister refletir acerca de qual a participação, posição e papel que a Procuradoria deveria, idealmente, ocupar. Será que a gestão das referidas práticas deve ser delegada inteiramente às Secretarias, com o apoio das respectivas Consultorias Jurídicas? Ou seria importante que a Procuradoria-Geral do Estado atuasse de forma mais contundente e especializada nessa seara?

2 Artigo 267-D – O acordo celebrado na sessão autocompositiva será homologado pela autoridade administrativa competente para determinar a instauração da sindicância ou pelo Procurador do Estado responsável por sua condução.

§ 1º – O cumprimento do acordo celebrado na sessão autocompositiva extingue a punibilidade nos casos em que, cumulativamente:

1. a conduta do funcionário não gerou prejuízo ao Erário ou este foi integralmente reparado;
2. **forem cabíveis, em tese, as penas de repreensão, suspensão e multa.**

§ 2º – Nos casos em que o cumprimento do acordo restaurativo não ensejar a extinção da punibilidade, tal acordo deverá ser considerado pela autoridade competente para mitigação da sanção, objetivando sempre a melhor solução para o serviço público.

§ 3º – A extinção da punibilidade, nos termos do § 1º deste artigo, será declarada pelo Chefe de Gabinete, que poderá delegar esta atribuição. (NR) (BRASIL. Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2022]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>. Acesso em: 20 jun. 2022, grifo nosso).

Para embasar essa reflexão, serão analisados elementos e resultados do Programa já instituído pela Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1, algumas diretrizes teóricas presentes na metodologia mais amplamente utilizada até o momento para a solução alternativa de conflitos no âmbito disciplinar – ancorada nos princípios, técnicas e práticas da Justiça Restaurativa, bem como as inovações legislativas introduzidas pela Lei Complementar nº 1.361, de 22 de outubro de 2021.

2. DO HISTÓRICO DA ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS NO CONTEXTO DAS INFRAÇÕES FUNCIONAIS

Há quase quatro anos, desde 20 de julho de 2018, vige a Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1, que implementou o *Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar*. Esse programa, de seu turno, é fruto de uma das conclusões da quarta subcomissão do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017, com a finalidade de estudar medidas para o aperfeiçoamento do sistema Disciplinar.

A 4ª subcomissão do Grupo de Trabalho primeiramente dimensionou o quantitativo de infrações funcionais processadas pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares que não acarretavam o rompimento do vínculo do servidor público com o Estado:

“[...] aproximadamente 75% dos servidores que respondem a um procedimento disciplinar permanecem em exercício – ou foram absolvidos ou receberam uma sanção que não implica o rompimento do vínculo funcional”. Com efeito, dados das penalidades propostas nos relatórios elaborados pela PPD no ano de 2016 sustentam, com folga, a afirmação supra. Sem considerar a diferença entre Processo Administrativo Disciplinar e Sindicâncias (nas quais a penalidade máxima que pode ser aplicada é a suspensão), 82% dos servidores que respondem a processo de natureza disciplinar permanecem vinculados à Administração Pública.³

3 SÃO PAULO. Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2018, p. 15, grifo nosso.

Veja-se que o mesmo relatório aponta que, no próprio ano de 2016, foram concluídos na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares 1.732 processos administrativos. Assim, conclui-se que 1.420 processos administrativos não romperam o vínculo funcional do servidor público com o Estado. Ainda, em tese, fosse atualmente, esses 1.420 processos administrativos poderiam ter sido 1.420 procedimentos autocompositivos.

De qualquer modo, as referências quantitativas acima deduzidas têm a finalidade de dimensionar o impacto, em tese, da efetiva adoção de práticas autocompositivas na seara disciplinar. Importa ainda transcrever do referido relatório a conclusão da 4ª subcomissão do Grupo de Trabalho, no seguinte sentido:

O Grupo entende que é possível e conveniente trabalhar, desde logo, em duas frentes. De um lado, cria-se um projeto piloto que tem por finalidade conceber e testar um modelo replicável; de outro, trabalha-se com a perspectiva de alteração do Estatuto, inserindo-se na Lei nº 10.261/68 a previsão do procedimento disciplinar restaurativo, a ser regulamentado por Decreto.⁴

À mesma época, a procuradora do estado Ana Sofia Schmidt de Oliveira, então responsável pela 2ª Unidade da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, em comemoração aos cinco anos de criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, escreveu um artigo⁵ analisando profundamente as premissas e procedimentos basilares ao procedimento disciplinar, confrontando-as com outros elementos invisíveis ao referido processo, como os impactos, danos e afetos dos servidores e Chefia envolvidos na situação conflituosa e infracional, bem como os impactos, danos e afetos no meio ambiente de trabalho funcional. Em melhores palavras e argumentos do que os aqui utilizados, o artigo escancarou a divergência entre a realidade criada no e pelo processo e a realidade experimentada pelos sujeitos da vivência, propondo a paradigmática e brilhante pergunta:

4 Ibidem, p. 19.

5 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Superando o paradigma punitivo. Por um procedimento disciplinar restaurativo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 85, p. 67-138, 2017.

[...] a imposição de uma pena inquestionavelmente resolve o processo (o que não é ruim, considerado o enorme volume de processos em andamento e de processos a serem relatados). E a pergunta, a essa altura inevitável, é: resolver o processo significa resolver o problema?⁶

Ao que constata:

Se o problema for o acúmulo de processos, resolver (no sentido de colocar um fim, encerrar) é possível dizer que sim. Mas, se o problema é o aprimoramento do serviço público, a qualidade do ambiente de trabalho, o restabelecimento de uma relação cordata entre os servidores e o desempenho profissional deles, a resposta já não é tão automática.⁷

Por fim, não é possível deixar de aqui transcrever um pequeno trecho relatando o que talvez tenha sido o primeiro procedimento disciplinar restaurativo do estado de São Paulo:

Baixada a Portaria que instaurou a Sindicância, os acusados foram citados. Por ocasião do interrogatório, Carlos, o chefe acusado de omissão, disse que deixou de elaborar um Comunicado de Evento em face de João e Ana porque olhou para a situação e viu uma “falta de educação”; considerou que uma conversa poderia resolver a questão. Ana e João deram as suas versões, cada qual deles atribuindo ao outro a responsabilidade pelo ocorrido. Ambos se mostravam ainda bastante impactados pelo que havia acontecido. Ao término dos interrogatórios, foi-lhes perguntado se gostariam de uma oportunidade para expressar, um ao outro, os respectivos pontos de vista. Ambos disseram que sim. Foram estabelecidas algumas regras para a conversa, ressaltando-se a importância (i) de ouvir sem interromper; de ouvir fazendo um esforço para entender o ponto de vista do outro em vez de ouvir apenas para contra-argumentar; (ii) de expressar os próprios sentimentos em vez de simplesmente apontar o dedo para o outro. Assim foi feito. Ambos, bastante emocionados, se desculparam, reconheceram que se expressaram de forma inadequada, reconheceram o valor um do outro. Ao final, trocaram um caloroso aperto de mão, enquanto sorriam aliviados desfazendo a tensão que os acompanhava desde a data do fato.

⁶ Ibidem, p. 75.

⁷ Ibidem, p. 75.

Um deles havia vindo de carro, o outro de ônibus. Combinaram de voltar juntos. Ambos estavam agradecidos pela oportunidade e cientes de que, embora tivessem vivenciado ali algo muito importante, isso não necessariamente teria um impacto na decisão do processo. Um resumo do que ocorreu ficou registrado em um documento que foi juntado aos autos.

Depois, o procedimento seguiu sua tramitação normal. Testemunhas foram ouvidas, encerrou-se a instrução, os defensores apresentaram alegações finais. Os autos estavam prontos para a elaboração do relatório final. Como mencionado no item 2 supra, as formulações de praxe resolveriam tudo rapidamente. Seria um processo a menos. Mas algo de diferente havia aparecido ali e propor a aplicação de uma sanção não parecia atender a nenhum interesse além daquele representado pela conveniência de colocar logo um fim na questão.⁸

Assim, a partir da publicação desse artigo e das conclusões do Grupo de Trabalho acima referidas, foram engendradas as ações necessárias à criação do *Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar*, regulamentado pela Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1.

O *Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar*, com base no relatório emanado pelo Grupo de Trabalho formado em 2017, destinou-se a implementar o encaminhamento de *conflitos interpessoais*, representantes de potenciais infrações ao dever de urbanidade, às práticas autocompositivas.

O Programa previu a criação de dois órgãos, entre eles um Comitê Gestor, de caráter estratégico e regulatório, com atribuições de, por exemplo, definir o âmbito de atuação do Programa; estabelecer o fluxo de procedimentos; identificar servidores capacitados; conceber estratégias de sensibilização no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Direta e Autárquica – de modo a fomentar e divulgar os princípios basilares das práticas autocompositivas; estabelecer metodologia de registro e monitoramento dos casos; e identificar, por intermédio da análise dos casos encaminhados ao Centro de Práticas, situações, estruturas e procedimentos que possam gerar conflitos recorrentes, recomendando sua alteração⁹. Ainda, esse Comitê

8 Ibidem, p. 88-89.

9 SÃO PAULO. Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1, de 20 de julho de 2018. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, n. 135, p. 30, 24 jul. 2018.

é coordenado por um Procurador de estado e composto por membros de todas as Secretarias participantes do Programa – Secretaria da Educação (SEE), Secretaria da Saúde (SES) e Secretaria da Administração Penitenciária (SAP). A título de nota, cumpre esclarecer que as referidas Secretarias foram escolhidas para a participação do Programa, vez que respondem por cerca de 90% dos procedimentos administrativos em trâmite pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

Além do Comitê Gestor, a Resolução também indicou a criação de um Centro de Práticas, com a finalidade de promover os atos executórios dos casos recebidos pelo Programa.

Durante sua vigência, o Programa celebrou termo de convênio com entidade de referência na área da Justiça Restaurativa; consolidou um fluxo de encaminhamento de casos; concebeu todos os modelos de registros (relatório simplificado, relatório de admissibilidade, relatórios finais); propôs um formato para avaliação continuada do Programa e do meio ambiente funcional (pesquisas de indicadores); promoveu eventos, círculos de sensibilização, cursos e recebeu ainda casos de conflitos interpessoais para sua resolução.

O Programa, sem dúvida nenhuma, acarretou a construção de muito conhecimento pertinente à implementação de práticas autocompositivas na Administração Pública. Um dos primeiros aprendizados de ordem estrutural e de maior dimensão foi registrado no segundo relatório emitido pelo Programa e acostado ao GDOC nº 1000725-619727/2018, concernente à necessidade de promoção de informações e sensibilização da Administração Pública acerca da cultura da autocomposição. Em primeiro lugar, com o andamento das ações do Programa, foi visibilizada a seguinte problemática:

Num primeiro momento, o foco principal do Projeto constituiu-se no enfrentamento dos casos de conflitos. Com o Convênio em vigor e divulgada internamente, aos Gabinetes, a existência, funcionamento, objetivos e metodologias do Projeto, esperou-se o recebimento de casos. Tal período perdurou entre maio e julho de 2019.

Verificando-se que os casos não vinham sendo encaminhados, o Comitê Gestor passou a refletir sobre os fatores que poderiam estar funcionando como entrave à utilização da referida tecnologia social, chegando às propostas de sensibilização como estratégia para aumentar

o quantitativo do referido encaminhamento. Partiu-se da premissa de que uma divulgação maior, com experimentação do círculo de diálogo seria suficiente para que os gestores passassem a repassar os casos de conflitos para serem solucionados junto ao PRAC.

Neste sentido, foi formulada e executada uma grande ação de sensibilização realizada na Escola de Administração Penitenciária, conforme descrito no item Atividades. Ainda, à época, foram realizadas reuniões com a Diretoria do Hospital pérola Byington e Darcy Vargas.

No decorrer de todas as reuniões e eventos realizados, o Projeto foi sempre celebrado, bem recebido, com manifestos pedidos de sua continuidade por parte dos participantes. Ainda assim, referida receptividade não se converteu no repasse dos casos de conflitos internos ao Programa.

Referido fenômeno é multifatorial, sendo possível se apontar algumas causas para sua evidenciação: i) os conflitos muitas vezes não são manifestos ou são invisíveis aos níveis hierárquicos superiores; ii) o encaminhamento de casos pode ser interpretado, às vezes fantasiosamente, como exposição do gestor e/ou de sua inabilidade em conduzir suas equipes; iii) a administração pública não possui ainda familiaridade, e/ou confiança suficientes quanto aos resultados de metodologia inovadora e ainda estranha às rotinas e protocolos usuais para o enfrentamento de questões pertinentes a conflitos e convivência.¹⁰

Em seguida, foi formulada estratégia levando em consideração as premissas ocultas quando se propõe a inserção de propostas de práticas autocompositivas nos ambientes administrativos como modalidade prioritária de enfrentamento de conflitos.

Veja-se que, quando as normas jurídicas migram de um modelo unilateral e repressivo para um modelo dialógico e focado em danos e responsabilidades – ao invés das culpas e punições –, essas normas estão partindo de determinada concepção de servidor e cultura funcional da Administração Pública bem diversa da anterior.

Quando se propõe o enfrentamento de questões por meio do diálogo e reparabilidade (derivada, por sua vez, da responsabilidade) está se

10 GDOC nº 1000725-619727/2018, fls. 8-9 do segundo relatório emitido pelo Programa.

partindo da premissa da plena capacidade de o servidor público participar das soluções necessárias e corrigir seus erros. Tal situação é absolutamente diversa daquela que propõe o desdobramento da questão com base exclusivamente punitiva – nessa modalidade, a premissa é a de que não pode haver confiança de que o servidor público tem capacidade para participar da solução ou reparar o dano. Assim, por trás das soluções jurídicas disponibilizadas para os conflitos e infrações, há essas premissas ocultas que devem compor, por si, as próprias estratégias para a implementação de normas jurídicas inovadoras.

No caso concreto, visualizou-se a extrema diversidade de cultura em uma e outra solução jurídica para conflitos e infrações. Assim, a solução que o Comitê Gestor passou a conceber perpassava pela continuada informação e sensibilização para uma nova cultura administrativa:

Em vista dos aprendizados e amadurecimento que foram advindos da própria execução do projeto, com a resposta dos agentes públicos perante as iniciativas tomadas, migrou-se do enfoque prioritário no pilar enfrentamento de casos, para o pilar sensibilização institucional.¹¹

A mera utilização burocrática e mecânica de meios autocompositivos para a solução de conflitos e infrações – sem uma devida adequação à sua lógica e filosofia – aniquila ou reduz extremamente o potencial que eles trazem implicitamente, que é o de outra cultura administrativa possível, focada em responsabilidade e diálogo.

Como se não bastasse, **além de subaproveitar o potencial da inserção das práticas autocompositivas na Administração Pública**, o não investimento em informação de qualidade a ser divulgada e em ações pertinentes à transformação da cultura administrativa pode acarretar efeitos deletérios e até mesmo contrários aos desejados pela norma jurídica. As práticas autocompositivas, por força da inovação legislativa referida, vêm para substituir as *punições* concernentes às repreensões, multas e suspensões. E tal substituição, com evidente inspiração no paradigma da Justiça Restaurativa, está preconizada no atual artigo 267-A do Estatuto do Servidor, baseando-se expressamente nos princípios da *corresponsabilidade e reparação do dano*.

¹¹ Ibidem, p. 10.

Ora, numa cultura administrativa desfavorável – ou numa facilitação malconduzida – qual a imagem e significado que as práticas autocompositivas **vão ganhar**? Vão ganhar a fama, baseada em absoluta falta de conhecimento técnico, de que representam a malfadada impunidade, o famoso *passar a mão na cabeça*. A Administração Pública perderá um recurso de adequação de comportamento do servidor, qual seja, a punição – ainda que ela seja absolutamente criticável em uma série de aspectos, para nada pôr em seu lugar.

Assim, se essa Administração Pública não se apoderar do verdadeiro sentido das práticas autocompositivas, as intenções da norma se perdem e geram problemas adicionais ao funcionamento do Estado. De quebra, vulnerabilizam ainda mais a imagem do servidor público perante a sociedade, tão precisada atualmente de uma nova significação e valorização.

Um segundo grande aprendizado que o Programa possibilitou, ainda não reproduzido em relatório, concerne ao modelo utilizado para a facilitação de casos. Num primeiro momento, a aposta do Comitê foi a celebração de um termo de convênio com uma entidade de referência na área. Supostamente, a experiência e conhecimentos da referida entidade seriam o suficiente para o sucesso do Programa. Entretanto, num segundo momento do Programa, quando os casos passaram a aportar, houve uma série de entraves para a adequação de oferta (de facilitadores) e demanda (de casos). Principalmente, quando começaram a aumentar os casos, a oferta de facilitadores não foi suficiente para suprir as demandas. No mais, o esperado é que, com a amplificação de programas desse gênero, a demanda tenda a ter acentuado crescimento por um longo período até que se estabilize, de modo que dificilmente uma entidade contratada dará conta da larga demanda por vir.

A título de exemplo, vamos computar os procedimentos disciplinares do ano de 2016 que hoje, com a Lei Complementar nº 1.361/21, poderiam – a depender ainda de Decreto regulamentador – ser encaminhados à autocomposição. Como se disse acima, 1.420 casos, naquele ano, poderiam ter tido tal destino. Por mês, seriam cerca de 118 casos em que é necessário ainda a presença de dois facilitadores. Se cada facilitador conseguisse começar e terminar três casos num mês (o que é um número elevadíssimo, já que os facilitadores não eram remunerados, não tinham dedicação exclusiva e dificilmente casos complexos tardariam somente

um mês para serem resolvidos), ainda assim seriam necessárias 40 duplas de facilitadores – somando um total de 80 pessoas.

Por outro lado, se para uma entidade privada ou sem fins lucrativos o quantitativo de 76 pessoas formadas em mediação, conciliação ou técnicas de Justiça Restaurativa é um número absolutamente expressivo, se se considerar o universo apenas das três Secretarias participantes do Programa – SAP, SES e SEE – e PGE, tal montante é mínimo.

Dessa forma, seria muito menos custoso ao Estado investir na capacitação continuada de um, proporcionalmente, pequeno quantitativo de servidores no espectro de muitas Secretarias – e que não necessariamente precisariam possuir dedicação exclusiva ao Programa, bastando uma participação por algumas horas da semana – do que em entidades conveniadas para promover as facilitações das práticas autocompositivas.

Como se não bastasse, a facilitação de casos por servidores públicos sequer representaria desvio de função, por ser dever inerente a todo servidor público a devida manutenção do ambiente de trabalho: “São deveres do funcionário: [...] **XII** – cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho”¹².

Por fim, o Estado já possui e se utiliza desse modelo de selecionar alguns servidores para algumas funções adicionais como o caso, a **título de exemplo, dos apuradores preliminares**. Via de regra, os apuradores preliminares não exercem exclusivamente essa função, mas são convocados a tal quando necessário. A diferença para o caso de servidores facilitadores é que os últimos necessitam, absolutamente, de uma capacitação inicial e uma formação continuada. Além disso, é importante frisar que no caso dos apuradores está expresso que a “a autoridade realizará apuração”¹³, enquanto que nas hipóteses de realização de práticas autocompositivas determina-se que a autoridade vai *submeter o caso às práticas autocompositivas*, não que ela *realizará* as práticas autocompositivas. Assim, por mais que se argumente que é mais adequado que a facilitação das práticas autocompositivas se faça por servidores, importante reconhecer que a Lei não se limita a essa possibilidade.

12 BRASIL, 1968, art. 241.

13 Ibidem, art. 264.

Como se não bastasse, o Estado, ao eleger a estratégia do servidor facilitador estaria ainda contribuindo de modo muito mais incisivo para a transformação da cultura administrativa do que ao contratar facilitadores externos, por vezes muito pouco familiarizados com a lógica própria do Estado, suas peculiaridades e modo de funcionamento.

Outros resultados do Programa experimentados como sendo muito positivos referiram-se à proposta de que os membros do Comitê Gestor também empreendessem à facilitação de casos, bem como a composição intersecretarial que foi atribuída a esse órgão.

A princípio, a atribuição precípua dos membros do Comitê Gestor, conforme acima esposado, concerne a formular os aspectos estratégicos do Programa. Ocorre que a não segmentação absoluta entre o *pensar o Programa* e sua *execução* proporcionam que este esteja em contínua e permanente progressão. A prática e execução do que se está propondo fornecem informações valiosas sobre como o idealizado está se materializando na consecução do Programa e ainda permite seu acompanhamento de forma aprofundada e comprometida. Ressalte-se ademais que sói comum a crítica em diversos âmbitos da Administração Pública da cisão e disparidade de perspectivas entre proponentes/gestores e executores. Muitas vezes, aponta-se que referida cisão contribui para planejamentos, acompanhamentos e medidas interventivas ineficazes e até mesmo inexecutáveis, tornando a gestão muito mais custosa e desgastante.

Veja-se um exemplo de como a assunção de algum grau de execução do Programa contribui para sua melhor gestão. O fluxo dos casos primeiramente desenhado estipulava que, admitido o caso ao Programa, seria o servidor contatado pelo facilitador para agendar o primeiro encontro do processo, denominado este de *pré círculo*, com a finalidade de oferecer-lhe uma escuta qualificada, bem como informar acerca do Programa e *processo circular* (metodologia específica de Justiça Restaurativa escolhida pelo Programa). Pois bem. Após a realização de um determinado número de *pré círculos*, identificou-se que este primeiro contato com o servidor apresentava uma série de dificuldades. Pelo seu ineditismo, o Programa é muito pouco conhecido pela imensa maioria dos servidores públicos, de modo que o contato pelo facilitador gerava estranhamento e padecia de grande falta de legitimidade – os servidores estranhavam o contato e era difícil inspirar sua confiança na legiti-

midade da intervenção. Com base nesses resultados, o Programa está atualmente testando o contato inicial com a Chefia imediata do referido servidor. Essa prática tem ofertado melhores resultados, pois termina por também informar as Chefias acerca de outras possibilidades de enfrentamento de conflitos.

Quanto à composição do Comitê Gestor por servidores de diversas Secretarias, os resultados têm sido também bastante frutíferos. Cada Secretaria apresenta suas especificidades, peculiaridades e eficiências próprias; então, as propostas debatidas acabam incorporando os pontos mais fortes de contribuição de cada uma das Pastas e, como se não bastasse, possibilitam sim um grau de uniformização que é coerente com essas peculiaridades.

No mais, em linhas mais amplas, a concretização recorrente de Comitês, órgãos e fóruns intersecretariais criam expressivo incremento no diálogo institucional, promovendo fértil campo para inovações no âmbito do Estado. Ainda, fortalecem estruturas vigentes, as tornando menos suscetíveis e frágeis quando da alternância do comando do Estado.

Concluindo, acima foram exemplificados alguns dos aprendizados que o Programa de Solução Adequada de Conflitos proporcionou, dentre muitos outros. Atualmente, o Programa se encontra vigente, tendo-se em vista que a Legislação que ampliou a incidência das práticas autocompositivas no âmbito das infrações funcionais carece ainda de regulamentação via Decreto. O foco do Programa hoje é o de promover experimentações para criar uma base segura para a implantação em massa das práticas autocompositivas, quando a Lei for regulamentada.

3. UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA

É importante, a esta altura, a explanação de algumas conceituações centrais à Justiça Restaurativa para o prosseguimento da presente reflexão. E por que a teoria base para a reflexão será aquela que sustenta a Justiça Restaurativa e não, por exemplo, aquela que fundamenta as práticas de mediação e conciliação, se a Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021 também as admite?

Com efeito, a Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021 acrescentou o Capítulo III ao Título VII do Estatuto do Servidor citando as

práticas autocompositivas de modo genérico. Ainda, o § 2º do art. 267-B esclarece que “são práticas autocompositivas a mediação, a conciliação, os processos circulares e outras técnicas de justiça restaurativa”¹⁴.

Novamente, por que então assumir a Justiça Restaurativa como linha mestra da aplicação da nova Lei?

Primeiramente, cumpre ressaltar que a autocomposição partilha de uma série de premissas e princípios comuns. Tanto a mediação como a prática de Justiça Restaurativa têm como base a voluntariedade, o empoderamento das partes, a informalidade, a consensualidade, dentre outros princípios e ademais, técnicas em comum.

Entretanto, a prática de Justiça Restaurativa pressupõe, sem que a mediação e a conciliação também o façam, a incidência dos princípios centrais da *corresponsabilidade e reparação do dano*. Veja-se que o art. 267-B fala expressamente em ambos os princípios.

Além disso, a reparação do dano, para além de um princípio norteador de todas as práticas autocompositivas (ou seja, a eventual mediação e conciliação deverão sim pautar-se em ambos os princípios próprios à Justiça Restaurativa) consta como requisito para extinção da punibilidade referente à infração funcional cometida:

Artigo 267-D – O acordo celebrado na sessão autocompositiva será homologado pela autoridade administrativa competente para determinar a instauração da sindicância ou pelo Procurador do Estado responsável por sua condução.

§ 1º – O *cumprimento do acordo celebrado na sessão* autocompositiva extingue a punibilidade nos casos em que, cumulativamente:

1. a conduta do funcionário não gerou prejuízo ao Erário ou este foi integralmente reparado;

2. forem cabíveis, em tese, as penas de repreensão, suspensão e multa.¹⁵

Ainda, a novel legislação, infere-se, espelhou mais estritamente o teor da Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

¹⁴ Ibidem, § 2º do art. 267-B.

¹⁵ Ibidem, art. 267-D, grifo nosso.

(que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário) do que a Lei nº 13.140/2015 (que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública) ou Resolução nº 125 do CNJ (que versa sobre a mediação e conciliação). Tanto a legislação que alterou o Estatuto do Servidor como a Resolução nº 225 do CNJ partem da premissa de que é necessário que as partes reconheçam os fatos essenciais para ser então possível a aplicação das práticas autocompositivas.

Por fim, cumpre destacar que a Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, na parte que inseriu as previsões atinentes às práticas autocompositivas, partiu das reflexões e conclusões do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017 com a finalidade de estudar medidas para o aperfeiçoamento do sistema Disciplinar:

O Grupo entende que é possível e conveniente trabalhar, desde logo, em duas frentes. De um lado, cria-se um projeto piloto que tem por finalidade conceber e testar um modelo replicável; **de outro, trabalha-se com a perspectiva de alteração do Estatuto, inserindo-se na Lei 10.261/68 a previsão do procedimento disciplinar restaurativo, a ser regulamentado por Decreto.**¹⁶

Assim, ainda que seja possível e, ademais, bem-vinda a utilização da mediação e conciliação no âmbito disciplinar, por um lado, ambas precisarão de adequações na técnica para englobarem o princípio da corresponsabilidade e reparação do dano. Por outro, o ancoramento das práticas autocompositivas não deixa de ser o arcabouço teórico e prático da Justiça Restaurativa. E assim, nesse contexto, importante explicitar alguns aspectos desse paradigma.

A princípio, assim a Resolução nº 225 do CNJ define o que seja Justiça Restaurativa:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de **princípios, métodos, técnicas** e atividades próprias, que visa à **conscientização** sobre os **fatores** relacionais, institucionais e

16 SÃO PAULO. Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2018, p. 19-20, grifo nosso.

sociais **motivadores de conflitos** e violência, e **por meio do qual os conflitos que geram dano**, concreto ou abstrato, **são solucionados** de modo estruturado na seguinte forma: [...].¹⁷

À primeira vista, com base na leitura do referido artigo, pode ainda parecer algo obscuro ou abstrato o que seja Justiça Restaurativa. Este foi acima transcrito, pois a Resolução nº 225 é um grande marco na história da Justiça Restaurativa Brasileira. No mais, ele traz a importante concepção de Justiça Restaurativa atual que não a limita a aplicação de uma determinada técnica. A Justiça Restaurativa carrega tanto elementos filosóficos, constituindo um verdadeiro paradigma para as relações humanas, como compõe-se de um repertório infindável de técnicas e metodologias – ainda e em permanente evolução, com ampla utilização ao redor do mundo.

Cumpra ainda pontuar que o *caput* do art. 1º da Resolução nº 225 explicita a ampla afinidade das metodologias de Justiça Restaurativa com os *conflitos* e *danos*. Isto é, as técnicas criadas para enfrentar conflitos atualmente são voltadas e pressupõem etapas tanto para mapear danos, como para planejar as devidas reparações.

Assim, do acima exposto e, levando-se em consideração que a Justiça Restaurativa parte de epistemologias calcadas na ciência contemporânea (como epistemologias holísticas e da complexidade, em detrimento das epistemologias deterministas das ciências modernas), é possível se concluir que os conflitos e danos são tanto parametrizados como enfrentados como *fenômenos complexos*.

Isto é, o paradigma da Justiça Restaurativa e as metodologias utilizadas não levam em consideração apenas aspectos subjetivos dos conflitos (sentimentos, experiências e a subjetividade em sentido mais amplo vivenciada pelos sujeitos envolvidos) e nem apenas os aspectos objetivos do conflito (estrita reparação dos danos e/ou cumprimento de normas). Ambos são relevantes e têm espaço no diálogo que se desenrola a partir da condução do facilitador.

17 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça. Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016, art. 1, grifos nossos.

No mais, a metodologia também abre campo para que se amplie o rol de sujeitos que são envolvidos no conflito. Tanto quando se mapeiam aqueles que sofreram danos de ordem subjetiva, como aqueles que são responsáveis por referidos danos. A título de exemplo, é possível que infrações administrativas cujas bases sejam conflitos interpessoais correlacionem-se a toda uma equipe cujas relações podem ser pouco funcionais. As metodologias de Justiça Restaurativa abrem a possibilidade tanto de se mapear, como de se incluir toda uma equipe no processo – e também sujeitos de outros locais. Dessa forma, atua-se no foco do problema (o funcionamento de toda uma equipe, grupo ou coletivo), gerando resultados muito mais satisfatórios a todos os envolvidos.

Prosseguindo com a breve explanação de elementos atinentes à Justiça Restaurativa, para os fins do presente artigo, importa consignar que o paradigma propõe inversões hermenêuticas na interpretação de fatos que nomeamos como conflitos. No âmbito da Justiça Restaurativa, o foco são as responsabilidades e danos e não a culpa e as punições.

Tal inversão está atrelada ao grande papel que os valores humanos – em seu sentido ético – exercem no âmbito da Justiça Restaurativa. Neste momento, interessante rememorar as pesquisas promovidas por Yves de la Taille¹⁸, que diferenciam a moral da ética.

Comumente, as palavras “moral” e “ética” são empregadas como sinônimas. Mas, para Yves, moral tem a ver com essa dimensão da regra e da norma. A moral traz um senso de dever, obrigatoriedade. Yves, ao adotar o conceito de Comte-Sponville entende que “a moral responde à questão ‘o que devo fazer?’, e a ética, à questão ‘como viver?’”¹⁹.

O plano ético refere-se então ao tema da “vida boa” e o plano moral, ao tema dos deveres para com outrem e para consigo mesmo. A “vida boa” preocupa os filósofos desde a antiguidade, e as respostas dadas costumam responder pelo nome de eudemonismo (teoria da felicidade como bem para o homem).

18 TAILLE, Yve de la. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

19 Ibidem.

Na Justiça Restaurativa a questão dos valores nesse lugar da ética é central. A forma de se relacionar não é pensada com base nos *deveres*, mas em como é a *vida boa*. A ação emerge da ética para se construir a *vida boa*, eu respeito o outro porque a vida é boa quando há respeito e não eu respeito o outro porque é minha *obrigação*.

Nessa toada, as técnicas vão buscar oferecer um campo de diálogo junto aos participantes do que seja a *responsabilidade* e como ela se manifesta no seu sentido ético e não normativo. Na prática, isso pode significar que o ato de reparação do dano, da ação e iniciativa derive da emergência de uma *potência* humana calcada no valor ético da responsabilidade ao invés de uma reparação que emergja da culpa, vergonha e medo da punição.

Note-se que a Justiça Restaurativa passa ao largo da visão calcada na ideia de que represente convivência com o cometimento de danos e infrações, o malfadado, conforme anteriormente já exposto, *passar a mão cabeça*. Muito pelo contrário. A Justiça Restaurativa visa a, com base nos valores éticos, incrementar a motivação intrínseca para comportamentos e relações funcionais, compromissadas e respeitadas nas repartições públicas.

Sobre essa diferenciação entre a origem da motivação para o comportamento humano e suas consequências, bem acentua Elizabeth M. Elliott:

Idealmente, as sociedades democráticas trabalham melhor se os cidadãos agirem a partir de uma motivação intrínseca em vez de extrínseca. Tanto através da punição como da recompensa, a motivação extrínseca oferece um valor limitado. As suas raízes em teorias contemporâneas de punição são encontradas nos condicionamentos operantes de Skinner, nos quais se supõe que, quando o reforço (recompensa) vem em seguida a um comportamento, é provável que o comportamento se repita (Kohn 1999:5). O comportamento skinneriano acredita que quase tudo o que fazemos é resultado de reforço, tanto positivo (recompensa), como negativo (punição). E na superfície das coisas, isso parece verdadeiro.

No entanto, pesquisas mostram que a punição funciona somente com comportamentos banais por pequenos períodos de tempo e condições nas quais há constantes reforços. [...]

Motivação intrínseca significa que, de certa forma, a pessoa vai agir sem o reforço da punição ou recompensa. No capítulo 7, consideramos a ideia dos valores, que são o centro motivacional do qual esperamos incentivar o comportamento moral. Na família, na escola, no local de trabalho e no Sistema de justiça Criminal, a conduta apropriada é sustentada por mais tempo – e menos custo – se o indivíduo autônomo for motivado intrinsecamente em vez de ter de requisitar o centro de motivação extrínseca do condicionamento operante.²⁰

Por fim, não menos importante em termos de considerações introdutórias sobre a Justiça Restaurativa, necessário ressaltar que esta se baseia inteiramente em metodologias colaborativas. Então, a proposta é a de se criar entendimento tanto acerca de problemas, conflitos e entraves bem como acerca de soluções e possibilidades a partir de um *grupo*, de uma pluralidade de vozes e perspectivas, e não a partir de uma visão individual.

Essa premissa é uma questão de coerência com o *olhar* que se está sustentando. Se se parte da premissa de que as questões, conflitos e decisões são *fenômenos complexos*, não seria coerente pautar um processo de decisão por um recorte individual.

Howard Zerh, fundamentando ainda mais a necessidade de que a técnica utilizada parta da colaboração e consensualidade, elenca o *engajamento* como um dos três pilares da aplicação da justiça Restaurativa (os outros dois são foco no dano e a necessidade de reparação que dele decorre). Assim ele se manifesta:

O princípio do engajamento sugere que as partes afetadas pelo crime – aqueles que foram vitimados, aqueles que ofenderam e membros da comunidade – desempenham papéis significativos no processo judicial. Tais “detentores de interesses” precisam receber informações uns sobre os outros e envolver-se na decisão do que é necessário para que se faça justiça em cada caso específico.

Em alguns casos, isto pode significar diálogo direto entre as partes. [...] Em outros casos, o processo envolve trocas indiretas, por intermédio de representantes, ou ainda outras formas de envolvimento. [...]

20 ELLIOTT, Elizabeth M. *Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis*. São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 69.

O princípio de engajamento implica o envolvimento de um círculo ampliado de partes, quando comparado ao processo de justiça tradicional.²¹

O trecho acima foi selecionado deliberadamente por aprofundar o princípio do engajamento, no sentido de que este não se manifesta apenas pelo diálogo direto, mas está resguardado por meio de trocas indiretas e representantes. Tal especificidade é relevante quando se inserem as metodologias de Justiça Restaurativa no âmbito disciplinar, uma vez que as infrações funcionais podem não ter como pano de fundo um conflito interpessoal, mas malferir um bem jurídico da Administração Pública – caso em que a metodologia pressupõe a troca indireta sobre o dano e a reparação.

Em termos de metodologias em Metodologias, há uma série de possibilidades. A título de exemplo nomeia-se as mais comuns no Brasil, havendo muitas outras utilizadas ao redor do mundo:

- *Círculos Restaurativos sistematizados por Dominic Barter;*
- *Círculos de construção de paz ou processos circulares sistematizados por Kay Pranis;*
- *Mediação vítima – ofensor; e*
- *Conferências familiares.*

Observe-se que nossa legislação Paulista, inclusive, cita uma metodologia de Justiça Restaurativa em seu art. 267-B, a metodologia dos Processos Circulares – a mesma que vem mais amplamente, até a presente data, sendo utilizada pelos Tribunais do País (*todos* com a incumbência de apresentar, ao Conselho Nacional de Justiça, plano de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa, conforme art. 28-A, acrescentado na Resolução nº 225 do CNJ, por meio da Resolução nº 300, de 31 de dezembro de 2019).

Assim, antes de prosseguir nas reflexões, a título de breve conclusão, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa: i) nos convida a buscar um maior aprofundamento e complexificação dos fatores de conflito, tendo como premissa de que este se trata de fenômeno complexo; ii) funda-se

21 ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2017, p. 40.

em base ética e de valores humanos; iii) constrói-se por metodologias colaborativas; e iv) foca no dano ao invés da culpa e na responsabilidade ao invés da punição.

4. DA ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DAS PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS NO CONTEXTO DAS INFRAÇÕES FUNCIONAIS NOS TERMOS DA NOVA LEGISLAÇÃO

Como exposto nas seções anteriores, a nova legislação amplia significativamente a possibilidade de resolução de infrações funcionais por meio de práticas autocompositivas. Numericamente também se verificou que será expressiva a quantidade de práticas a serem realizadas ao ano. Os dados numéricos foram aqui extraídos do ano de 2016, mas estes não sofreram diminuição ao longo dos anos seguintes. Pelo contrário. Assim, as infrações funcionais já geram atualmente quantidade significativa de movimentação processual e administrativa (mas, nem sempre resolvendo as questões de fundo de modo adequado).

Quanto ao papel da Procuradoria-Geral do Estado na implementação e acompanhamento de tais práticas, não há, entretanto, uma posição totalmente esgotada já pela Lei.

Nos artigos 267-A e 267-D da Lei nº 10.261/1968, resta previsto que tanto a autoridade competente para determinar a apuração de irregularidade e a instauração de sindicância ou processo administrativo e o Procurador do Estado responsável por sua condução ficam autorizados, mediante despacho fundamentado, a propor as práticas autocompositivas. No caso da homologação do acordo, assim determina o art. 267-D:

Artigo 267-D – O acordo celebrado na sessão autocompositiva será homologado pela autoridade administrativa competente para determinar a instauração da sindicância ou pelo Procurador do Estado responsável por sua condução.²²

Ocorre que a Lei, para a aplicação das práticas autocompositivas, requer ainda regulamentação via Decreto. Assim, é possível, provável e, mesmo adequado que a Procuradoria exerça ainda outros papéis no âm-

²² BRASIL, 1968, art. 267-D.

bito da autocomposição na seara das infrações funcionais para além destes expressamente determinados pela Legislação.

A título de comparação, é bastante frutífero que se tome o exemplo de como o Poder Judiciário vem atuando na seara da autocomposição. No âmbito do Poder Judiciário, no que concerne às soluções alternativas de conflitos, como a mediação e a própria Justiça Restaurativa, é prevista uma grande participação de membros desse Poder no exercício de funções de gestão, regulamentação e acompanhamento. A Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, dentre outras considerações, assim justifica essa participação de membros do Poder Judiciário na seara da autocomposição:

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;²³

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 219, p. 2-14, 1 dez. 2010, p. 2.

As considerações preliminares à referida Resolução não se esgotam nas já transcritas, mas estas, especialmente, denotam alguns focos importantes de atenção e com potencial de inspirar e nortear a aplicação de métodos autocompositivos no estado de São Paulo. Os considerandos expostos, em primeiro lugar, alçam os métodos consensuais de solução de conflitos ao patamar de uma *política pública permanente*. Essa caracterização da autocomposição como uma política pública revela, por um lado, a escolha institucional realizada para lidar com uma massa expressiva de conflitos assumindo, implicitamente, que esta é solução mais efetiva para seu enfrentamento. Por outro lado, nomear a autocomposição como política pública denota que o conjunto de ações que consubstancia referida política pública requer tanto estímulos, quanto acompanhamento e revisões permanentes. Note-se que a autocomposição poderia ter sido regulamentada independentemente de ocupar a posição de uma política pública, mas não foi este o caminho escolhido, realmente foi feita uma escolha por alavancar a cultura da autocomposição.

Aprofundando um pouco em razões e argumentos para alçar a autocomposição ao nível de uma política pública permanente, as considerações acima transcritas (bem como todo o conjunto delas) trazem já indicativos que fundamentaram a opção eleita: i) o aperfeiçoamento permanente é importante; ii) há reflexos na diminuição de processos; iii) é necessária a difusão e sistematização das práticas; iv) há relevância e necessidade de organizar e uniformizar os métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública; e v) é necessária a criação de órgãos especializados na matéria.

Assim, vê-se que o Poder Judiciário há tempos vem se debruçando sobre as práticas autocompositivas, quais as razões para adotá-las, de que forma fazer e qual o melhor *locus* que tais práticas devem ocupar – tendo elegido o lugar da política pública. E, ainda nesse sentido, desde o ano de 2010, na época em que sequer estava ainda regulamentada a Justiça Restaurativa, mas apenas a mediação, o Poder Judiciário já anteviu a necessidade da criação de órgãos, especialização e acompanhamento das soluções alternativas de controvérsias. E o fez de modo absolutamente adequado, não poderia ser diferente face toda a complexidade e especialidade que acima se rascunhou acerca da autocomposição.

Veja-se também que todo o contexto que envolve as infrações funcionais demonstra necessidades muito similares às já elaboradas pelo Poder Judiciário. E, assim como o Poder Judiciário se insere como um grande gestor dessa política pública referida, paralelamente, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, guardadas as proporções, é central no sistema disciplinar, conforme art. 42 e incisos, da Lei Complementar nº 1.270/15 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado). Referida norma, ainda, repete o art. 1º, da Lei Complementar nº 1.183, de 30 de agosto de 2012 (Legislação que criou a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares).

E é absolutamente importante essa especialização concretizada por meio da criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. As infrações funcionais são *fenômenos complexos*, possuindo dimensões subjetivas, objetivas e jurídicas. Nos casos em concreto pode haver complexidade tanto sob o ponto de vista fático, como sob o ponto de vista jurídico. Ainda, o vínculo jurídico entre o servidor e o Estado configura relações de trato continuado de longuíssima duração – podendo alcançar, até mesmo, muitas décadas. Lembrando novamente que a autocomposição está prevista justamente para aquelas hipóteses em que o vínculo jurídico com o Estado, em tese, não se encontra sob ameaça de rompimento. Assim, para além de se tratar de um fenômeno complexo, a autocomposição no bojo das infrações que não geram ruptura de vínculo caracteriza, ou, ao menos, dialoga com os recursos humanos e gestão de pessoal no que concerne ao gerenciamento de conflitos, erros e desvios de conduta.

A título de exemplo da possível complexidade que a autocomposição pode alcançar – havendo, claro, casos concretos que podem ser absolutamente mais complexos –, analise-se, por exemplo, o requisito da reparação do dano, previsto no art. 267-D, § 1º, 1. Em abstrato, reparação do dano é facilmente inteligível. Entretanto, no cotidiano da Administração Pública, a tradução do que se constitua *reparação do dano* no caso concreto demanda a verificação das regulações jurídicas incidentes, bem como questões fáticas e circunstanciais à infração.

Veja-se que, se uma mesa for quebrada, a reparação do dano pode configurar, em tese, condutas diametralmente opostas. Pode ser admitido ao servidor utilizar *durepox*, *colas*, *pregos* no móvel para consertá-lo

ou pode ser determinado que este adquira uma mesa inteiramente nova. Para além do que se possa significar como reparo do dano no caso em concreto, outros questionamentos podem ainda ser feitos como os seguintes: E quanto às garantias dos reparos? São ou não exigíveis? E as marcas dos bens lesados? Pode a Administração se encarregar do reparo e o servidor obrigar-se a efetuar um ressarcimento? Pode o servidor oferecer algum reparo, serviço ou prestação alternativos como forma de compensação pelo dano causado? Há fatores que devem ser considerados e que estão por trás da conduta desse servidor? Sua equipe está, talvez, em contexto de assédio moral?

Outro aspecto que certamente demandará participação da Procuradoria-Geral do Estado nas práticas autocompositivas refere-se ao artigo 267-A, que determina que a autoridade e o Procurador do Estado ficam autorizados, *mediante despacho fundamentado*, a propor as práticas autocompositivas. Pois bem. As práticas autocompositivas, por serem menos gravosas ao servidor do que as penalidades, configurar-se-ão como direito subjetivo, assim que regulamentadas. A ausência de uniformização de critérios para a admissibilidade ou não do caso às práticas, além de sujeitar servidores a situações injustas, sujeita a Administração Pública a uma grande judicialização, nos casos em que se entender que a resolução não admite a prática autocompositiva. Isso sem falar em possível atuação de Sindicatos e Associações de servidores na matéria.

Assim, em tais encaminhamentos, o exercício de um papel ao menos *consultivo* inequivocamente compete à Procuradoria-Geral do Estado – este órgão já está implicado de outros modos no acompanhamento das práticas autocompositivas.

Resta saber como se daria tal participação. A título de reflexão podem ser levantadas ainda muitas outras questões sobre a participação da Procuradoria-Geral do Estado nas práticas autocompositivas:

1. Seria adequado que a Procuradoria-Geral do Estado atuasse como um órgão regulador, fiscalizador, executor das práticas autocompositivas previstas na Lei?
2. São necessárias novas estruturas na Procuradoria-Geral do Estado para a execução do previsto na nova legislação? Se sim, quais?

3. Os Comitês Gestores criados no Poder Judiciário, com coordenação pela Procuradoria-Geral do Estado e com integrantes de diversas Secretarias, seriam um modelo adequado para fixar diretrizes e dar uniformidade à aplicação das práticas restaurativas em todo o Estado?
4. Seria interessante a criação de Núcleos de Práticas próprios com o fim de atender às Secretarias com o maior número de casos junto à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e um Núcleo comum para atender as secretarias menores – que assim estariam desobrigadas de manter estrutura e servidor habilitado para a realização das práticas restaurativas?
5. Quem faria a facilitação e/ou mediação? Poderiam os servidores ser capacitados a facilitar, assim como atuam nas apurações preliminares? Seria possível estabelecer convênios para esse fim?
6. Eventual Comitê Gestor de Práticas Autocompositivas poderia estabelecer diretrizes mínimas, tal como vem fazendo o Poder Judiciário, para a formação de facilitadores, indicando os requisitos necessários para essa qualificação e as condições para que essa função possa ser desempenhada por servidores?
7. Como seria o fluxo para o encaminhamento dos casos às práticas autocompositivas? Seria necessário um juízo de admissibilidade?
8. Quais casos poderiam ser encaminhados? Qual a medida a ser adotada quando for verificada além da infração disciplinar, também possível infração penal?
9. Quais seriam as balizas para a reparação? Objetos danificados poderiam ser reparados? Teriam que ser adquiridos novos em substituição?

Pois bem. Repise-se que é então inegável que a Procuradoria-Geral do Estado irá participar de algum modo na implementação e acompanhamento das práticas autocompositivas. Seja por meio de suas Consultorias Jurídicas, seja por meio da criação de um órgão especializado.

Nesse sentido, tanto a experiência do Poder Judiciário como a do Programa de Solução Adequada de Controvérsias podem ofertar indicativos de opções mais sólidas e seguras a serem seguidas.

Isso porque o modelo que parece ser o mais adequado para essas tarefas é o utilizado tanto pelo Poder Judiciário, como pelo Programa de Solução Adequada de Controvérsias. Em ambos leva-se em consideração a especialização necessária à boa condução da matéria. Em ambos ainda, há um órgão gestor, estratégico – comumente denominado de Comitê Gestor – e outro executor – como o Centro de Práticas ou um Núcleo de Justiça Restaurativa.

A Resolução do CNJ de nº 225, de 31 de maio de 2016, determina a instituição de um Comitê Gestor de Justiça Restaurativa em seu art. 27:

Art. 27. Compete à Presidência do CNJ, com o apoio da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional no Poder Judiciário, assim como instituir e regulamentar o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas nesta Resolução.²⁴

Referido Comitê, ainda conforme a mesma Resolução, além das funções expostas, tem o papel de deliberar sobre os requisitos para a formação dos facilitadores²⁵.

Quanto a este modelo, é ainda importante esclarecer que o Comitê Gestor de Justiça Restaurativa no âmbito do CNJ foi criado em 2016, pela Portaria nº 91, de 17 de agosto de 2016. Tendo-se em vista que se está aqui propondo que a participação da Procuradoria-Geral do Estado se dê em termos tais quais vem o Poder Judiciário atuando há muitos anos, é relevante transcrever os termos da Portaria, uma vez que esta explicita em minúcia tanto as atribuições como a composição do Comitê Gestor:

Art. 1º Instituir o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, com as seguintes atribuições, sem prejuízo de outras necessárias ao cumprimento dos seus objetivos:

²⁴ BRASIL, 2016, art. 27.

²⁵ Art. 17. Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores deverão observar conteúdo programático com número de exercícios simulados e carga horária mínima, conforme deliberado pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, contendo, ainda, estágio supervisionado, como estabelecido pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura. Parágrafo único. Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça. (Ibidem, art. 17).

- I – promover a implementação da Política;
- II – organizar programa de incentivo à Justiça Restaurativa, observadas as linhas programáticas estabelecidas na Resolução;
- III – atuar na interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, as Defensorias Públicas, as Procuradorias, o Ministério Público e as demais instituições relacionadas, estimulando a participação na Justiça Restaurativa e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;
- IV – acompanhar os projetos de Justiça Restaurativa existentes no país e o desempenho de cada um deles;
- V – definir conteúdo programático para os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores, com número de exercícios simulados, carga horária mínima e estágio supervisionado, observando-se o estabelecido pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura;
- VI – buscar a cooperação de órgãos públicos competentes, instituições públicas e privadas da área de ensino, bem como com Escolas Judiciais e da Magistratura, a fim de promover a capacitação necessária à efetivação da Política;
- VII – realizar reuniões, encontros e eventos vinculados à Política;
- VIII – propor formas de reconhecimento, valorização e premiação de boas práticas, projetos inovadores e participação destacada de magistrados e servidores no desenvolvimento da Política;
- IX – auxiliar a Presidência do CNJ no acompanhamento das medidas previstas na Resolução CNJ 225/2016;
- X – monitorar, avaliar e divulgar os resultados alcançados.

Art. 2º O Comitê Gestor da Justiça Restaurativa terá, no mínimo, a seguinte composição:

- I – 3 (três) Conselheiros do CNJ, indicados pelo Presidente, sendo 1 (um) deles integrante da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, que o coordenará;
- II – 1 (um) Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ;
- III – 4 (quatro) magistrados designados pelo Presidente do CNJ.

§ 1º O Comitê Gestor poderá contar com auxílio técnico e operacional das unidades administrativas do Conselho e de participação de colaboradores eventuais.

§ 2º A composição nominada do Comitê observará o Anexo desta Portaria.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.²⁶

Como se vê acima, o Comitê Gestor criado no âmbito do CNJ tem o papel de implementar, incentivar e acompanhar a Justiça Restaurativa aplicada nos Tribunais Brasileiros. A este também está atribuída a função de gerenciar a capacitação, bem como a de representar o Poder Judiciário externamente na interlocução, parcerias e outras formas de cooperação. Em cada Tribunal do País pode ainda ser instituído um Comitê Gestor – no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo este foi denominado Grupo Gestor; referido Grupo foi instituído pelo Provimento CSM (Conselho Superior da Magistratura) nº 2.416/2017 (observe-se que referido Grupo Gestor tem ainda atribuições bem interessantes listadas, como a de criar um cadastro de facilitadores de Justiça Restaurativa, mas que, mais profundamente, não vem ao caso para o escopo do artigo).

Além desses papéis, no estado de São Paulo seria adequado ainda que o Comitê Gestor pudesse atuar como órgão consultivo e resolutivo de conflitos internos, à similaridade das agências reguladoras, com competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, conforme reconhecido pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. No mais, há que se observar ainda que a composição do Comitê Gestor deveria incluir integrantes de outras Secretarias, em especial aquelas que possuem maior acervo de procedimentos disciplinares no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (Secretaria da Educação, Secretaria da Administração Penitenciária e Secretaria da Saúde).

A Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1/2018, que institui o Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar também traz atribuições muito relevantes na consecução comprometida das práticas de Justiça Restaurativa:

26 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 91 de 17 de agosto de 2016. Institui o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, n. 145, p. 2-3, 19 ago. 2016, p. 2-3.

Artigo 6º – O Comitê Gestor terá por atribuições, dentre outras:

I – definir o âmbito de atuação do Programa, mediante recorte territorial e numérico dos casos a serem encaminhados ao Centro de Práticas;

II – estabelecer o fluxo de procedimentos, levando em conta as peculiaridades organizacionais de cada Secretaria de Estado participante;

III – identificar servidores capacitados em práticas autocompositivas no âmbito da Administração Pública;

IV – identificar entidades que promovam capacitação em práticas autocompositivas interessadas em estabelecer parcerias para o desenvolvimento do Programa;

V – conceber estratégias de sensibilização no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Direta e Autárquica, de modo a fomentar e divulgar os princípios basilares das práticas autocompositivas, zelando pela fidelidade do Programa a tais princípios;

VI – estabelecer metodologia de registro e monitoramento dos casos submetidos ao Centro de Práticas para avaliação permanente;

VII – sugerir ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado a realização de cursos de formação em práticas autocompositivas, capacitação em comunicação não violenta, palestras e workshops pertinentes ao escopo do Programa e que valorizem a cultura da paz;

VIII – elaborar e encaminhar, se necessário, propostas de alteração legislativa;

IX – identificar, por intermédio da análise dos casos encaminhados ao Centro de Práticas, situações, estruturas e procedimentos que possam gerar conflitos recorrentes, recomendando sua alteração.²⁷

Desses incisos relacionados, digno de nota é o inciso V, que trata da possibilidade de o Comitê Gestor propor ações proativas de sensibilização institucional. Tal possibilidade foi incisiva no Programa, vez que identificada a complexa problemática da cultura administrativa em relação à forma como se enfrentam os conflitos e infrações no âmbito das Secretarias.

27 SÃO PAULO, 2018, art. 6º.

Pois bem. Para além dos Comitês Gestores, a legislação também prevê órgãos diretamente executores, os núcleos de práticas – que podem ser criados nas comarcas – e o centro de práticas do Prac (Programa de Solução Adequada de Conflitos), responsável pela facilitação dos casos. É de se pensar se seria estratégico o estado de São Paulo criar duas modalidades de órgãos para a consecução da grande massa de casos sujeitos à autocomposição – um comitê gestor e centros de práticas – ou se seria mais estratégico um órgão único, que tanto se responsabilizasse pela gestão das práticas no sentido mais amplo, bem como pelos fluxos de encaminhamento de casos, designação de facilitadores, formação continuada e estratégias de sensibilização.

Por um lado, a existência de mais órgãos pode responder às peculiaridades de cada Pasta com maior assertividade. Além disso, a existência de órgãos locais pode favorecer uma maior participação e adesão dos servidores. Por outro lado, um órgão central poderia atuar de forma mais uniforme e isenta na condução das práticas autocompositivas. Sendo esta a opção do estado de São Paulo, seria muito importante que o Comitê Gestor tivesse representatividade das Secretarias e, nesse caso, ele cumularia funções de gestão e execução.

Ainda, ao espelho do que ocorre sob a gestão do Tribunal de Justiça de São Paulo, poderia ser interessante que comitês gestores locais pudessem ser criados – com a aprovação e acompanhamento do Comitê Gestor central. Comitês locais podem responder de forma mais precisa às necessidades locais e construir rede de parcerias com órgão locais, como Unidades de Saúde, Capes e assistência social.

Assim, em linhas bastante gerais, o artigo buscou ofertar uma reflexão sobre a participação da Procuradoria-Geral do Estado na consecução das práticas autocompositivas na seara das infrações funcionais. Tratou-se como vem o Poder Judiciário implementando a autocomposição – especialmente a Justiça Restaurativa – e como o Prac também o fez. O entendimento exposto é o de que essa participação se dará, de um modo ou de outro, mas que seria efetiva se se concretizasse por meio de órgãos especializados.

Esse aspecto é fundamental. Como se não bastassem os argumentos até o momento explicitados, há que se rememorar toda a qualificação

da atuação da Procuradoria-Geral do Estado trazida pela própria criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, por meio da Lei Complementar nº 1.183, de 30 de agosto de 2012.

Quando no âmbito das Consultorias Jurídicas, os procedimentos disciplinares se dispersavam entre outras matérias e entre problemáticas de outra ordem de grandeza, se isoladamente consideradas, como vultosas licitações, contratos e parcerias público-privadas. Ainda, não havia procuradores especializados nos procedimentos disciplinares, à época. Assim, historicamente, a criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares trouxe não apenas um elevado acréscimo qualitativo na condução dos procedimentos disciplinares, bem como pôde efetivamente atuar numa orientação geral da Administração Pública.

Note-se ainda que a especialização é uma estratégia que vem sendo explorada pela Procuradoria-Geral do Estado também na área do contencioso, discriminados núcleos e bancas por matérias cada vez mais específicas.

Desta feita, é primordial a especialização na seara da autocomposição para que essa modalidade de enfrentamento de conflitos. Se, individualmente, cada procedimento disciplinar e cada prática autocompositiva traz como desdobramento menos impacto que uma vultosa contratação, como massa, está se deixando de atuar com qualidade no coração do Estado, que é o conjunto de todos os seus recursos humanos: os servidores públicos.

Sendo importante maiores reflexões acerca da necessidade de constituição de centros práticos, o Comitê Gestor desponta como órgão essencial e estratégico, havendo, ademais e como anteriormente se listou, um rol bastante amplo de atribuições que lhe podem ser outorgadas.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objeto central trazer elementos correlatos às inovações trazidas pela Lei Complementar nº 1.361, de 22 de outubro de 2021, que ampliou e tornou lei a utilização de práticas autocompositivas nas hipóteses em que, em tese, o processo disciplinar não culmina no rompimento do vínculo do servidor público com o estado de São Paulo.

Referida alteração é uma excelente oportunidade para o estado de São Paulo tornar a gestão de conflitos e infrações mais eficiente. Ela tanto

pode alcançar uma maior satisfação pessoal dos servidores públicos, com um maior senso de justiça e reconhecimento, como bem acarretar reparações de danos ao Estado mais assertivas e uma melhor prestação de serviço público.

Para que a nova Legislação realmente cumpra com seu potencial e não desvirtue a utilização das práticas autocompositivas, é necessário que a regulamentação por Decreto e implementação se faça com muita segurança e a partir dos conhecimentos especializados já produzidos na área há muitos anos.

Nesse sentido, o Poder Judiciário e a própria Procuradoria-Geral do Estado já possuem experiências efetivadas com bastante sucesso.

De se ressaltar que dois aspectos que emergem como prioritários nessa seara são: i) a participação da Procuradoria-Geral do Estado, e ii) a criação de órgão especializado na matéria.

Um modelo que leve em consideração esses aspectos será mais efetivo, dada a quantidade massiva de casos encaminhados às práticas autocompositivas que aportarão com a regulamentação da Lei. Será possível ainda, com essa especialização, concretizar uma efetiva atuação preventiva e dotada da uniformidade necessária ao seu sucesso, calcado em uma verdadeira e comprometida cultura de autocomposição e consensualidade.

Tendo-se em vista que há ainda a previsão de um Decreto para regulamentar a implementação das práticas autocompositivas no Estado que ainda não foi editado, é esta a oportunidade concreta para a adequada implantação na consensualidade na seara das infrações disciplinares.

Assim, até o presente momento, a trajetória do estado de São Paulo na utilização de metodologias autocompositivas na solução de controvérsias mostra-se adequada, séria e absolutamente promissora, podendo criar um exemplo a ser seguido nacionalmente.

6. AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que participaram e contribuíram na construção do Programa de Soluções Adequadas de Conflitos. Agradeço, no que é pertinente a este artigo, àqueles que se dispuseram a ler, comentar e revisar o artigo, especialmente Marisa Maizzo Vendramini, Fabiana Kimie Gushiken, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Regina Sartori e Eraldo Ameruso Ottoni.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 91 de 17 de agosto de 2016. Institui o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 145, p. 2-3, 19 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 219, p. 2-14, 1 dez. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968**. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2022]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ELLIOTT, Elizabeth M. **Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedades saudáveis**. São Paulo: Palas Athena, 2018.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Superando o paradigma punitivo. Por um procedimento disciplinar restaurativo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 85, p. 67-138, 2017.

SÃO PAULO. **Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2018.

SÃO PAULO. Resolução Conjunta PGE-SE-SS-SAP-1, de 20 de julho de 2018. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, n. 135, p. 30, 24 jul. 2018.

TAILLE, Yve de la. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2017.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REFORMA DO SISTEMA DISCIPLINAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Adriana Masiero Rezende¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A Assessoria Técnico-Legislativa; 3 – Os estudos jurídicos que precederam a proposta de aperfeiçoamento do sistema disciplinar previsto na Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968; 4 – Síntese das medidas adotadas pela Lei Complementar estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, na seara disciplinar; 4.1 – O ilícito funcional de inassiduidade. 4.2 – Aperfeiçoamento da redação do artigo 187 da Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968; 4.3 – As Práticas Autocompositivas, o Termo de Ajustamento de Conduta e a Suspensão Condicional da Sindicância; 5 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este breve artigo propõe-se a abordar o recente aperfeiçoamento do regime disciplinar previsto na Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, com destaque para participação da Procuradoria-Geral do Estado nos estudos que deram ensejo à proposta legislativa, realizando, para tanto, resumida exposição da história e atribuições da Assessoria Técnico-Legislativa, bem como das alterações efetuadas pela Lei Complementar estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, na seara disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Disciplinar. Reforma. Consensualidade.

1. INTRODUÇÃO

Este breve artigo propõe-se a abordar o recente aperfeiçoamento do regime disciplinar previsto na Lei estadual nº 10.261,

de 28 de outubro de 1968, que “dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado”, a partir dos estudos que deram ensejo à proposta legislativa e sintetizar as alterações realizadas, nesta seara, pela Lei Complementar Estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, originada do Projeto de Lei Complementar nº 26, de 2021, encaminhado à Assembleia Legislativa do Estado, pelo governador do estado de São Paulo, com o objetivo de aprimorar a estrutura administrativa do Estado e o regime jurídico dos servidores públicos.

Nesse sentido, observa-se que a Lei Complementar estadual nº 1.361, de 2021, instituiu a Bonificação por Resultados (BR), no âmbito da administração direta e autarquias, criou a Controladoria-Geral do Estado, dispôs sobre a Assistência Técnica em Ações Judiciais, alterou as Leis nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, e nº 500, de 13 de novembro de 1974; as Leis Complementares nº 180, de 12 de maio de 1978, nº 367, de 14 de dezembro de 1984, nº 432, de 18 de dezembro de 1985, nº 907, de 21 de dezembro de 2001, nº 1.034, de 4 de janeiro de 2008, nº 1.059, de 18 de setembro de 2008, nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.093, de 16 de julho de 2009, nº 1.104, de 17 de março de 2010, nº 1.122, de 30 de junho de 2010, nº 1.144, de 11 de julho de 2011, nº 1.157, de 2 de dezembro de 2011, nº 1.164, de 4 de janeiro de 2012, nº 1.195, de 17 de janeiro de 2013, nº 1.245, de 27 de junho de 2014, nº 1.317, de 21 de março de 2018, e nº 1.354, de 6 de março de 2020; e revogou a Lei nº 1.721, de 7 de julho de 1978; as Leis Complementares nº 1.078, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.086, de 18 de fevereiro de 2009, e nº 1.121, de 30 de junho de 2010.

Entre as medidas levadas a efeito pela Lei Complementar nº 1.361, de 2021, importam para o presente artigo as alterações da Lei estadual nº 10.261, de 1968 – especificamente em seu Título VII que, nos termos da mencionada Lei Complementar, passou a denominar-se, respectivamente, “Das Penalidades, da Extinção da Punibilidade, das Providências Preliminares, das Práticas Autocompositivas, do Termo de Ajustamento de Conduta e da Suspensão Condicional da Sindicância”; e no Capítulo IV de seu Título VIII, que passou a denominar-se “*Do Processo por Inassiduidade*” – e da Lei estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974, no que se refere ao ilícito de inassiduidade (artigos 36 e 40).

2. A ASSESSORIA TÉCNICO-LEGISLATIVA

O presente estudo é fruto da experiência da autora como procuradora do Estado, designada para prestar serviços na Assessoria Técnico-Legislativa do Gabinete do procurador-geral do Estado. Assim, para melhor contextualização, inicialmente será feito um perfunctório histórico do aludido órgão e de suas atribuições.

A Assessoria Técnico-Legislativa, a primeira do país e que serviu de modelo para outros estados e para o Governo Federal², foi criada pelo Decreto-Lei estadual nº 17.252, de 29 de maio de 1947, na Secretaria da Justiça e Negócios do Interior, junto ao Gabinete do secretário³ e a ele diretamente subordinada, com atribuições de órgão consultivo dos secretários de estado, e ainda as de:

- a) colaborar na revisão ou elaboração dos ante-projetos de leis de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens;
- b) elaborar ou examinar os projetos de decretos da competência da Secretaria da Justiça e opinar sobre os das demais Secretarias quanto à parte formal e seu enquadramento no sistema da legislação estadual;
- c) fundamentar o veto dos projetos de lei, conforme as determinações do Governador do Estado;
- d) preparar os anteprojetos de consolidação das disposições legais vigentes;
- e) numerar, registrar e publicar as leis e decretos, arquivando os autógrafos;
- f) organizar o serviço de documentação;
- g) acompanhar, como órgão informativo do Govêrno, a discussão dos projetos de lei;
- h) incumbir-se de quaisquer outros trabalhos determinados pelo Secretário da Justiça, da elaboração, divulgação e execução dos atos legislativos do Estado.⁴

2 Conforme texto disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/a-secretaria/secretarios-da-justica/>.

3 Por ocasião da edição da norma, ocupava o cargo de secretário da Justiça o ilustre jurista e imortal da Academia Brasileira de Letras, Miguel Reale.

4 Alíneas do Artigo 2º do Decreto-Lei nº 17.252, de 1947, na ortografia da época em que editado.

Passados alguns meses, a Lei estadual nº 74, de 21 de fevereiro de 1948, subordinou a Assessoria Técnico-Legislativa diretamente ao governador do estado e lhe conferiu as seguintes atribuições:

- a) – dar redação final aos projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens;
- b) – acompanhar, como órgão informativo do Govêrno, a discussão dos projetos de leis;
- c) – fundamentar o veto dos projetos de leis aprovados pela Assembléia Legislativa;
- d) – elaborar os ante-projetos de consolidação das disposições legais vigentes;
- e) – incumbir-se de quaisquer outros trabalhos determinados pelo Governador inclusive a divulgação dos atos legislativos do Estado;
- f) – funcionar como órgão consultivo do Govêrno em assuntos que se refiram ao serviço civil; e
- g) – opinar sobre assuntos relativos a organização e funcionamento dos serviços públicos.⁵

Com a promulgação da Lei Complementar estadual nº 93, de 28 de maio de 1974, a Assessoria Técnico-Legislativa passou a ser órgão complementar da Procuradoria-Geral do Estado. Foram alterados, ainda, os requisitos para provimento do cargo em comissão de assessor-chefe da Assessoria Técnico-Legislativa – exigindo-se a condição de advogado e o reconhecido saber jurídico –, ao passo que os cargos de provimento em comissão de Assessor Técnico-Legislativo foram reservados aos integrantes e ex-integrantes da carreira de procurador do estado, que possuíssem, ao menos, cinco anos de exercício no cargo (artigo 5º).

A condição da assessoria Técnico-Legislativa como órgão complementar da Procuradoria-Geral do Estado foi mantida pela Lei Complementar estadual nº 478, de 18 de julho de 1986 (artigo 4º), que estabeleceu, ademais, ser atribuição do órgão “o assessoramento jurídico do exercício das funções legislativas que a Constituição do Estado outorga ao Governador, bem como o acompanhamento da tramitação de todas as proposições legislativas” (artigo 40). Outrossim,

5 Alíneas do artigo 2º da Lei nº 74, de 1948, na ortografia da época em que promulgada.

a Lei Complementar estadual nº 478, de 1986 previu que os cargos de provimento em comissão de procurador do Estado assessor-chefe e procurador do assessor da Assessoria Técnico-Legislativa, são privativos de procurador do estado, em atividade ou aposentado, vinculados à carreira de procurador do estado.

A nova Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, a Lei Complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, integrou a Assessoria Técnico-Legislativa ao Gabinete do procurador-geral do estado (artigo 9º, II). Com a integração da Assessoria Técnico-Legislativa à Procuradoria-Geral do Estado, as atividades burocráticas e administrativas que antes lhe competiam passaram a ser desempenhadas pela Casa Civil, especificamente pela Subsecretaria de Gestão Legislativa, do Decreto estadual nº 64.462, de 11 de setembro de 2019).

Por outro lado, a Lei Complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, determinou ser atribuição da Assessoria Técnico-Legislativa “o assessoramento jurídico ao exercício das funções legislativas e normativas que a Constituição do Estado outorga ao Governador”, sendo certo que, com fundamento no § 2º do artigo 9º da referida Lei Complementar, o procurador-geral do estado, por meio da Resolução PGE nº 4, de 10 de fevereiro de 2017, ao detalhar as atribuições da Assessoria Técnico-Legislativa no artigo 2º, *caput*, estabeleceu que lhe compete:

I – manifestar-se em processos e expedientes que versem sobre a edição de decretos regulamentares de leis estaduais;

II – manifestar-se em processos e expedientes instaurados para a análise da constitucionalidade de leis estaduais, elaborar pareceres e, quando o caso, as minutas de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e/ou informações do Governador do Estado; e

III – elaborar minuta de manifestação do Procurador Geral, nos termos do disposto no artigo 90, §2º, da Constituição Estadual.

Parágrafo único. A Assessoria Técnico-Legislativa poderá solicitar a oitiva da Procuradoria Administrativa, previamente à manifestação de que trata o inciso II deste artigo, se assim entender recomendável em razão da repercussão da matéria.

Dessa forma, em síntese, atualmente, a Assessoria Técnico-Legislativa do Gabinete do procurador-geral do Estado: (i) é o último órgão da Procuradoria-Geral do Estado a manifestar-se sobre os aspectos jurídicos de anteprojeto de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo e de minuta de decreto regulamentar de lei estadual, conferindo-lhes redação final; (ii) é responsável pela análise dos autógrafos, originados de projetos de lei aprovados pela Assembleia Legislativa e encaminhados ao Gabinete do governador do estado para os fins do artigo 28 da Constituição do Estado, e consequente proposta de sanção ou o veto (total ou parcial), em razão de inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, sendo certo que, no último caso, a proposta de veto será embasada em manifestação das Pastas diretamente interessadas na medida; (iii) manifesta-se em processos e expedientes instaurados para a análise da constitucionalidade de leis estaduais, elabora pareceres e, quando o caso, as minutas de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e ou informações do governador do estado em ações de controle concentrado de constitucionalidade; e (iv) elabora a minuta de manifestação do procurador-geral do Estado, nos termos do disposto no artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, observado o previsto na Resolução PGE nº 3, de 12 de fevereiro de 2019.

Sem prejuízo, a fim de afastar eventuais dúvidas, é mister destacar que a primeira e principal análise sobre a constitucionalidade e legalidade das propostas de edição de lei ou decreto regulamentar de lei estadual compete aos órgãos de execução da Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, que realizam a função em conjunto com a assessoria que prestam aos órgãos e entidades que atendem (artigo 44, incisos I e IV, da Lei Complementar estadual nº 1.270, de 2015).

3. OS ESTUDOS JURÍDICOS QUE PRECEDERAM A PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DISCIPLINAR PREVISTO NA LEI ESTADUAL Nº 10.261, DE 28 DE OUTUBRO DE 1968

A partir de proposta da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, apresentada com fundamento no artigo 1º, inciso III, da Lei Complementar estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012, o procurador-geral do estado, por meio da Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017,

instituiu Grupo de Trabalho “com a finalidade de aprofundar estudos visando identificar medidas de aperfeiçoamento dos processos disciplinares e a possibilidade de ser implementado o procedimento disciplinar restaurativo no âmbito do estado de São Paulo”.

O referido Grupo de Trabalho foi composto por procuradores do estado em atividade: (i) na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares; (ii) no Gabinete da Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral; (iii) na Consultoria Jurídica da Secretaria da Educação; (iv) na Consultoria Jurídica da Secretaria de Administração Penitenciária; (v) na Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde; (vi) na Assessoria Jurídica do Gabinete do procurador-geral; (vii) na Procuradoria Administrativa; e (viii) na Procuradoria Regional de Campinas. Durante os trabalhos, foram realizadas reuniões com integrantes de órgãos da Administração relacionados ao tema, tais como a Corregedoria-Geral da Administração e a Unidade Central de Recursos Humanos.

O profícuo resultado dos trabalhos desenvolvidos foi apresentado ao procurador-geral do estado, por intermédio da então subprocuradora-geral da Consultoria-Geral, que aprovou o relatório e as propostas apresentadas, inclusive a que interessa ao presente artigo, de prosseguimento dos estudos para eventual apresentação de proposta de alteração da:

- I. Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, a fim de aperfeiçoar questões relativas à proteção do dever funcional de assiduidade e para o aprimoramento da celeridade, da eficácia e da segurança dos procedimentos destinados a apurar faltas disciplinares, mediante, inclusive, a criação de medidas alternativas ao procedimento punitivo disciplinar, quais sejam: o Termo de Ajustamento de Conduta, a Suspensão Condicional da Sindicância e as Práticas Autocompositivas;
- II. Lei estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974, no que se refere à proteção do dever funcional de assiduidade; e
- III. Lei Complementar estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012, especificamente para retirar o termo “punitivo” do artigo 1º e detalhar a forma de instrução dos expedientes enviados à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares para fins de apuração da falta disciplinar.

Com apresentação do relatório consolidado e de anteprojeto de lei complementar, a questão foi encaminhada à Assessoria Técnico-Legislativa que, após recomendar alterações redacionais e de técnica legislativa no anteprojeto de lei complementar, recambiou os autos à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, para manifestação e complementação da instrução.

No entanto, posteriormente, entendeu-se pelo prosseguimento de estudos para apresentação de novo anteprojeto de lei complementar, que teria por objetivo apenas instituir as Práticas Autocompositivas, o Termo de Ajustamento de Conduta e a Suspensão Condicional da Sindicância no âmbito dos procedimentos disciplinares da Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

Referido anteprojeto de lei não se limitou a reproduzir os exatos termos do anteprojeto anterior no que se referia aos temas tratados (com as adequações necessárias à nova forma legislativa empregada), mas apresentou redação aprimorada tendo em vista o aprofundamento dos estudos e a experiência acumulada a partir da implantação de projeto-piloto, denominado Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar – instituído pelo procurador-geral do estado, pelo secretário da Educação, pelo secretário da Saúde e pelo secretário da Administração Penitenciária, por meio da Resolução Conjunta PGE/SE/SS/SAP nº 1, de 2018, com o objetivo de racionalizar e aprimorar a atuação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria-Geral do Estado e dos órgãos e entidades da Administração Direta e Autárquica no âmbito disciplinar.

Novamente, o anteprojeto de lei complementar foi encaminhado à Assessoria Técnico-Legislativa para análise, que teceu recomendações de aperfeiçoamento redacional e de técnica-legislativa ao texto, devolvendo os autos à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, onde ficaram sobrestados aguardando momento político oportuno para prosseguimento.

Com a determinação da retomada dos estudos visando o aperfeiçoamento do sistema disciplinar do Estado, pela procuradora-geral do estado, considerando a tempo decorrido desde a apresentação das propostas, necessidade de compatibilização e integração de dispositivos dos dois anteprojetos de lei complementar e a abrangência dos

temas tratados, deliberou-se que, em atenção aos princípios da eficiência e celeridade, os estudos visando a atualização e aperfeiçoamento da proposta, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, seriam feitos por meio de trabalho conjunto entre a Subprocuradoria-Geral da Consultoria Jurídica (por atuação de representantes do Gabinete da Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e do Núcleo de Direito de Pessoal), a Assessoria Jurídica do Gabinete do procurador-geral do estado e a Assessoria Técnico-Legislativa.

Paralelamente, as Secretarias de Orçamento e Gestão, Fazenda e Planejamento, e Casa Civil conduziam estudos com o objetivo de propor medidas legislativas para o aperfeiçoamento da estrutura administrativa do Estado e do regime jurídico dos servidores, dentre as quais citam-se: (i) a ampliação e reconfiguração da Bonificação por Resultados, instrumento de política de recursos humanos até então restrito a determinados órgãos e entidades estaduais, caracterizado pelo pagamento de prestação pecuniária eventual para servidores em atividade, vinculada ao desempenho das unidades administrativas do órgão ou entidade em que estão em exercício, mensurado por meio dos resultados alcançados em relação às metas previamente estabelecidas pela Administração, de acordo com indicadores específicos, com o objetivo de melhorar a prestação do serviço público e valorizar o servidor público; (ii) a criação da Controladoria-Geral do Estado, órgão vinculado diretamente ao governador do Estado, com as finalidades de adotar as providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria, à promoção da ética no serviço público e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Estado; (iii) o aperfeiçoamento da disciplina da contratação por tempo determinado de que trata o inciso X do artigo 115 da Constituição Estadual, mediante alteração da Lei Complementar estadual nº 1.093, de 16 de julho de 2009; (iv) a instituição da licença para doação de tecidos, de órgãos, de partes de órgãos e de partes do corpo vivo para fins terapêuticos ou de transplantes intervivos; e (v) a alteração da Lei Complementar estadual nº 367, de 14 de dezembro de 1984, para conceder a licença

de 180 (cento e oitenta dias) ao servidor público que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente⁶.

Dessa forma, deliberou-se pela integração das medidas pertinentes ao aperfeiçoamento do regime disciplinar dos servidores públicos estatutários ao outro anteprojeto de lei complementar que também estava em estudo e tinha por objetivo a alteração de diversos aspectos do regime jurídico dos servidores públicos, a fim de apresentar ao governador a proposta unificada de encaminhamento de projeto de lei complementar, sendo necessário, no entanto, restringir a proposta inicial do Grupo de Trabalho aos aspectos entendidos como prioritários e que, necessariamente, deveriam ser disciplinados por lei complementar.

4. SÍNTESE DAS MEDIDAS ADOTADAS PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.361, DE 21 DE OUTUBRO DE 2021, NA SEARA DISCIPLINAR

O resultado dos estudos realizados no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, delineados no item precedente do presente artigo, foi exitoso: as medidas propostas foram entendidas como pertinentes pela Administração Pública Estadual e integraram o Projeto de Lei Complementar nº 26, de 2021, sendo aprovadas pela Assembleia Legislativa.

Vejam, portanto, em apertada síntese, as principais medidas, inseridas pela Lei Complementar estadual nº 1.361, de 2021, no âmbito do sistema disciplinar paulista:

4.1. O ilícito funcional de inassiduidade

O dever de assiduidade ou, por outras palavras, de frequência assídua e pontual, é inerente ao cargo público e indispensável à regular prestação dos serviços atribuídos ao servidor público e, por conseguinte, à continuidade dos serviços e à adequada proteção do interesse público.

⁶ A redação do *caput* do artigo 1º da Lei Complementar estadual nº 367, de 14 de dezembro de 1984, conferida pela Lei Complementar estadual nº 1.054, de 7 de julho de 2008, estabelecia que “o servidor público poderá obter licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimentos ou remuneração integrais, quando adotar menor, de até sete anos de idade, ou quando obtiver judicialmente a sua guarda para fins de adoção” (grifo nosso).

Sob sistema disciplinar anterior, o dever de assiduidade era tutelado por dispositivos que cuidavam, de um lado, do ilícito de “abandono de cargo”, configurado por mais de trinta dias consecutivos de faltas injustificadas ao trabalho e, de outro, da “ausência ao serviço sem causa justificável”, configurada por mais de 45 dias de faltas, interpoladas, durante um ano. A pena em tese prevista para os dois ilícitos era idêntica: demissão.

Considerando a identidade do dever funcional tutelado, assim como a impropriedade terminológica de denominar como abandono de cargo⁷ a falta injustificada ao trabalho superior a trinta dias consecutivos, as Leis estaduais nº 10.261, de 1968 e nº 500, de 1974⁸ foram alteradas para que o ilícito administrativo de inassiduidade passasse a ter idêntica denominação.

Ademais, para melhor tutela do interesse público na continuidade do serviço público, os prazos para configuração do ilícito de inassiduidade passível de demissão foram reduzidos, de sorte que a partir da produção de efeitos da Lei Complementar estadual nº 1.361, de 2021, “considerar-se-á inassiduidade a ausência ao serviço, sem causa justificável, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, ou por mais de 20 (vinte) dias úteis intercalados, durante 1 (um) ano” (artigo 256, § 1º, da Lei estadual nº 10.261, de 1968). Não foi alterada a pena cabível para a hipótese, que continuou a ser a de demissão.

⁷ A denominação do ilícito como “abandono de cargo” poderia conduzir a incorreta interpretação de que a legislação estadual exigiria para sua configuração a conjugação de dois elementos: um objetivo (determinado número de faltas injustificadas ao trabalho) e outro subjetivo (o ânimo do servidor de abandonar o cargo). Em que pese tal interpretação não encontrasse supedâneo na redação original das Leis Estaduais nº 10.261, de 1968, e nº 500, de 1974, a impropriedade terminológica aliada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em face do artigo 132, inciso II, da Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – segundo a qual para tipificação da infração administrativa de “abandono de cargo”, terminologia empregada na norma federal em tela e também punível com demissão, é indispensável que a Administração investigue e comprove a intenção deliberada do servidor de abandonar o cargo (v.g., AgInt nos EDcl no RMS 57.202/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 13/05/2021) – gerava desnecessária litigiosidade.

⁸ A propósito, oportuno esclarecer que, embora a admissão de pessoal com fundamento na Lei estadual nº 500, de 1974 tenha sido proibida pelo artigo 24 da Lei Complementar estadual nº 1.093, de 16 de julho de 2009, não se pode olvidar que ainda existem muitos servidores em atividade submetidos ao seu regime, tendo em vista que a Lei Complementar estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, determinou que os servidores ativos e inativos admitidos, até sua vigência, com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei estadual nº 500, de 1974, são titulares de cargos efetivos (artigo 2º, § 2º).

4.2. Aperfeiçoamento da redação do artigo 187 da Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968

A redação original do artigo 187 da Lei estadual nº 10.261, de 1968, permitia interpretação divergente sobre a existência de ilícito punível na seara administrativa, pela prática de atividade remunerada por servidor público afastado em licença para tratamento de saúde ou por acidente de trabalho.

Dessa forma, a redação do dispositivo foi alterada com o objetivo de evidenciar a proibição ao desempenho de atividade remunerada por servidor em gozo de licença para tratamento da própria saúde ou por acidente do trabalho, sob pena de cassação da licença e apuração de responsabilidade funcional.

4.3. As Práticas Autocompositivas, o Termo de Ajustamento de Conduta e a Suspensão Condicional da Sindicância

Pela prática de atos decorrente do exercício do cargo ou função, o servidor público se sujeita a responsabilização nas searas civil, penal e administrativa.

Nessa linha, Di Pietro observa que:

O servidor público sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo. Hoje existe também a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, embora processada e julgada na área cível, produz efeitos mais amplos do que estritamente patrimoniais, porque pode levar à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, com fundamento no artigo 37, § 4º, da Constituição [Federal] [...].⁹

A prática de um ilícito funcional por um servidor público implica a atribuição de responsabilidade administrativa, sendo certo que o ilícito poderá se verificar por conduta omissiva ou comissiva, e os fatos que o configuram deverão estar previstos na legislação estatutária.

⁹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2022. Edição Kindle, p. 1814.

A propósito, Carvalho Filho esclarece que:

os estatutos funcionais apresentam um elenco de deveres e vedações para os servidores, e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são inobservados. Além do mais, os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação “a priori” com a conduta.

Prossegue o ilustre doutrinador alertando para a necessidade de que o sistema punitivo na Administração atenda aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da adequação punitiva (ou proporcionalidade), “pelo qual se incumbe ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção”, bem como ao princípio da “motivação da penalidade, necessário para apontar os elementos que comprovam a observância pelo administrador, da correlação entre a infração funcional e a punição imposta”¹⁰.

No mesmo sentido, Di Pietro pondera que:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções. Isso significa que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, já que são previstos critérios a serem observados obrigatoriamente; é que a lei (arts. 128 da Lei Federal e 256 do Estatuto Paulista) determina que na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público. É precisamente pelo fato de a Administração dispor de certa margem de apreciação (ou discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei) na aplicação de penalidade que se exige a precisa motivação, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o

10 Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 829-830.

arbítrio da Administração. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos por órgãos jurídicos preopinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão.¹¹

Em consequência, verificada a existência de indícios suficientes da possível prática do ilícito funcional e de sua autoria¹², a Administração Pública, tradicionalmente, em qualquer circunstância, providenciava a instauração de processo administrativo disciplinar para apurar a responsabilidade do servidor e definir, se o caso, a pena correspondente.

No entanto, em um movimento que acompanha a evolução do direito no sentido de buscar a racionalidade e a adequação do *jus puniendi*, o direito administrativo disciplinar aplicável aos servidores estatutários do estado de São Paulo passa a dispor de instrumentos para buscar uma via consensual para solução da parcela dos conflitos disciplinares considerada como de reduzido potencial ofensivo à norma jurídica incidente, sempre condicionada a que o servidor público interessado ostente perfil profissional favorável e que a solução consensual seja a que melhor atenda ao interesse público, especialmente no que concerne à regular prestação do serviço público.

A propósito, esclarece Messias Lourenço:

[...] na seara disciplinar, o chamado espaço de conflito, destinado às infrações disciplinares de maior gravidade (punidas com demissão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentadoria e disponibilidade), bem como aquelas praticadas por servidores públicos com perfil profissional desfavorável (*u.g.*: condenações anteriores, inúmeros processos em andamento ou excessivo número de faltas injustificadas), manteria o modelo “clássico”, no qual a imposição de sanções previamente descritas em lei, observado o devido processo legal, concretamente atenderia aos fins preventivos e repressivos, necessários ao restabelecimento

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit., p. 1823-1824.

12 Se não estiver suficientemente caracterizada a infração disciplinar ou sua autoria, a autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, finda a qual a autoridade que conduziu o procedimento deverá opinar pelo seu arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo (cf. artigo 265 da Lei estadual nº 10.261, de 1968).

do indene desenvolvimento do serviço público.

No entanto, nas hipóteses em que a falta disciplinar praticada viesse a ser classificada como de “menor ou médio potencial ofensivo” (*v.g.*: punidas com advertência, repreensão ou suspensão)¹³, *desde que* o servidor apresentasse um perfil profissional favorável (*v.g.*, vários anos de serviço público, ausência de maus antecedentes, elogios, pontualidade indene e ausência de faltas), seria possível, em consonância com os princípios da razoabilidade, eficiência, interesse público e celeridade, reconhecer a existência de um verdadeiro espaço de consenso, cuja ideia central, como próprio nome sugere, é a convergência de vontades e celebração de um acordo.¹⁴

Partindo dessas premissas, a Lei Complementar estadual nº 1.361, de 2021, ao alterar a Lei estadual nº 10.261, de 1968, introduziu no ordenamento jurídico bandeirante a possibilidade da autoridade competente para determinar a apuração de irregularidade e a instauração de sindicância ou processo administrativo e o procurador do estado responsável por sua condução, de ofício ou a requerimento do interessado – à vista das circunstâncias do caso concreto e tendo como objetivo a melhor solução para resguardar o interesse público –, mediante decisão fundamentada, encaminhar a questão para solução por meio das Práticas Autocompositivas, da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, bem como da Suspensão Condicional da Sindicância, nos termos da lei.

As Práticas Autocompositivas, definidas pela Lei estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, como sendo a mediação, a conciliação, os processos circulares e outras técnicas de justiça restaurativa, são orientadas pelos princípios da voluntariedade, corresponsabilidade, reparação do dano, confidencialidade, informalidade, consensualidade e celeridade.

13 O autor alerta que o rol de penas dependerá da escolha de cada ente da Federação, cabendo acrescentar a Lei estadual nº 10.261, de 1968, estabelecer as seguintes penas disciplinares: repreensão, suspensão, multa, demissão, demissão a bem do serviço público; disponibilidade e cassação de aposentadoria (artigo 251).

14 LOURENÇO, Messias José. *Reforma Administrativa Disciplinar no estado de São Paulo, Lei 1.361, de 21 de outubro de 2021*. São Paulo: Amazon, 2022. Edição Kindle, p. 18-19.

Ademais, constituem a medida consensual mais adequada aos casos em que restar evidenciada a ocorrência de conflitos interpessoais.

Por outro lado, considerando que para aplicação das Práticas Autocompositivas é necessário que as partes reconheçam os fatos essenciais em discussão, a lei prevê que esse reconhecimento não implica admissão de culpa em eventual sindicância ou processo administrativo, bem como que o conteúdo das sessões restaurativas é sigiloso, não podendo ser utilizado como prova em processo administrativo ou judicial.

O encaminhamento às Práticas Autocompositivas poderá ocorrer de forma alternativa ou concorrente à sindicância ou ao processo administrativo.

Por sua vez, o Termo de Ajustamento de Conduta é definido pela Lei estadual nº 10.261, de 1968, como sendo o instrumento mediante o qual o funcionário assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa e compromete-se a ajustar sua conduta, bem como a observar os deveres e proibições previstos nas leis e regulamentos que regem suas atividades e a reparar o dano, se houver.

O Termo de Ajustamento de Conduta deverá conter: (i) a qualificação do funcionário envolvido; (ii) a descrição precisa do fato a que se refere; (iii) as obrigações assumidas; (iv) o prazo para integral cumprimento das obrigações, que não poderá ser inferior a um ano nem superior a dois anos; (v) a forma de cumprimento das obrigações; e (vi) a forma de fiscalização das obrigações assumidas.

A Suspensão Condicional da Sindicância, como a denominação indica, poderá ocorrer após a edição da portaria de instauração da sindicância. As condições da suspensão serão especificadas pelo procurador do estado oficiante e, no mínimo, contemplarão a apresentação de relatórios trimestrais de atividades e a frequência regular do servidor, não sendo admitidas faltas injustificadas.

A suspensão será revogada se o beneficiário descumprir as condições fixadas ou vier a ser processado por outra falta disciplinar e, por conseguinte, a sindicância terá prosseguimento.

O encaminhamento para as Práticas Autocompositivas de forma alternativa à instauração ou prosseguimento da sindicância e do processo administrativo, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta

e a Suspensão Condicional da Sindicância suspendem o prazo de prescrição da pretensão punitiva disciplinar estatal.

Por outro lado, o cumprimento do acordo celebrado em sessão autocompositiva extingue a punibilidade nos casos em que a conduta do funcionário não gerou prejuízo ao Erário ou este foi integralmente reparado, bem como sejam cabíveis, em tese, as penas de repreensão, suspensão e multa. Nos casos em que o cumprimento do acordo restaurativo não ensejar a extinção da punibilidade, será considerado pela autoridade competente para mitigar a sanção.

O integral cumprimento das condições do Termo de Ajustamento de Conduta ou da Suspensão Condicional da Sindicância acarreta a extinção da punibilidade.

5. CONCLUSÃO

A reforma do sistema disciplinar bandeirante, efetivada pela Lei Complementar Estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, dotou a Administração de instrumentos importantes para a adequada aplicação do *jus puniendi*, uma vez que, ao passo que possibilita – com estrita observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, celeridade, proporcionalidade e razoabilidade, e com o objetivo de preservar o interesse público, mediante a adoção de medidas que tenham maior probabilidade de garantir a adequada prestação do serviço público – o encaminhamento dos ilícitos funcionais que apresentam potencial ofensivo reduzido e no qual estão envolvidos servidores que ostentam bom perfil profissional para a via da solução consensual, assegura que a Administração possa concentrar esforços na apuração e punição de ilícitos disciplinares graves, de relevante impacto para o regular desempenho do serviço público e em relação aos quais a aplicação célere da sanção correspondente se revela indispensável tanto pelo aspecto preventivo quanto pelo repressivo.

Sem prejuízo, trata-se de recente inovação normativa, não tendo havido tempo hábil sequer para edição de decreto regulamentar, de sorte que apenas com o decurso do tempo, o estudioso do Direito Administrativo Disciplinar terá elementos para aferir e mensurar seus resultados práticos e confirmar se seus elevados desígnios foram alcançados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2022. Edição Kindle.

LOURENÇO, Messias José. **Reforma Administrativa Disciplinar no estado de São Paulo, Lei 1.361, de 21 de outubro de 2021**. São Paulo: Amazon, 2022. Edição Kindle.

WARMLIN, Glenda Liz de Paula. O processo disciplinar por abandono de cargo: situações que afastam a demissão. **Revista Jurídica Consulex**, [s. l.], n. 257, 30 set. 2007. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2007/o-processo-disciplinar-por-abandono-de-cargo-situacoes-que-afastam-a-demissao-glenda-liz-de-paula-warmlin>. Acesso em: 22 fev. 2022.

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA SINDICÂNCIA (SUSCONSIND) PREVISTA NA LC 1.381/2021 E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DISCIPLINAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ricardo Kendy Yoshinaga¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Fundamentos; 3 – A suspensão condicional da sindicância no Estatuto Paulista: definição; 4 – Propositura; 5 – Requisitos; 6 – Prazos e condições; 7 – Revogação; 8 – Novo benefício e prescrição: cargo em comissão e função de confiança; 9 – Extinção da punibilidade; 10 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Trata-se de trabalho que tem por escopo a análise da suspensão condicional da sindicância (susconsind) prevista na Lei Complementar nº 1.381, de 21 de outubro de 2021. O texto traz apontamentos sobre sua aplicação no âmbito dos procedimentos disciplinares regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, destacando a adoção do conceito de solução consensual inserida no referido instituto, bem como as implicações daí decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Sindicância disciplinar. Suspensão condicional da sindicância. Solução consensual. Previsão legislativa. Atribuições e desafios da PPD.

¹ Procurador do estado de São Paulo, atualmente em exercício na Segunda Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Durante o transcurso desses dez anos de existência, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD), órgão de execução da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, caracterizou-se por uma dinâmica própria, enriquecida sobremaneira pelo contato direto com os envolvidos² nos fatos apurados, por vezes trazendo peculiaridades e nuances nem sempre detectáveis por uma fria e impessoal leitura dos autos. Essa experiência acumulada trouxe a conclusão de ser imperioso um aperfeiçoamento no sistema disciplinar vigente no âmbito estadual, em especial no tratamento a ser conferido em situações envolvendo infrações funcionais de menor gravidade praticados por agentes públicos sem antecedentes funcionais desabonadores.

Não é sem razão, portanto, que no Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017, e coordenado pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, foi sugerida – entre outras propostas – a adoção de institutos que permitissem uma melhor solução para alguns casos que, num primeiro momento, ensejariam a instauração de procedimento disciplinar e posterior aplicação de penalidade ao servidor processado.

A reforma administrativa implantada pela Lei Complementar nº 1.381, de 21 de outubro de 2021, acolheu parte das sugestões formuladas e promoveu algumas alterações no sistema disciplinar do estado de São Paulo, entre as quais se destaca a introdução de mecanismos que trouxeram alternativas ao tradicional procedimento administrativo punitivo previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo³.

Nesse contexto, foram instituídas as práticas autocompositivas, o termo de ajustamento de conduta, e a suspensão condicional da sindicância⁴.

2 Sejam eles denunciante, testemunhas e os próprios servidores investigados.

3 Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

4 A Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – Lei complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 – foi o primeiro texto legal prevendo a susconsind no estado de São Paulo, servindo de parâmetro para sua introdução no âmbito da reforma administrativa ocorrida em 2021.

Por envolver de forma mais direta a atuação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, razão principal desta edição comemorativa, o foco deste trabalho implicará em discorrer sobre a suspensão condicional da sindicância (susconsind) prevista nas novas regras estatutárias, indicando os fundamentos que a justificam, suas características, forma de condução, além de alguns apontamentos decorrentes da experiência ainda incipiente na aplicação do instituto nos procedimentos disciplinares atualmente em andamento na Especializada.

2. FUNDAMENTOS

É incontroverso que uma das consequências do poder hierárquico da Administração resida na obrigatoriedade de se apurar toda irregularidade praticada no serviço público; vale dizer, aquela tem o poder-dever de buscar o esclarecimento do fato ilícito ocorrido em sua seara, responsabilizando o agente público faltoso. Nesse sentido, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.⁵

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, e na redação anterior ao advento da Lei Complementar nº 1.381, de 21 de outubro de 2021⁶, em seu artigo 264, expressamente consignou

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 95.

6 Com o advento da referida Lei Complementar, o dispositivo passou a admitir a possibilidade de a autoridade administrativa submeter o caso às práticas autocompositivas ou propor a celebração do termo de ajustamento de conduta: “**Artigo 264** – A autoridade que, por qualquer meio, tiver conhecimento de irregularidade praticada por funcionário adotará providências visando à sua imediata apuração, sem prejuízo das medidas urgentes que o interesse da Administração exigir, podendo submeter o caso às práticas autocompositivas ou propor celebração de termo de ajustamento de conduta. **Parágrafo único** – A autoridade poderá, desde logo, submeter o caso às práticas autocompositivas, especialmente nas situações em que evidenciada a ocorrência de conflitos interpessoais, objetivando sempre a melhor solução para resguardar o interesse público”.

a obrigatoriedade na apuração de irregularidade praticada por servidor: “Artigo 264 – A autoridade que, por qualquer meio, tiver conhecimento de irregularidade praticada por servidor é obrigada a adotar providências visando à sua imediata apuração, sem prejuízo das medidas urgentes que o caso exigir”.

Esse caráter compulsório tem seu fundamento nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público que, portanto, justificam a atuação imperativa da Administração.

Ocorre que cada vez mais tem se entendido que uma atuação consensual da Administração no âmbito dos procedimentos administrativos igualmente atenderia aos princípios em apreço. Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a adoção de instrumentos consensuais não se constitui em exclusão do interesse público em detrimento do particular; mas, ao contrário, preserva-se o interesse público na medida em que a maneira a ser utilizada para encontrar a solução atende tanto à Administração Pública quanto ao administrado:

Afastadas as convicções que se tornaram ideologicamente pelo tempo e pela inércia, a objeção central técnica remanescente se prendia à interpretação dada ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo a óptica então dominante, na esfera administrativa seria impossível negociar com o interesse público, o que proscreveria o emprego de todos os instrumentos do gênero, incluindo-se os de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.⁷

Em interessante ensaio sobre a consensualidade administrativa, Julia d’Alge Mont’Alverne Barreto assim escreve:

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*, p. 124.

o elemento central que aproxima todas as análises sobre a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro corresponde à desautorização da Administração Pública que, aos poucos, cede espaço para o emprego de técnicas negociadas a fim de atingir o interesse público. É isso o que demonstra a passagem do autoritarismo administrativo, verticalizado, para um novo estágio marcado pelo consenso, no qual a Administração se coloca em posicionamento mais horizontalizado, seja para celebrar acordos, buscando a solução pela negociação, seja para colher informações referentes à escola de políticas públicas, seja ainda, para obter prévias à tomada de uma decisão unilateral [...]. Em qualquer dessas formas, havendo maior ou menor grau de participação e influência do particular, visualiza-se a busca pelo consenso enquanto instrumento de legitimação da atuação do Poder Público.⁸

Sob a ótica dos procedimentos disciplinares punitivos, esse novo enfoque, por óbvio, não afastaria a atuação imperativa do estado na sua função de controle interno e repressão aos desvios de condutas de seus agentes. Entretanto, de forma alternativa, permitiria uma melhor solução para determinadas situações expressamente previstas em lei. Na linha desse raciocínio, Juliana Bonarcosi de Palma, em dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), registra:

Alertar para a cultura repressiva no aparato burocrático do estado não significa proclamar a falência da sanção como mecanismo de ordenação administrativa. A sanção administrativa é um dos mais relevantes instrumentos que dispõe a Administração Pública, pois, quando adequadamente manejada, afirma a autoridade estatal e previne novas infrações administrativas em razão de seu efeito simbólico, dentre outros efeitos. Questiona-se a sanção como o fim da atuação administrativa, a repressão da impunidade como o escopo da atividade administrativa. Somente com a consideração da sanção e do acordo substitutivo como mecanismos igualmente hábeis a disciplinar as atividades privadas, cada qual com suas peculiaridades, será possível afirmar a consensualidade no panorama do Direito Administrativo Sancionador.⁹

8 BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. **Consensualidade administrativa**: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras, p. 53-54.

9 PALMA, Juliana Bonarcosi de. **Atuação administrativa consensual**: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador, p. 312-313.

3. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA SINDICÂNCIA NO ESTATUTO PAULISTA: DEFINIÇÃO

Nesse cenário de uma Administração Pública consensual, a Lei Complementar nº 1.381/2021 inseriu a suspensão condicional da sindicância no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, fazendo-o, principalmente, no Capítulo III do Título VII desse último diploma legal¹⁰.

Trata-se de instituto aplicável após a instauração da sindicância disciplinar, ensejando a suspensão desta por determinado período, desde que atendidos os requisitos previstos na lei e que exige a concordância do servidor processado, acarretando a extinção da punibilidade caso não ocorra sua revogação. Verifica-se, assim, sua natureza despenalizadora: embora não afaste a ilicitude da conduta, evita a aplicação de qualquer reprimenda disciplinar.

Manifesta sua similitude com a suspensão condicional do processo criminal prevista no artigo 89 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Também conhecida como “sursis processual”, na definição de Julio Fabrini Mirabete,

consiste, assim, em sustar-se a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício¹¹.

4. PROPOSITURA

Conforme apontado, a proposta da suspensão condicional da sindicância poderá ser feita ao acusado em momento posterior à instauração do procedimento disciplinar; esta, a regra contida no artigo 267-N, da Lei nº 10.261/1968:

Artigo 267-N – Após a edição da portaria de instauração da sindicância, o Procurador do Estado que a presidir poderá propor sua suspensão pelo prazo de 1 (um) a 2 (dois) anos, desde que o funcionário tenha

10 A susconsind tem sua previsão nos artigos 261, § 4º, III; 267-A; 267-N; 267-O; 267-P; e 272, § 2º, todos da Lei Estadual nº 10.261/1968.

11 MIRABETE, Julio Fabrini. *Juizados especiais criminais*, p. 274.

mais de 5 (cinco) anos de exercício no cargo ou função e não registre punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos.

Uma primeira observação a ser lançada reside na circunstância de que o legislador, ao determinar que a suspensão somente poderá ser proposta após a instauração da sindicância, exige que haja indícios de materialidade e autoria infracionais, na medida em que a portaria que inicia o procedimento precisa conter “o nome e a identificação do acusado, a infração que lhe é atribuída, com descrição sucinta dos fatos, a indicação das normas infringidas e a penalidade mais elevada em tese cabível”¹². Portanto, e sem a presença de elementos mínimos que evidenciem a prática de um ilícito disciplinar e de sua autoria por parte do servidor acusado, não há que se falar em proposta de suspensão, porque, em última instância, inexistente a justa causa para a instauração de procedimento disciplinar punitivo.

Neste momento, cabe reproduzir as ponderações de Mauro Roberto Gomes de Mattos sobre a justa causa:

No processo administrativo disciplinar, a justa causa identifica-se com o justo, revelado através de uma coerente acusação, onde existam indícios ou provas diretas da prática de infrações disciplinares, por parte de servidores públicos, ligadas ao exercício da função pública, ou em virtude dela. A justa causa é a condição mínima exigida pela norma legal, pela jurisprudência e pela doutrina para que não ocorra uma acusação sem fundamento e temerária, movida por interesses que não são jurídicos, totalmente desatrelada de provas e de embasamentos sérios, que não configurem a legitimidade da acusação. Por essa razão, é necessário, pelo menos, indícios suficientes de autoria e a existência de prova direta como condição da instauração desses processos, para que eles correspondam a legalidade da acusação ou da própria investigação.¹³

Pela própria dicção do artigo 267-N, verifica-se que a atribuição para a formulação da proposta da suspensão da sindicância é do procurador do estado responsável pela sua condução; cabe a esse profissional, de forma

12 Artigo 277, parágrafo primeiro, da Lei nº 10.261/1968.

13 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*, p. 212 e 214.

privativa, avaliar se no caso concreto estão presentes os requisitos legais para a sua concretização, o que deverá ocorrer em ato solene, formal, ocasião em que será colhida a manifestação do servidor processado sobre o interesse em aceitar (ou não) a proposta da suspensão.

Alguma dúvida pode surgir a partir do que estabelece o artigo 267-A do Estatuto¹⁴. Com efeito, uma leitura mais precipitada do dispositivo leva ao entendimento de que as autoridades competentes para determinar a apuração de irregularidade e aquelas para determinar a instauração¹⁵ da sindicância também teriam atribuição de formular a proposta da susconsind.

Entretanto esse entendimento entra em rota de colisão com toda a sistemática prevista no Estatuto para a tramitação dos expedientes disciplinares. Conforme já mencionado neste trabalho, a proposta somente poderá ocorrer após a edição da portaria instauradora da sindicância disciplinar, ato privativo de procurador do estado.

Nos termos do artigo 271 do Estatuto, uma vez editada a portaria e instaurada a sindicância, esta será realizada pela Procuradoria-Geral do Estado e presidida por procurador do estado confirmado na carreira, vale dizer, cabe a este toda a condução do procedimento instaurado¹⁶. Dessa forma, não se vislumbra a possibilidade de outras autoridades administrativas, senão aquela mencionada no artigo 271, formular a proposta da suspensão, sob pena de violar toda a lógica do sistema disciplinar previsto no ordenamento jurídico vigente.

14 **Artigo 267-A** – A autoridade competente para determinar a apuração de irregularidade e a instauração de sindicância ou processo administrativo e o procurador do estado responsável por sua condução ficam autorizados, mediante despacho fundamentado, a propor as práticas autocompositivas, a celebração de termo de ajustamento de conduta, bem como a suspensão condicional da sindicância, nos termos desta lei.

15 Aqui, cabe registrar que são distintos o ato de **determinar a instauração** da sindicância e o ato de **sua efetiva instauração**; o primeiro é aquele praticado pelo superior hierárquico do servidor e cuja previsão está inserida no art. 272, “caput”, da Lei nº 10.261/1968; o segundo é o ato (portaria inicial) que efetivamente inicia a relação processual entre a Administração e o acusado e cuja atribuição é exclusiva de procurador do estado, nos termos do artigo 271 do mesmo texto de Lei.

16 O artigo 6º, “caput”, da Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012, possui idêntica previsão. A Lei Complementar em referência dispôs sobre a criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

Assim, a leitura do artigo 267-A que nos parece mais consentânea com os demais dispositivos da Lei Estadual nº 10.261/1968, é no sentido de que as autoridades ali indicadas, **no âmbito de suas respectivas competências**, poderão formular propostas de práticas autocompositivas, termo de ajustamento de conduta e suspensão condicional da sindicância, reiterando-se que, em relação a esta última, essa atribuição deve ser aferida numa leitura conjunta com o que estabelece o artigo 271 do mesmo diploma normativo.

Nos termos do artigo 278 do Estatuto, na sequência deverá o procurador do estado designar audiência de interrogatório do acusado. Em sendo caso que permita a suspensão da sindicância, a proposta deverá ser formulada durante a audiência e antes que se inicie o interrogatório. Caso o acusado aceite a proposta de suspensão, o interrogatório restará prejudicado.

Aqui cabe a indagação sobre a possibilidade de a proposta ser formulada a terceiros, ainda que com poderes específicos outorgados pelo acusado. A resposta parece ser negativa, pois a aceitação ou recusa deverá ser manifestada perante o procurador do estado de forma direta, por ser ato de natureza personalíssima, sendo inviável a delegação dessa manifestação a outrem. Em relação a essa específica circunstância, parece ser razoável transportar-se o entendimento consagrado no âmbito da suspensão condicional do processo penal, onde se mostra inválida a manifestação de vontade que não seja efetuada pessoalmente pelo acusado. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Habeas corpus. Art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Proposta do Ministério Público de suspensão condicional do processo. Discordância do advogado constituído. Falta de intimação do denunciado. Nulidade absoluta. Ato voluntário e personalíssimo. Necessidade de sua manifestação.

1. A falta de intimação do denunciado para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo caracteriza nulidade absoluta, e não apenas relativa, podendo, pois, ser arguida a qualquer tempo, prescindindo da demonstração do prejuízo.
2. O alegado constrangimento é evidente e manifesto, pois a aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo é ato a ser praticado pessoalmente pelo denunciado. Não há como admitir que o advogado, mesmo com poderes especiais, delibere unilateralmente sobre a proposta

oferecida pelo Ministério Público, não aceitando, como no caso, se a Lei nº 9.099/1995 exige em seu art. 89, § 1º, a manifestação tanto do interessado como de seu defensor, prevendo, aliás, que, em caso de divergência entre eles, prevalecerá a vontade do indiciado (art. 89, § 711).

3. Habeas corpus parcialmente concedido para anular o processo a partir da audiência de conciliação, inclusive.¹⁷

O mesmo entendimento é adotado por Luiz Flávio Gomes:

Ninguém pode aceitar a suspensão no lugar do acusado, mesmo porque ela tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade. Nunca será possível tal ato por procurador, ainda que conte com poderes especiais. É o acusado que tem que saber das condições da suspensão e assumi-las. É um ato em que se assumem responsabilidades. Nisso há sempre uma carga emocional, que favorece o seu êxito. O juiz tem que conversar com o próprio acusado, inclusive para ajustar a dosimetria das condições, tão importante em termos de prevenção geral (intimidação) como especial (ressocialização). Se o acusado não comparece (salvo motivo justo) na audiência de conciliação, torna-se impossível a suspensão.¹⁸

Diante dessas considerações, revela-se imprescindível que no mandado de citação e intimação do servidor processado, além dos elementos ventilados no art. 278, parágrafo primeiro do Estatuto conste que na audiência designada, e antes de seu interrogatório, poderá ser formulada a proposta da suspensão da sindicância; tal informação se mostra imprescindível para que o servidor, inclusive, tenha prévia ciência quanto à possibilidade da suspensão e possa melhor avaliar o seu posicionamento, evitando-se, assim, que seja surpreendido com a proposta no momento da audiência.

Nos casos em que haja a figura do denunciante prevista no artigo 279 do Estatuto, e uma vez que este deve ser ouvido antes do interrogatório do acusado, a solução que parece melhor se adequar a essa situação consiste em se designar uma audiência específica para a proposta de suspensão. Caso ela seja recusada, a tramitação terá normal

17 STJ – HC nº 17.165-SP, relator o Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, DJ de 05/04/2004.

18 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*, p. 309.

prosseguimento com a oitiva do denunciante para somente depois ser realizado o interrogatório do servidor processado.

Na audiência para a proposta de suspensão, o acusado deverá se fazer acompanhar de advogado que lhe preste a assistência técnica necessária para que possa manifestar sua vontade. Efetivamente, pelas regras previstas no artigo 282 e parágrafos da Lei nº 10.261/1968, verifica-se que o acusado será assistido por advogado em todos os atos e termos do processo. Para além disso, pertinente invocar o entendimento consagrado no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo no sentido de que,

nada obstante a edição da Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (“a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), nos processos administrativos disciplinares e sindicâncias punitivas regidas pela Lei Estadual nº 10.261/1968, a defesa técnica do acusado por advogado continua sendo condição necessária para a tramitação do feito, se e na medida em que for assim estabelecido pelo Estatuto¹⁹.

Em audiência objetivando a formulação da proposta de suspensão, caso o acusado não compareça ao ato processual nem justifique sua ausência, apesar de regularmente citado e intimado, restará inviabilizada nova oportunidade para se valer do instituto, diante da preclusão temporal operada. Por outro lado, caso o acusado compareça à audiência e recuse a proposta formulada, não poderá, posteriormente, manifestar-se de forma contrária, na medida em que a posição originariamente adotada é de natureza irretratável, além de estar caracterizada a preclusão lógica, diante da clara incompatibilidade das manifestações externadas.

Interessante é a situação inversa, vale dizer, o acusado inicialmente aceitou a suspensão da sindicância e, posteriormente, pretende se retratar, manifestando o desejo de que o procedimento disciplinar tenha prosseguimento. Conforme exposto, o pedido do acusado deverá ser indeferido, diante da natureza irretratável de sua adesão à proposta e pela preclusão lógica operada. Entretanto não se afasta a possibilidade do acusado, então, passar a descumprir as condições que lhe foram impostas, ocasião em que a susconsind será revogada e a sindicância passará a ter normal prosseguimento.

19 Parecer PA nº 173/2008, parecerista Dra. Patrícia Ester Fryszman. Peça opinativa aprovada pelas Instâncias Superiores da PGE/SP em 2/10/2008.

É certo que, nessa situação específica, não há mesmo como evitar a retomada da marcha processual. Contudo, e caso fique demonstrado que a revogação se deu de forma deliberada em razão de retratação do acusado quanto à aceitação na suspensão do procedimento, não se afasta a possibilidade – em caso de eventual condenação administrativa ao final da instrução processual – de considerar essa deslealdade processual como circunstância agravante na dosimetria da pena disciplinar.

Com relação às sindicâncias em curso quando do advento da Lei Complementar nº 1.381/2021, não se verifica óbice à imediata aplicação do novo instituto. Nesse sentido, e invocando-se novamente a regra prevista no artigo 267-N, constata-se que o dispositivo legal estabelece que a proposta poderá ocorrer após a edição da portaria de instauração da sindicância, não delimitando, entretanto, o momento final em que aquela poderá ser formulada, a revelar que, desde que ainda não tenha ocorrido o julgamento da sindicância, perfeitamente viável a adoção da susconsind.

A esse argumento some-se que o artigo 30 da Lei Complementar nº 1.361/2021 estabeleceu que esta entraria em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente à data da sua publicação. O mesmo artigo de lei estabeleceu exceções à entrada em vigor na data prevista em seu “caput”, sendo que a suspensão condicional da sindicância não se encontra no rol dessas exceções, ou seja, tem imediata aplicação. Para além disso, também merece registro a circunstância de que apenas em relação às práticas autocompositivas é que o legislador fez menção de que será necessária a regulamentação por decreto²⁰, inexistindo essa previsão para o termo de ajustamento de conduta e a suspensão condicional da sindicância.

5. REQUISITOS

Na sequência, passa-se à análise dos requisitos que o servidor processado deverá preencher para que seja possível valer-se da suspensão condicional da sindicância.

Eles estão previstos no “caput” do artigo 267-N, e se referem à situação funcional do sindicado, envolvendo o tempo de serviço no cargo

20 Artigo 267-B, da Lei Estadual nº 10.261/1968.

ou função e os seus antecedentes disciplinares. Assim, o dispositivo legal estabeleceu dois requisitos a serem preenchidos: (i) mais de 5 (cinco) anos de exercício no cargo ou função; e (ii) não registre punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos.

O primeiro requisito temporal diz respeito à necessidade de prestigiar o servidor que já tenha certo período de serviços prestados à Administração, circunstância que acena para maior grau de confiança por parte do ente público, a justificar a adoção da medida despenalizadora.

Interessante questionamento diz respeito a saber se o prazo quinquenal é contabilizado até a data do fato objeto da apuração administrativa ou até o momento da proposta da suspensão da sindicância. Aqui, parece-nos que a opção legislativa foi no sentido de considerar o lapso temporal que medeia o início do exercício no cargo ou na função e a data do fato apurado, de modo que não seria razoável que essa contagem se estendesse até a data da proposta da suspensão da sindicância.

Essa conclusão decorre também de uma interpretação sistemática, pois adota o mesmo balizamento daquele previsto no artigo 307 do Estatuto, no qual se estabelece que a sanção disciplinar não será considerada em desfavor do servidor, desde que entre o cumprimento daquela **e o cometimento de nova infração** tenha decorrido 5 (cinco) anos de efetivo exercício²¹.

Outro aspecto que merece registro reside na necessidade de o servidor estar em exercício há mais de cinco anos no cargo ou na função em que ocorreu a irregularidade. Ainda que o artigo 267-N não tenha sido expresso, entende-se que, ao mencionar o “exercício no cargo ou função”, acena mesmo para que o tempo a ser considerado envolve justamente o vínculo funcional em que se deram os fatos.

O segundo requisito exigido pelo comando normativo consiste na ausência de qualquer reprimenda disciplinar em desfavor do servidor nos últimos 5 (cinco) anos. Aqui também o lapso quinquenal deverá ser contabilizado entre a data do cumprimento da antecedente penalidade e a prática dos novos fatos, invocando-se novamente a regra prevista no artigo 307 do Estatuto.

21 **Artigo 307** – Decorridos 5 (cinco) anos de efetivo exercício, contados do cumprimento da sanção disciplinar, sem cometimento de nova infração, não mais poderá aquela ser considerada em prejuízo do infrator, inclusive para efeito de reincidência.

Ao contrário do que foi dito em relação ao requisito de tempo de exercício no cargo ou na função, o legislador não restringiu a existência de penalidade no específico vínculo funcional em que ocorridos os novos fatos, de tal modo que a punição de natureza disciplinar a ser considerada abarca qualquer sanção sofrida pelo servidor, ainda que aplicada no âmbito de cargo ou função diverso. Ao que parece, e em relação a este específico requisito, a intenção do legislador foi no sentido de se avaliar a postura do funcionário no serviço público considerado globalmente, mesmo que em ocupação funcional outra que não aquela em que se deram os fatos apontados como ilícitos funcionais.

Uma discussão que se vislumbra na aplicação do instituto da suspensão condicional da sindicância reside na possibilidade da Administração, de forma motivada, se recusar a formular a proposta de suspensão ao servidor que preencha os requisitos anteriormente mencionados, em razão de outras circunstâncias que apontem para a incompatibilidade do instituto em determinado caso concreto. Um exemplo clássico reside na situação do servidor que esteja respondendo a outros procedimentos disciplinares punitivos, ainda que não tenha qualquer condenação administrativa em seu desfavor e tenha mais de 5 (cinco) anos de exercício no cargo ou função. Poderia a Administração, nesta situação, deixar de propor a suspensão da sindicância?

Nesse cenário, uma linha de entendimento aponta a possibilidade de a Administração deixar de formular a proposta, ainda que o funcionário processado seja portador dos requisitos previstos no artigo 267-N.

Messias José Lourenço, em recente obra sobre os aspectos disciplinares da reforma administrativa, expôs os fundamentos desse posicionamento:

Tal entendimento, que interpreta a expressão ‘poderá’ com mera faculdade da Administração Pública, tem sido aquele acolhido por outras Instituições, como a Advocacia Geral da União – AGU e a Controladoria Geral da União – CGU. Nessa direção, a Advocacia Geral da União, ao editar a portaria nº 248/2018, que estabeleceu o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo, em seu artigo 2.º, limitou sensivelmente seu alcance, inviabilizando o TAC nos seguintes casos:

“Art. 2º O disposto nesta Portaria não se aplica nas seguintes hipóteses: I – indício de ocorrência de prejuízo ao erário; II – constatação de considerável prejuízo ao serviço público; III – notícia de fatos indicadores da prática de improbidade administrativa ou crime, ainda que não instaurado inquérito policial ou civil ou ajuizada ação judicial; Ano XXV – Suplemento B do BSE Nº 32, de 10 de agosto de 2018 Boletim de Serviço Eletrônico – Suplemento 5 IV – quando houver sido celebrado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados da homologação, pelo membro ou servidor administrativo interessado; e V- quando constar registro válido de aplicação de penalidade disciplinar nos assentamentos funcionais, nos termos do art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990”.

A aludida Portaria, ao tratar da delicada questão envolvendo o reconhecimento ou não de um direito subjetivo do servidor público, foi enfática:

“Art. 6º – A celebração de TAC não constitui direito subjetivo do interessado, devendo sujeitar-se aos termos da presente Portaria”.

Sobre o tema, a Controladoria Geral da União editou a Instrução Normativa 4 – fevereiro de 2020, na qual o art. 1º, estabelece que os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta-TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa. Nos termos do art. 1º. § 2.º da referida Instrução Normativa, somente se caracterizariam infrações disciplinares de menor potencial ofensivo às condutas puníveis com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno. Para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, de acordo com o art. 2º, o TAC somente será celebrado quando o investigado: I – não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; II – não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e III – tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano

causado à Administração Pública. Ao tratar da questão envolvendo a discricionariedade, o art. 5.º § 2º expressamente dispõe: o pedido de celebração de TAC apresentado por comissão responsável pela condução de procedimento disciplinar ou pelo interessado poderá ser, motivadamente, indeferido. Esse entendimento já foi objeto de exame em outra área, envolvendo uma ação civil pública e a eventual proposta de Ajustamento de Conduta. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), traçando uma interessante analogia com o instituto da conciliação, entendeu que o Ministério Público não estava obrigado a aceitar uma proposta de ajustamento formulada pelo particular.²²

Por outro lado, um segundo ponto de vista caminha em sentido oposto, acenando que, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 267-N, deverá a Administração formular a proposta de suspensão da sindicância ao funcionário processado.

O argumento central dessa corrente invoca a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, assim definido por Edmir Netto de Araújo:

O princípio da legalidade nos termos do art. 5º, II, da Carta Magna, significa, para os particulares, que estes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe, e que só a lei poderá obrigá-los a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Já seu correspondente para o Poder Público, mencionado no art. 37, significa que o agente público, as autoridades, a Administração, enfim, só poderão fazer o que a lei determina ou permite expressamente, devendo agir de acordo com a lei e o interesse público, não podendo prevalecer frente a estas decisões e interesses individuais. Este desdobramento do princípio da legalidade é conhecido, em Direito Administrativo, como princípio da legalidade estrita, ou princípio da reestrutividade: as leis administrativas são de ordem pública, contendo “poderes-deveres” irrevogáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir.

22 LOURENÇO, Messias José. **Reforma Administrativa Disciplinar no Estado de São Paulo**, p. 88-90, grifos do autor. Ressalte-se que o autor destacou a controvérsia, concluindo que “é inegável que ambas as posições possuem concretos subsídios jurídicos e, provavelmente, a questão deve ser futuramente levada à apreciação do Poder Judiciário, a quem caberá definir se há direito subjetivo ou se, em caráter excepcional, um requerimento do sindicato, poderá ser motivadamente recusado pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares”.

[...]

Na verdade, o princípio da legalidade estrita significa que a Administração não pode inovar na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode conceder direitos, criar obrigações, impor vedações, compelir comportamentos: para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário o respaldo da lei, e mesmo que em certos casos a atividade administrativa pareça realizar-se sem essa particularidade, só será legítima se houver lastro em determinação ou autorização legal. Por isso mesmo não se pode dizer que o princípio da legalidade estrita se refira somente ao agente público, pois se dirige, na verdade, à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, pois a lei (conformidade com a lei, conformidade com o Direito) é o fundamento da Administração em si mesma de sua ação.²³

Nesse panorama, verifica-se que o comando normativo trazido pela reforma administrativa estabeleceu de forma exaustiva os requisitos que o servidor deverá atender para se valer da suspensão da sindicância, vedado, portanto, o estabelecimento de outros sem qualquer previsão normativa, sob pena de afronta ao princípio constitucional em apreço.

Com todas as vênias aos respeitáveis argumentos em sentido contrário, esse segundo posicionamento nos pareceu mais convincente. Note-se que o legislador não deixou margem para que a Administração considerasse outras circunstâncias²⁴; ainda que se entendesse como “econômica” a opção legislativa, é esta que deverá ser respeitada pelos seus intérpretes e aplicadores.

Nunca é demais lembrar que, uma vez praticado o ilícito funcional, surge para a Administração o poder-dever de realizar a apuração dos fatos. Na lição de Antonio Carlos Alencar Carvalho,

uma vez conhecida a infração de deveres ou proibições funcionais por parte de agente público, com a consequente quebra da disciplina inte-

23 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 75-76.

24 Ao contrário, por exemplo, de quando tratou das condições da suspensão condicional da sindicância, ocasião em que, além daquelas previstas no parágrafo primeiro do artigo 267-N, estabeleceu a possibilidade de as Secretarias de Estado, da Procuradoria-Geral do Estado, da Controladoria-Geral do Estado e das Autarquias estabelecerem outras, observadas as suas especificidades, conforme previsão contida no artigo 267-P.

rior administrativa, rende-se ensejo ao exercício do poder disciplinar da Administração Pública, que constitui o poder-dever de impor sanções administrativas, previstas em lei, aos servidores faltosos, com a finalidade de corrigir os seus desvios de comportamento²⁵.

Dessa forma, a redação do “caput” do artigo 267-N, estabelecendo que o procurador do estado “poderá” propor a suspensão da sindicância, não sinaliza para uma atuação discricionária dessa autoridade administrativa no tocante à fixação dos requisitos necessários à formulação da proposta. O referido vocábulo, salvo melhor juízo, aponta tão somente para a possibilidade de não prosseguir na persecução administrativa, afastando-se o poder-dever acima ventilado, desde que atendidos os requisitos taxativamente previstos no referido dispositivo legal.

6. PRAZOS E CONDIÇÕES

Uma vez constatada a presença dos requisitos para a formulação da proposta de suspensão, deverá o procurador do estado estabelecer o prazo e as condições aos quais ficará sujeita.

O legislador estabeleceu que o prazo do período de prova será de 1 (um) a 2 (dois) anos, não declinando, entretanto, os critérios para a fixação do prazo da suspensão do procedimento disciplinar. Assim, aqui se abre a possibilidade para que a autoridade processante, de forma discricionária, estabeleça o período em que a sindicância ficará suspensa, podendo atentar para as circunstâncias pessoais do servidor, bem como para as peculiaridades envolvendo os fatos apurados. Exemplificativamente, poder-se-ia levar em conta a existência de processos disciplinares instaurados em face do servidor²⁶, tempo do funcionário no serviço público, existência de mais de uma conduta irregular apurada na sindicância.

As regras relativas às condições a serem cumpridas pelo servidor durante o período de prova se encontram no parágrafo primeiro do

25 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da Casuística da Administração Pública*, p. 417.

26 Evidentemente, se considerarmos que o fato de o servidor responder a outros procedimentos disciplinares não se constitua em óbice à suspensão da sindicância, conforme apontamentos relativos aos requisitos para sua concessão.

artigo 267-N: “§ 1º – O procurador do estado especificará as condições da suspensão, em especial, a apresentação de relatórios trimestrais de atividades e a frequência regular sem faltas injustificadas”.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que duas condições deverão ser obrigatoriamente estabelecidas na proposta: (i) apresentação de relatórios trimestrais de atividades; e (ii) proibição de incorrer em falta injustificada durante o período da suspensão.

Além dessas condições obrigatórias, o procurador do estado, avaliando as especificidades do caso concreto, poderá estabelecer outras, diante da autorização legislativa contida na expressão “em especial”, de modo que, aqui sim, nos parece haver um campo para atuação discricionária da autoridade processante. Tudo isso sem contar na possibilidade de as Secretarias de Estado, da Procuradoria-Geral do Estado, da Controladoria-Geral do Estado e das Autarquias estabelecerem outras, observadas as suas especificidades, conforme previsão contida no já mencionado artigo 267-P.

7. REVOGAÇÃO

A revogação da susconsind está prevista no parágrafo segundo do artigo 267-N: “§ 2º – A suspensão será revogada se o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas no § 1º deste artigo, prosseguindo, nestes casos, o procedimento disciplinar cabível”.

Verifica-se que a primeira causa de revogação consiste no fato de o acusado, durante o período de suspensão, ser processado administrativamente por outra conduta irregular. Não se vislumbra nesta causa de revogação qualquer ofensa ao princípio da inocência previsto na Constituição Federal, na medida em que tal circunstância não acarreta a aplicação de qualquer sanção ou restrição funcional ao servidor, mas apenas retoma o curso da sindicância disciplinar em que este poderá exercer seu direito de se contrapor aos termos da acusação formulada em seu desfavor.

Nessa questão, mostra-se perfeitamente aplicável o entendimento consagrado na jurisprudência para os casos de revogação da suspensão condicional do processo penal:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. SURSIS PROCESSUAL (ART. 89, § 3º DA LEI Nº 9.099/95. REVOGAÇÃO. A teor do art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não culpado. [...] Recurso conhecido e provido.²⁷

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO ESTELIONATO – REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS – RÉU PROCESSADO POR OUTRO CRIME – NECESSIDADE. A revogação do sursis é obrigatória quando no curso da suspensão o beneficiado vier a ser processado pela prática de outro crime, ainda que não haja sentença definitiva ou trânsito em julgado.²⁸

Interessante debate diz respeito à correta interpretação da locução “vier a ser processado por outra falta disciplinar”, vale dizer, saber se, para revogação da susconsind, é necessário que os fatos ensejadores da instauração do novo procedimento disciplinar tenham ocorrido no período de prova da suspensão ou se basta a instauração do novo procedimento, independentemente da data em que ocorreram os fatos nele apurados.

Caso seja adotado o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à suspensão condicional do processo penal, a singela circunstância de ser instaurado um novo procedimento disciplinar seria suficiente para a revogação da susconsind, pois, “tratando-se de benefício de índole processual, mostra-se irrelevante que os fatos apurados no novo processo instaurado sejam anteriores ao período da suspensão, uma vez que, nos termos do art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95, a suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime”²⁹.

27 STJ – REsp 708.658/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 5/9/05.

28 TJ/SP – RESE nº 0084378-55.2008.8.26.0050, Relator: Des. Willian Campos, 4ª Câmara de Direito Criminal, DJ de 16/08/2011.

29 STJ – HC 62.401/ES, Rel. Min. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 23/06/08.

Ocorre que, na situação vertente, não parece recomendável o transplante automático dos conceitos do direito penal para o direito administrativo disciplinar.

Inicialmente, invoca-se a necessidade de se manter a coerência do conjunto de regras estabelecidas pela reforma administrativa. Sobre a coerência de dado ordenamento jurídico, vale mencionar artigo de Franciele Silva Cardoso, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*:

Para Bobbio, conforme já mencionado, Ordenamento Jurídico é um conjunto unitário, sistemático (coerente) e completo. Após tratar da questão da unidade, Norberto Bobbio passa a questionar se o ordenamento jurídico também constituiria um sistema. Para tanto, o autor inicia sua análise utilizando-se de aproximações sucessivas, considerando sistema uma totalidade ordenada, isto é, o conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. E haverá ordem, para Bobbio, quando esses entes estiverem em relacionamento com o todo e também em relacionamento de coerência entre si. Neste sentido, saber se um ordenamento é um sistema equivale saber se as normas estão em coerência entre si e em que condições é possível essa relação.³⁰

Conforme já apontado no presente trabalho, o legislador não exigiu a inexistência de procedimento disciplinar em curso como requisito para a proposta da suspensão, sinalizando que fatos com apuração existente em período anterior à formulação da proposta não serão considerados para fins de aplicação do instituto. Assim, a primeira causa de revogação **somente teria sua razão de ser para aquelas condutas praticadas após o início do período de prova**; caso contrário, teríamos uma ruptura com a harmonia necessária ao sistema normativo, uma vez que a mesma circunstância (ser processado administrativamente por fatos anteriores à susconsind) não seria empecilho à concessão da suspensão e, paradoxalmente, serviria para a revogação desse mesmo benefício³¹.

30 CARDOSO, Franciele Silva. *O Direito como sistema: dever de coerência e as antinomias segundo Norberto Bobbio*, p. 617

31 A coerência e a harmonia são mantidas no âmbito penal, na medida em que a Lei Federal nº 9.099/1995 (art. 89, “caput” e seu parágrafo terceiro) estabelece expressamente que a existência de processos criminais em curso **se constitui em requisito para concessão e também causa de revogação da suspensão condicional do processo penal**, fato que, como visto, incorre no campo administrativo disciplinar estadual.

Acresça-se que, caso se entenda que a revogação também se aplicaria aos fatos ocorridos anteriormente à suspensão, seria possível enfrentarmos situações em que dois servidores poderiam receber tratamentos diferenciados em relação à revogação do instituto, a depender da data em que foi instaurado um novo procedimento disciplinar em seu desfavor³². Também sob esse enfoque restaria afastada a coerência do ordenamento jurídico, entendida “como condição de justiça do ordenamento, uma vez que onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”³³.

Para além desses argumentos, o cumprimento das condições avençadas na susconsind deverá ser avaliado no período de prova a que se submete o servidor; é a conduta deste no lapso temporal probatório que será objeto de análise quanto à manutenção (ou não) do benefício. É o que Messias José Lourenço chama de um “olhar para o futuro”:

Com efeito, como se tem insistido, o real escopo do instituto, máxime ao estipular um período de prova no qual determinadas condições deverão ser necessariamente observadas, é justamente oportunizar ao servidor acusado de uma falta disciplinar de menor ou médio potencial ofensivo que, *doravante*, adote uma nova postura profissional, a justificar a desnecessidade de uma futura reprimenda. Aliás, numa abordagem metafórica, poder-se-ia dizer que no momento da audiência conciliatória, o juízo de admissibilidade da Suspensão Condicional da Sindicância consistira num “olhar para o passado”, enquanto o período de prova e eventual extinção da punibilidade representariam um “olhar para o futuro”. Ora, caso entendimento contrário venha a ser adotado, o sindicato processado por faltas disciplinares cometidas *antes* da aceitação do acordo, teria inevitavelmente seu benefício revogado a qualquer momento, independentemente de sua postura profissional durante o período de

32 Observe-se que a data de instauração do procedimento disciplinar é circunstância totalmente alheia à vontade e conduta do servidor processado.

33 CARDOSO, Franciele Silva. op. cit., p. 621.

prova; o que, repita-se, desvirtuaria totalmente as finalidades da susconsind e afrontaria qualquer conceito de Segurança Jurídica. Depreende-se, portanto, que eventual revogação estará condicionada a processos instaurados durante o período de prova que, no entanto, dizem respeito a infrações disciplinares praticadas *após* a celebração da susconsid.³⁴

A segunda causa de revogação decorre da própria natureza condicional do instituto, consistente justamente no descumprimento das condições estabelecidas para a sua aplicação. A inobservância do quanto avençado no acordo de suspensão, por óbvio, tem como consequência natural seu rompimento e o prosseguimento da sindicância disciplinar instaurada.

Cabe registrar que, ao contrário da suspensão condicional do processo penal, na susconsind não há previsão para causas facultativas de revogação. Incidindo uma das hipóteses do parágrafo segundo do artigo 267-N, a suspensão será obrigatoriamente revogada por despacho do procurador do estado que, então, deverá determinar o prosseguimento da sindicância a partir do momento em que esta se encontrava.

Não se pode afastar a hipótese de a administração, após o transcurso do prazo de suspensão, constatar a existência de causa revogadora do benefício. Nesse caso, e desde que ainda não tenha havido a declaração da extinção da punibilidade, é perfeitamente possível a revogação da susconsind por descumprimento das condições durante o período de prova, na medida em que não se mostra razoável a utilização do benefício por quem violou o acordo firmado, descumprindo as obrigações que voluntariamente assumiu.

Aqui também, e diante de sua equivalência, mostra-se aplicável o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para os casos da suspensão condicional do processo penal:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MEDIDA DESPENALIZADORA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA. NÃO CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO DE COMPARECIMENTO MENSAL A JUÍZO. INADMISSIBILIDADE DO APROVEITAMENTO

34 LOURENÇO, Messias José. *Reforma Administrativa Disciplinar no Estado de São Paulo*, p. 100-101.

DE COMUNICAÇÕES DE VIAGEM PARA EFEITO DE AUTORIZAÇÕES DE AFASTAMENTO DA COMARCA. CONDIÇÕES DISTINTAS DE CUMPRIMENTO. JUSTIFICATIVAS INSUBSISTENTES. OBSERVÂNCIA DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÕES NÃO VERSADAS NA DECISÃO AGRAVADA. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O instituto da suspensão condicional do processo constitui importante medida despenalizadora, estabelecida por motivos de política criminal, com o objetivo de possibilitar, em casos previamente especificados, que o processo nem chegue a se iniciar. 2. A jurisprudência desta Casa de Justiça é firme no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos até o seu término. A melhor interpretação do art. 89, § 4º, da Lei 9.099/95 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida após o final do período de prova (cf. HC 84.593/SP, Primeira Turma, da minha relatoria, DJ 03/12/2004). Precedentes de ambas as Turmas. 3. Em se tratando de instrumento de política criminal despenalizadora, o instituto da suspensão condicional do processo exige mais do que a aplicação das condições objetivamente consideradas. Vai além: para efeito de revogação da suspensão do processo, confere ao julgador importante função de sopesar a gravidade de eventual falta no cumprimento das condições fixadas, diante da conduta do acusado frente ao benefício. 4. O acusado não soube se valer do favor legal que lhe foi conferido, não demonstrando o necessário comprometimento com a situação de suspensão condicional do processo, em claro menoscabo da Justiça Criminal do Estado. Na situação em concreto, deixou o acusado de cumprir uma das condições com as quais se comprometeu, respeitante ao comparecimento mensal em Juízo eleitoral para informar e justificar as suas atividades. 5. O comparecimento a juízo constitui obrigação distinta daquela alusiva às justificações para viagem, motivo pelo qual não podem as diversas comunicações de viagem juntadas aos autos ser encaradas como justificadoras do não comparecimento do acusado. Por outro lado, considera-se justificado o não comparecimento ocorrido no mês de setembro de 2006, quando, estando o acusado em campanha eleitoral, a exigência de comparecimento importaria dano à continuidade de suas atividades, incompatível com as finalidades do instituto da suspensão do processo. (Cf. Inq 641-QO/MG, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro

Marco Aurélio, DJ 05/06/1998.) 6. Não há que se falar em falta de prévio contraditório nesta nossa instância quando se observa que, logo em seguida ao pronunciamento do procurador-geral da república, o acusado teve vista efetiva dos autos, em atendimento a requerimento por ele apresentado, nada peticionando. Inconformismo que foi manifestado apenas depois de exarada a decisão revogatória do benefício, por meio do presente recurso, cujo conhecimento, per se, afasta eventual prejuízo, não demonstrado na espécie. 7. Agravo regimental desprovido.³⁵

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SURSIS PROCESSUAL: REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTES DO SEU TÉRMINO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o seu termo final, se comprovado que o motivo da sua revogação ocorreu durante o período do benefício. Precedentes. 2. Habeas corpus denegado.³⁶

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Suprema Corte já “firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período” (HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 01.12.2006). 2. Tendo ocorrido o descumprimento das condições impostas, durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz. 3. Habeas corpus denegado.³⁷

8. NOVO BENEFÍCIO E PRESCRIÇÃO: CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA

O parágrafo quarto do artigo 267-N, por seu turno, veda a concessão de novo benefício durante o dobro do prazo da anterior

35 STF – AP 512 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ de 20.4.2012.

36 STF – HC 90.833/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 11.5.2007.

37 STF – HC 97.527/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 1º.7.2009.

suspensão, contado da declaração de extinção da punibilidade pela autoridade administrativa competente. O dispositivo revela a importância de a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares comunicar a suspensão da sindicância ao órgão de recursos humanos das Secretarias de Estado e das Autarquias, inclusive para fins de evitar a duplicidade de benefícios em prazo inferior ao permitido pelo comando normativo em testilha.

O legislador também estabeleceu que, durante o período da suspensão da sindicância, igualmente fica suspenso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, que só voltará a correr na hipótese de revogação do benefício. A suspensão do lapso prescricional tem previsão no artigo 261, parágrafo quarto, item 3, e no parágrafo quinto do art. 267-N:

Artigo 261 – Extingue-se a punibilidade pela prescrição:

[...]

§ 4º – A prescrição não corre:

[...]

3 – durante a suspensão da sindicância, nos termos do artigo 267-N desta lei;

Artigo 267-N: [...]

§ 5º – Durante o período da suspensão não correrá prazo prescricional, ficando vedado ao beneficiário ocupar cargo em comissão ou exercer função de confiança.

O mesmo parágrafo quinto do art. 267-N vedou ao beneficiário da suspensão ocupar cargo em comissão ou exercer função de confiança. Aqui, não ficou devidamente esclarecido se a proibição se referiu apenas à assunção de novo cargo ou função, ou se ela atingiria também aquele já ocupado pelo servidor sujeito à sindicância disciplinar.

Uma interpretação que se pode extrair é de que os vocábulos “ocupar” e “exercer” se referem a todos os cargos e funções, independentemente da data em que o servidor passou a titularizá-los. A susconsind, nesse sentido, seria incompatível com o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, que, na lição de Odete Medauar, deve ser “ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que popôs a

nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança”³⁸. Assim, haveria necessidade de o servidor se desvincular do cargo comissionado ou função de confiança que já ocupasse para, então, se valer do benefício da suspensão condicional da sindicância.

Rendendo o necessário respeito a esse posicionamento, filiamo-nos ao entendimento de que a vedação em apreço se refere à assunção de **um novo** cargo em comissão ou função de confiança, de modo que não seria razoável exigir-se que o servidor detentor desses cargos e das funções deles se desvinculasse para se valer da susconsind. A vedação, portanto, envolveria a impossibilidade de assumir um novo cargo ou função, inclusive para que o período de prova seja cumprido justamente na ocupação em que supostamente praticada a infração, onde poderia haver melhor avaliação sobre a adequação e o merecimento acerca do benefício em questão.

Para além disso, e conforme já ventilado na lição de Odete Medauar, a ocupação desses cargos e funções pressupõe a confiança depositada no seu titular. Ora, se no momento da proposta da suspensão o servidor ainda o titulariza, pressupõe-se que continua depositário dessa confiança, mesmo porque sua exoneração/cessação poderia ter ocorrido *ad nutum*, já que não é detentor de estabilidade³⁹.

Messias José Lourenço também aponta que

caso o legislador pretendesse impedir que um servidor público, ocupante de um cargo em comissão ou em confiança, não tivesse direito ao benefício, fatalmente iria inserir tal condição entre os requisitos elencados no “caput” do art. 267-N (mais de 5 (cinco) anos de exercício no cargo ou função, e o registrar punição de natureza disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos). Ademais, criaria uma injustificada distinção de tratamento entre o servidor que ocupasse e aquele que não ocupasse um cargo dessa natureza.⁴⁰

38 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 327

39 Inclusive, podem-se verificar casos em que o administrador público seja compelido a cessar a designação do servidor ocupante de função de confiança para que este seja beneficiário da susconsind, mesmo que venha prestando bons serviços à repartição e haja o interesse da administração na manutenção do servidor naquela função. Essa situação, por si só, já colocaria séria dúvida se o interesse público realmente seria atendido com a desincompatibilização do sindicado em relação à função de confiança por ele ocupada.

40 LOURENÇO, Messias José. op. cit, p. 94-95.

9. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Decorrido o período de prova e cumpridas as condições avençadas, deverá o procurador do estado encaminhar os autos da sindicância disciplinar à Secretaria de Estado ou Autarquia para que seja declarada a extinção da punibilidade do agente público; esta, a regra prevista no parágrafo terceiro do artigo 267-N. A decisão administrativa que declarar a extinção da punibilidade deverá ser proferida por uma das autoridades mencionadas no artigo 260 da Lei nº 10.261/1968⁴¹, e ela não poderá gerar reincidência nem configurar antecedente desabonador na vida funcional do servidor, pois, repita-se, inexistente qualquer condenação disciplinar e, portanto, formação de culpa.

10. CONCLUSÃO

A suspensão condicional da sindicância, para além de trazer significativa mudança na relação da Administração para com o servidor público, afastando-se de uma relação impositiva para dar margem a uma interação negociada, abriu a possibilidade de conferir um desfecho mais célere a esse tipo de procedimento administrativo, inclusive em atenção ao princípio constitucional que prega a necessidade da duração razoável do processo⁴².

Essa maior agilidade na solução da sindicância envolve também a exclusão dos atos instrutórios nos quais, não raro, relações conflituosas são ressuscitadas⁴³, ocasionando dissabores e até mesmo a instigação a novos conflitos entre pessoas cujo relacionamento interpessoal o tempo já havia cuidado de pacificar.

41 **Artigo 260** – Para aplicação das penalidades previstas no artigo 251, são competentes: (NR)

I – o Governador; (NR)

II – os Secretários de Estado, o Procurador-Geral do Estado e os Superintendentes de Autarquia; (NR)

III – os Chefes de Gabinete, até a de suspensão; (NR)

IV – os Coordenadores, até a de suspensão limitada a 60 (sessenta) dias; e (NR)

V – os Diretores de Departamento e Divisão, até a de suspensão limitada a 30 (trinta) dias. (NR)

Parágrafo único – Havendo mais de um infrator e diversidade de sanções, a competência será da autoridade responsável pela imposição da penalidade mais grave. (NR)

42 **Artigo 5º, inciso LXXVIII**, da Constituição Federal.

43 No âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, diversas sindicâncias disciplinares envolvem apuração de infrações relacionadas à violação ao dever de urbanidade, vale dizer, decorrem de conflitos nas relações interpessoais entre servidores e entre estes e particulares.

Sob a ótica do agente público, trouxe a oportunidade de evitar o constrangimento de se ver processado administrativamente e a possibilidade de demonstrar, durante o período de prova, a regularidade de sua atuação laboral.

Indiscutíveis, assim, os benefícios que a suspensão condicional da sindicância trouxe para o sistema disciplinar do estado de São Paulo. Por outro lado, a implantação do novo instituto trouxe também novos desafios, sobretudo para a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, órgão diretamente responsável por sua aplicação prática.

Sem prejuízo de sua atuação tradicional, instruindo os procedimentos disciplinares sob sua responsabilidade, a susconsind inseriu uma nova vertente no seu cotidiano. O formato consensual do novo instituto, no qual a manifestação de vontade do servidor processado é indispensável para sua aplicação, ensejou a necessidade de adequação na rotina do órgão disciplinar, notadamente no que se refere à análise e tramitação das sindicâncias disciplinares.

O presente trabalho, além de expor alguns dos principais aspectos da susconsind, também destacou que o legislador não previu todas as situações que o instituto poderia acarretar, diante da riqueza de circunstâncias e peculiaridades que a dinâmica disciplinar oferece. Nesse compasso, e diante do natural surgimento de questões controversas, a atividade de interpretação da *ratio legis* demandará profunda pesquisa e reflexão, inclusive para permitir uma atuação uniforme por parte da Administração.

Aqui, cabe registrar a convicção do autor de que a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares saberá enfrentar esse bom combate com a maestria de sempre. Os diversos obstáculos por ela suplantados durante esses 10 (dez) anos de existência não deixam a menor dúvida sobre a dedicação e competência com que a Especializada atuará nesse novo cenário do sistema disciplinar estadual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. **Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARDOSO, Franciele Silva. O Direito como sistema: dever de coerência e as antinomias segundo Norberto Bobbio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106, p. 613-625, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67959/70567>. Acesso em: 4 mar. 2022.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LOURENÇO, Messias José. **Reforma Administrativa Disciplinar no estado de São Paulo**. São Paulo: [s. n.], 2022. Edição Kindle.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 106-126, 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 24 fev. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

O ILÍCITO DE INASSIDUIDADE

Eraldo Ameruso Ottoni¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Tutela da assiduidade, abandono de cargo e ânimo de abandonar; 3 – Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017, relatório final do Grupo de Trabalho e reorganização da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares; 4 – Quadros comparativos das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021; 5 – Proposta não acolhida; 6 – Aplicação das alterações legislativas; 7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo procura apresentar as inovações legislativas no controle disciplinar de assiduidade dos servidores públicos estaduais introduzidas pela Lei Complementar nº 1.231, de 21 de outubro de 2021. Analisa o propósito que ensejou as alterações e a aplicação delas.

PALAVRAS-CHAVE: Inassiduidade. Alteração legislativa. Aplicação.

1. INTRODUÇÃO

A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares foi criada pela Lei Complementar nº 1.183, de 30 de agosto de 2012, e seu primeiro quinquênio de existência foi comemorado com a edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado nº 85, dedicada exclusivamente a assuntos de natureza disciplinar.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Corregedor Auxiliar da Corregedoria da Procuradoria-Geral do Estado (2008/2012). Procurador do Estado Assistente da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (2012/2015). Procurador do Estado Chefe da Procuradoria desde 2015. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

Naquela ocasião estava reunido e em plena atividade o Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017². O Grupo de Trabalho foi instituído a pedido da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, e tinha por incumbência estudar e propor medidas para o aprimoramento do sistema disciplinar.

Ao término de suas atividades, o Grupo de Trabalho apresentou, em 03 de março de 2018, relatório circunstanciado de suas discussões, com diversas propostas, envolvendo inclusive alterações de natureza legislativa, todas devidamente fundamentadas. O relatório apresentado foi acolhido pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado, e desde então desenvolveu-se intensa atividade no sentido de divulgação das propostas apresentadas.

Após grande esforço institucional algumas das propostas foram acolhidas pelo Governador do Estado, que as incluiu no Projeto de Lei Complementar nº 26 (PLC 26), encaminhado à Assembleia Legislativa em 4 de agosto de 2021 e rapidamente convertido na Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021³.

Dentre as propostas acolhidas está a mudança no tratamento das infrações funcionais relacionadas ao dever de assiduidade cuja pena em tese cabível é a de demissão.

Tais infrações eram: *i) as faltas injustificadas interpoladas*⁴ superiores a 45 dias durante um ano, antes prevista no art. 256, inc. V, da Lei nº 10.261/68⁵, e *ii) o abandono de cargo*, que se configurava com mais de 30 faltas injustificadas consecutivas, nos termos do que então dispunha o art. 256, inc. I e § 1º, também da Lei nº 10.261/68.

Esses dois ilícitos também estavam previstos na Lei nº 500/74, lei que institui o “regime jurídico dos servidores admitidos em caráter

2 SÃO PAULO. Resolução n. 19, de 30 de junho de 2017. Institui Grupo de Trabalho com a finalidade de aprofundar estudos visando identificar medidas de aperfeiçoamento dos processos disciplinares. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, p. 54, 4 jul. 2017b.

3 Das disposições de natureza disciplinar, apenas o acréscimo do art. 243-A, na Lei nº 10.261/68, não se originou de proposta do Grupo de Trabalho.

4 Designada na prática administrativa como *inassiduidade*.

5 Lei que dispõe sobre o “Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado”, mencionados neste trabalho como *efetivos*.

temporário”⁶, de forma um pouco diversa. Eram exigidas para a dispensa (equivalente à demissão da Lei n° 10.261/68) mais de *i*) 30 *faltas injustificadas interpoladas* durante o ano⁷ (art. 36, inc. I) e *ii*) mais de 15 faltas injustificadas consecutivas para configurar o *abandono de função* (art. 36, inc. II).

Embora a Lei n° 500/1974 disciplinasse a contratação temporária, tal foi sua aplicação que a vinculação do pessoal por ela admitido tornou-se verdadeiramente permanente, o que levou o Grupo de Trabalho a propor unificação de tratamento jurídico⁸ nos assuntos que analisou.

A Lei Complementar n° 1.361/2021 alterou os dispositivos mencionados, prevendo apenas a infração de *inassiduidade*, que pode se configurar a partir de faltas injustificadas intercaladas ou

6 Houve alteração legislativa quanto às admissões temporárias de excepcional interesse público, que passaram a ser feitas nos termos da Lei Complementar n° 1.093, de 16 de julho de 2009. A Lei n° 500/74 não foi revogada, tendo havido proibição de novas contratações com base nela. Nos termos do art. 24, da LC n° 1.093/09, “fica vedada, a partir da publicação desta lei complementar, a admissão de pessoal com fundamento na Lei n° 500, de 13 de novembro de 1974” (SÃO PAULO. Lei Complementar n. 1.093, de 16 de julho de 2009. Dispõe sobre a contratação por tempo indeterminado de que trata o inciso X do artigo 115 da Constituição Federal. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, v. 119, n. 131, p. 1-3, 17 jul. 2009, p. 1).

7 E não durante um ano, como previsto na Lei n° 10.261/68. A diferença de redação rendeu ensejo a debates sobre a forma de contagem em um e outro regime, conforme bem delineado no parecer PA n° 20/2010, da Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi. Quanto à forma de contagem, foi firmada a tese de que “durante o ano” significa o ano civil, e não qualquer período de 12 meses. Nas palavras da ilustre parecerista, de saudosa memória: “Dispõe o referido inciso II do artigo 36 da L. 500 ‘durante o ano’; não dispôs ‘durante um ano’ como se encontra no EFP (no inciso V do artigo 256). Desse modo, a meu ver, as faltas interpoladas para fins de dispensa de servidores temporários devem ser apuradas considerado o ano civil. Nessa linha de raciocínio, por exemplo, encontramos o precedente parecer PA n° 335/2002, em que se examinou o alcance da expressão ‘por ano’ e, recorrendo à analogia, concluiu-se que o Estatuto pretende designar o ano civil, e não um período qualquer de doze meses, ‘quando emprega a locução ‘por ano’ e outras sinônimas – sem acrescentar qualquer esclarecimento acerca do seu significado, e sem que significado distinto decorra inequivocamente do contexto normativo” (SÃO PAULO. *Parecer PA n. 20/2010*. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2010, p. 05-06, grifos do autor).

8 Com a ressalva de que nem todo pessoal admitido pela Lei n° 500/74 é regido por normas estatutárias, pois o art. 3°, caput, determinava regime da CLT, principalmente “para a execução de serviços decorrentes de convênio” (SÃO PAULO. Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974. Institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 3, 14 nov. 1974, art. 1°, inc. III), de grande incidência na Secretaria da Saúde. Para o pessoal CLT obviamente não há como unificar o tratamento.

de faltas injustificadas consecutivas; o número de faltas ao trabalho para a configuração dos ilícitos foi reduzido, e as disposições da Lei nº 10.261/1968 foram unificadas com as da Lei nº 500/1974.

Este artigo se propõe a analisar as razões que levaram às alterações legislativas quanto ao dever de assiduidade, com ênfase para a figura do *abandono de cargo*, bem assim a aplicação dessas alterações.

2. TUTELA DA ASSIDUIDADE, ABANDONO DE CARGO E ÂNIMO DE ABANDONAR

Os deveres dos servidores públicos civis estão previstos no art. 241, da Lei nº 10.261/1968, sendo o primeiro deles o de assiduidade. Dispõe o art. 241, inciso I, que o servidor deve ser “assíduo e pontual”. Assim que toma posse e entra em exercício, “o funcionário contrai o dever de desempenhar regular e continuamente, nos lugares e dentro das horas que lhe forem designadas, as suas funções: nisto consiste o *dever de assiduidade*”.

O dever de assiduidade está intimamente relacionado com o princípio da continuidade do serviço público (e das atividades administrativas), na medida em que é inviável a prestação contínua de um serviço ou a realização contínua de uma atividade sem que a força humana encarregada de sua consecução esteja a postos para realizá-la.

Com efeito,

um dos princípios gerais e basilares do Direito Administrativo é o de continuidade do serviço público, para que sejam evitados danos aos administrados, decorrentes da interrupção, gerando esses prejuízos até responsabilização do Poder Público, em termos patrimoniais.

Assim, deve o servidor desempenhar suas atribuições regular e continuamente, no lugar e horário que lhe forem legalmente designados. Ou seja, **assiduamente**.¹⁰

9 CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1970. v. 2, p. 675, grifos do autor.

10 ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 400, grifo do autor.

A relação entre continuidade do serviço público e dever de assiduidade está em que este é instrumento de tutela daquela. A continuidade do serviço público está tutelada contra faltas injustificadas interpoladas e consecutivas. Sendo a ênfase deste artigo o *abandono de cargo*, interessam-nos analisar com mais detalhe as consecutivas, e como eram tratadas.

Na sua redação original dispunha o artigo 63¹¹, da Lei nº 10.261/68, que “salvo os casos previstos nesta lei, o funcionário que interromper o exercício por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, ficará sujeito à pena de demissão por abandono de cargo”¹². O abandono de cargo, por sua vez, estava previsto no art. 256, inc. I e § 1º, da mesma lei, da seguinte forma:

Artigo 256 – Será aplicada a pena de demissão nos casos de:
I – abandono de cargo;

[...]

§ 1º – Considerar-se-á abandono de cargo, o não comparecimento do funcionário por mais de (30) dias consecutivos ex-vi do art. 63.¹³

[...]

Essa era a dicção legal quanto ao ilícito de *abandono de cargo*.

A doutrina especializada ensina que para a existência do abandono de cargo devem estar presentes dois *elementos*, um *objetivo* e outro *subjetivo*.

O elemento objetivo do ilícito se compõe das faltas injustificadas ao serviço, comprovadas por documentação de frequência em que conste os dias de não comparecimento injustificado; o elemento subjetivo, como o nome sugere, reside na subjetividade do servidor, na sua vontade de abandonar o cargo, comumente designada *animus abandonandi*.

José Armando da Costa leciona que

o ilícito disciplinar em comento compreende dois planos, a saber, o objetivo e o subjetivo. Pelo ângulo puramente objetivo ou material,

11 Revogado pela Lei Complementar nº 1.361/21.

12 SÃO PAULO. Lei n. 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, p. 2, 29 out. 1968, art. 63.

13 *Ibidem*, art. 256.

o abandono se caracteriza quando o servidor deixa de comparecer ao expediente de sua repartição por mais de trinta dias consecutivos; enquanto que, pelo prisma da subjetividade, tal configuração carece de *animus abandonandi*. Vale dizer, sem que haja a coexistência concorrencial desses dois elementos, não sobre-restará aperfeiçoado o *corpus delicti* do abandono de cargo.¹⁴

De tal modo, e com base na exigência do *animus abandonandi* para a tutela da continuidade do serviço público, “não basta, entretanto, a simples ocorrência das trinta faltas para o abandono: necessária se faz a apuração da intenção, da falta de justificação das ausências, do descaso e desinteresse do funcionário, em processo administrativo”¹⁵, “tornando necessária a caracterização do dolo para a tipificação da infração”¹⁶.

A apuração do *elemento objetivo* não traz maiores dificuldades, bastando a existência de um controle rigoroso, metódico e confiável de presença, a partir do qual são constatadas e somadas as faltas ao trabalho.

Já a apuração do *elemento subjetivo*, para a perquirição do *animus abandonandi*, sempre foi tema dos mais tormentosos, pois “não existia um consenso acerca do real significado do aludido elemento subjetivo, o que gerava incontáveis discussões e impugnações”¹⁷. A ausência de consenso, somada à multiplicidade de escusas apresentadas pelos faltosos, muitas delas plangentes, geravam absolvições que nem sempre se acomodavam às excludentes legais.

As excludentes são aquelas previstas no art. 311, da Lei nº 10.261/1968, a saber: força maior, coação ilegal ou motivo legalmente justificável, de modo que as escusas dos faltosos deveriam se enquadrar numa dessas hipóteses legais¹⁸.

14 COSTA, José Armando. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 397.

15 ARAÚJO, Edmir Netto. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 154.

16 OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores públicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 184.

17 LOURENÇO, Messias José. *Reforma administrativa disciplinar no Estado de São Paulo*. São Paulo: [s.n.], 2022, p. 121.

18 SÃO PAULO, 1968, art. 311.

Nada obstante, o art. 311 raramente era citado nos relatórios finais que propunham absolvição, ou nas decisões que absolviam, pois tudo se resolvia, pelas mais diversas razões e sem maior rigor técnico, na ausência de *animus abandonandi*. A prática aproximou-se, e muito, da corrente subjetivista, “que pesquisa as razões íntimas da atitude do agente e vai além, considerando-as, acolhendo-as e justificando, na maior parte das vezes, o procedimento irregular pela análise da intenção”¹⁹.

Uma das razões que levou à proposta de criação de Grupo de Trabalho no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares foi justamente essa constatação, e a necessidade de melhor tutelar a continuidade do serviço público.

3. RESOLUÇÃO PGE Nº 19, DE 30 DE JUNHO DE 2017, RELATÓRIO FINAL DO GRUPO DE TRABALHO E REORGANIZAÇÃO DA PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Na representação em que é proposta a criação de Grupo de Trabalho, elaborada em 29 de maio de 2017 pela Chefia da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e endereçada à sra. subprocuradora geral da Área da Consultoria Geral²⁰ logo em seguida, o tema da inassiduidade foi assim abordado:

A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012. Brevemente completará 05 (cinco) anos de enriquecedora atividade. Neste período de intenso trabalho acumulou grande experiência, que lhe permite, com segurança, exercer as atribuições previstas no art. 1º, inc III, de sua lei de criação. São elas: estudar, elaborar e propor: *i)* instruções de caráter geral e súmulas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado em matéria de procedimentos disciplinares e *ii)* medidas para o aprimoramento da celeridade, da eficácia e da segurança dos procedimentos disciplinares.

Nesse sentido, foram detectados assuntos que merecem estudos

19 LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 140.

20 A Dra. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, atualmente aposentada.

aprofundados, do qual poderão resultar alterações regulamentares e até mesmo legislativas. Sem prejuízo de outros, os assuntos de maior importância que reclamam aprofundamento são os seguintes:

1. Atuação da Administração nos ilícitos de abandono de cargo e inassiduidade. Estes dois ilícitos representam praticamente 30% do movimento processual da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Embora sejam ilícitos aparentemente fáceis de apurar, são os que mais impactam o cotidiano da Administração, na medida em que constituem verdadeiro atentado à continuidade do serviço público.

Sobre o tema há importante parecer PA (187/09), nem sempre bem compreendido pelos operadores do Direito e, principalmente, pelos administradores. Mais não fosse, mesmo hipóteses que envolvem atuação do DPME, mas nele não se enquadram com exatidão, não podem, em razão de entendimentos jurisprudenciais consolidados, ser tratados como abandono ou inassiduidade, muito embora haja clara desídia do servidor, situação que reclama o aperfeiçoamento das apurações conduzidas pela Administração²¹.

Acolhida a representação, o sr. procurador geral do estado editou a Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017, momento a partir do qual o Grupo de Trabalho iniciou suas atividades, todas elas fartamente documentadas em procedimento administrativo (GDOC 1000725-421551/2017), ao cabo do qual foi apresentado minucioso relatório final.

Embora um pouco longa, vale a transcrição dos trechos do relatório final que abordaram as questões discutidas neste artigo:

Atualmente, quando se cuida de faltas ao trabalho injustificadas, podem ensejar a demissão do servidor o *abandono* (faltas ao trabalho por mais de 30 dias consecutivos) ou a *inassiduidade* (mais de 45 faltas intercaladas durante um ano).

Considerando-se os 06 abonos autorizados pelo art. 110, § 1º, da Lei 10.261/68, as 06 faltas médicas autorizadas pela Lei Complementar Estadual nº 1.041/08 e a previsão normativa de justificação de até 24

21 SÃO PAULO. Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, p. 02-03.

faltas por ano (art. 10, do Decreto Estadual nº 52.054/07), a continuidade do serviço público está em risco diante da possibilidade de até 36 ausências anuais ao serviço, que equivalem a praticamente 2 meses úteis de trabalho.

A sistemática atual verdadeiramente autoriza o servidor a não trabalhar por até 66 dias ao ano, sendo 30 dias deles consecutivos, (26% dos dias úteis de 2017, considerados 252 dias úteis) ou até 81 dias intercalados (32% dos dias úteis, considerados os mesmos 252 dias úteis), sem qualquer risco de demissão.

De tal sorte, em vista das oportunidades legais que o servidor tem para justificar suas ausências, o interesse na continuidade do serviço público será melhor tutelado pela redução dos prazos para configuração de ilícito passível de demissão.²²

Aqui cumpre interromper a transcrição para fazer um importante destaque.

Em nenhum momento a possibilidade de abono de faltas foi considerada um risco à continuidade do serviço público, ou a qualquer outro princípio, de modo que a revogação do art. 110, § 1º, da Lei nº 10.261/68²³, pelo art. 29, I, “a”, da Lei Complementar nº 1.361/21, não foi proposta oriunda do Grupo de Trabalho.

Seguindo na transcrição:

E o ilícito deve ser designado simplesmente como *inassiduidade*, pois é o dever de assiduidade que está sendo tutelado. Com efeito, ainda que a lei não aprisione a cultura e nem modifique, por si só, hábito arraigados, o vocábulo *abandono* não é o mais adequado para rotular o ilícito do servidor que falta continuamente ao trabalho.

Tradicionalmente o ilícito de abandono se configura a partir da conjugação de dois elementos, um dito objetivo (as faltas ao trabalho) e outro dito subjetivo (o ânimo de abandonar). Em vista disso os pro-

22 SÃO PAULO. Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2017a, p. 140-141.

23 que tratava do abono de faltas, da seguinte forma: “As faltas ao serviço, até o máximo de 6 (seis) por ano, não excedendo a uma por mês, em razão de moléstia ou outro motivo relevante, poderão ser abonadas pelo superior imediato, a requerimento do funcionário, no primeiro dia útil subsequente ao da falta” (SÃO PAULO, 1968, art. 110).

cessos de abandono deixaram de tutelar a continuidade do serviço público e se transformaram em instrumento de perquirição do ânimo do servidor que não trabalha e nem regulariza sua vida funcional.

O regular funcionamento da repartição está hoje em segundo plano. A população que espere na fila, olhando para um guichê vazio, ou um consultório médico fechado num Hospital público, deixou de ter relevância diante da preponderância de averiguação do ânimo de abandonar do faltoso.

Nesse sentido, para além da mudança do título do ilícito, há proposta de inserção de dever no art. 242, inc. I, para que o servidor, assim que possível, e para logo, comunique sua Chefia eventual impossibilidade de comparecimento. É verdade que o servidor já conta com a exigência estatutária de cooperação e espírito de solidariedade com os colegas, consoante disciplina do art. 242, inc. XII, mas ainda assim é importante a existência de disposição expressa que permita a responsabilização funcional pelo desleixo e desatenção em não cientificar sua repartição dos problemas que impedem o comparecimento ao trabalho, de sorte a que o superior possa reorganizar o serviço.²⁴

Essas foram as propostas do Grupo de Trabalho quanto ao tema da inassiduidade.

O relatório final foi acompanhado de esboço de anteprojeto de lei, e no esboço as disposições da Lei nº 500/1974 e da Lei nº 10.261/1968 sobre inassiduidade tiveram idêntico tratamento, com redução para 10 faltas injustificadas consecutivas ou 20 faltas injustificadas intercaladas.

O esboço das alterações propostas no art. 256, da Lei nº 10.261/1968, sem rigor algum de técnica legislativa, ficou assim:

Artigo 256 – [...]

I – Inassiduidade. (NR).

[...]

V – Exercício de atividade remunerada, nos termos do art. 187 (NR)

VI – Perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício do cargo ou função.

Parágrafo Único – Considera-se inassiduidade o não comparecimento

24 SÃO PAULO, 2017a, p. 141.

do funcionário por 10 (dez) dias consecutivos, ou 20 (vinte) dias intercalados durante um ano.²⁵

O relatório final também propôs a inserção da expressão “que impeça o comparecimento ao trabalho” no art. 311.

A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, porém, não se limitou a estudar e propor mudanças legislativas, tendo alterado sua organização interna para melhor enfrentamento das questões de assiduidade.

No primeiro semestre de 2017 a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares contava com 12 Unidades Processantes. Cinco recebiam processos disciplinares oriundos da Secretaria da Administração Penitenciária; quatro, da Secretaria da Educação e três das demais Secretarias de Estado e Autarquias atendidas. Não havia especialização por matéria, e os processos de abandono e inassiduidade tramitavam por todas elas, a depender de sua origem, o que muito dificultava a uniformização das teses.

A especialização por matéria era uma necessidade, que só pode ser atendida no segundo semestre de 2018, com a criação da 13ª Unidade Processante, dedicada exclusivamente a processos de abandono e inassiduidade, de todas as Secretarias de Estado e Autarquias atendidas.

Mesmo com a redução de uma Unidade Processante ao longo do tempo (no final do primeiro semestre de 2019 a PPD voltou a contar com apenas 12 Unidades Processantes), a especialização persiste nos dias de hoje²⁶.

Para além da uniformização das teses em tema tão sensível para a Administração Pública, a especialização trouxe uma redução significativa dessa espécie de processos. Em termos percentuais os processos de abandono e inassiduidade representavam pouco mais de 30% do acervo da PPD por ocasião da representação, e hoje representam pouco mais de 18%.

Havia também dificuldade de aplicação do parecer PA nº 187/2009, especialmente pelos órgãos de origem. O parecer reconhecia a presença

²⁵ Ibidem, p. 158.

²⁶ A Unidade Processante especializada é a 1ª. Dado o volume de trabalho, foi instalada com dois Procuradores do Estado e três Assistentes. No momento de conclusão deste artigo conta com um Procurador do Estado, um Assistente e dois Apoios Técnicos e um Residente Jurídico.

de motivo legalmente justificável nos casos de servidor que, amparado por atestado médico, deixava de comparecer ao trabalho enquanto sua situação era analisada pelo DPME. Confira-se a ementa do parecer:

FALTA AO SERVIÇO por mais de trinta dias consecutivos. Licença para tratamento de saúde indeferida. Interessada que cumpriu o “iter” procedimental necessário à obtenção de licença médica, na forma legal e regulamentar prevista, e que, uma vez negada a fruição da licença, retornou de pronto ao exercício de seu cargo. Agendamento da perícia médica para data posterior, em mais de trinta dias, à protocolização da Guia para Perícia Médica. Delonga não imputável à interessada. Faltas que podem ser atribuídas a motivo legalmente justificável, o que elide a configuração do abandono de cargo. Proposta de serem as faltas consideradas justificadas, exclusivamente para fins disciplinares. Necessidade de ser preliminarmente certificada a frequência da interessada pelo CRH-PGE²⁷.

O problema estava no reconhecimento do motivo legalmente justificável, previsto no art. 311, da Lei nº 10.261/68, que os órgãos de origem temiam fazer. Não aplicando o entendimento do parecer, era determinada a instauração de processo administrativo disciplinar, sobrecarregando a PPD. O Grupo teve várias frentes, e uma delas foi o contato mais próximo com as autoridades Administrativas (Chefias de Gabinete, DPME, UCRH, IMESC etc.), atividade que fez superar as dificuldades então encontradas.

Brevemente expostas a trajetória do Grupo de Trabalho e as mobilizações no sentido de melhor enfrentamento do absenteísmo, cumpre agora analisar as alterações que as propostas ensejaram, o que se fará doravante, a partir da comparação das disposições legais antes e depois da Lei Complementar nº 1.361/21.

4. QUADROS COMPARATIVOS DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.361, DE 21 DE OUTUBRO DE 2021

Lei nº 10.261/68 – FALTAS INJUSTIFICADAS INTERCALADAS				
	Nomenclatura	Artigo	Faltas	Período
Antes da LC 1.361	Faltas Interpoladas	256, inc. V	45	Durante 01 ano
Depois da LC 1.361	Inassiduidade	256, inc. V, § 1º	20	Durante 01 ano

27 Parecerista Dra. Patrícia Ester Fryszman. SÃO PAULO. Parecer PA n. 187/09. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2009, p. 1.

Quanto às faltas injustificadas intercaladas ao trabalho no regime da Lei nº 10.261/68 houve: *i)* alteração da nomenclatura da infração, que passou a designar-se inassiduidade, e *ii)* redução do limite legal a partir do qual o servidor está sujeito à pena de demissão, não tendo havido alteração quanto à forma de contagem.

Lei nº 500/74 – FALTAS INJUSTIFICADAS INTERCALADAS				
	Nomenclatura	Artigo	Faltas	Período
Antes da LC 1.361	Faltas Interpoladas	36, inc. II	30	Durante o ano
Depois da LC 1.361	Inassiduidade	36, caput	20	Durante 01 ano

No regime da Lei nº 500/74 houve também alteração do dispositivo que trata das faltas injustificadas intercaladas. As alterações são: *i)* da nomenclatura da infração, que passou a designar-se inassiduidade; *ii)* redução do limite legal de faltas a partir do qual o servidor está sujeito à pena de dispensa e *iii)* do período de contagem, que passa a ser durante um ano e não mais durante o ano.

Esta última alteração não trará consequências na prática dos departamentos de RH, em vista do entendimento já consolidado sobre o assunto, marcadamente a partir do parecer PA nº 20/2010, já mencionado anteriormente.

Com as alterações atingiu-se o tratamento uniforme do pessoal *efetivo* e *temporário*, prevendo-se idêntico número de faltas injustificadas intercaladas que podem levar à demissão ou dispensa, respectivamente.

O tratamento unificado significou para o pessoal *efetivo* redução maior do número de faltas em comparação aos *temporários*. Para ambos, as novas previsões são mais gravosas, mas para os *efetivos* é um pouco mais, pois a redução foi da ordem de 55,55%, enquanto para os *temporários* é de 33,33%.

Na legislação trabalhista não se encontra disposição semelhante, embora faltas injustificadas e atrasos habituais possam configurar a *desídia*, prevista como justa causa para rescisão do contrato de trabalho no art. 482, *e*, da CLT. Para tanto, porém, não há número de faltas predeterminado, nem conceito legal de habitualidade, pois o “número de faltas para a caracterização da

desídia vai depender de cada caso concreto e assim terá que ser analisado. Não há como estabelecer forma matemática para esse fim”²⁸.

Lei nº 10.261/68 – FALTAS INJUSTIFICADAS CONSECUTIVAS			
	Nomenclatura	Artigo	Faltas
Antes da LC 1.361	Abandono de cargo	256, inc. I, § 1º	30
Depois da LC 1.361	Inassiduidade	256, inc. V, § 1º	15

No que toca às faltas injustificadas consecutivas no regime da Lei nº 10.261/68, duas são as alterações.

A primeira, e mais evidente, é a alteração da nomenclatura da infração. Foi excluída da legislação a locução *abandono de cargo* para dar lugar ao vocábulo *inassiduidade*, que se configura mediante a constatação de faltas injustificadas consecutivas; a segunda é a alteração do número de faltas injustificadas consecutivas que caracterizam o ilícito: a partir da 16ª, ou mais de 15, na dicção legal.

Não houve alteração quanto à forma de contagem. Nesse sentido é bom esclarecer que o disposto no § 3º, do art. 256, da Lei nº 10.261/1968²⁹, após as alterações da Lei Complementar nº 1.361/2021 não constitui novidade. Trata-se tão somente de trazer para a lei uma disposição que se encontrava no art. 16, do Decreto nº 52.054, de 14 de agosto de 2007³⁰.

28 MARTINS, Sergio Pinto. **Manual da justa causa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

29 § 3º – Para configuração do ilícito administrativo de inassiduidade em razão da ausência ao serviço por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, observar-se-á o seguinte: 1 – serão computados os sábados, os domingos, os feriados e os pontos facultativos subsequentes à primeira falta; 2 – se o funcionário cumprir a jornada de trabalho sob regime de plantão, além dos sábados, dos domingos, dos feriados e dos pontos facultativos, serão computados os dias de folga subsequentes aos plantões a que tenha faltado. (SÃO PAULO, 1968, art. 256).

30 Artigo 16 – Para a configuração do ilícito administrativo de abandono de cargo ou função, são computados os dias de sábados, domingos, feriados e pontos facultativos.

Parágrafo único – Para os servidores pertencentes às atividades-fim das áreas de saúde, segurança pública e administração penitenciária que trabalham sob o regime de plantão são computados, para os fins previstos no “caput”, além dos dias de sábado, domingos, feriados, pontos facultativos, os dias de folgas subsequentes aos plantões aos quais tenham faltado. (SÃO PAULO. Decreto n. 52.054, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre o horário de trabalho e registro de ponto dos servidores públicos estaduais da Administração Direta e das Autarquias, consolida a legislação relativa às entradas e saídas no serviço. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1, 15 ago. 2007, art. 16).

Lei nº 500/74 – FALTAS INJUSTIFICADAS CONSECUTIVAS			
	Nomenclatura	Artigo	Faltas
Antes da LC nº1.361	Abandono da função	36, inc. I	15
Depois da LC nº1.361	Inassiduidade	36, caput	15

No regime da Lei nº 500/74 a alteração foi apenas de nomenclatura, com exclusão da locução *abandono da função* para adoção da inassiduidade, cuja configuração é idêntica ao do regime da Lei nº 10.261/68.

Também não houve alteração quanto à forma de contagem. A exemplo do que ocorreu para os *efetivos*, é bom esclarecer, como se fez acima, que o acréscimo do § único ao art. 36 da Lei nº 500/74³¹, pela Lei Complementar nº 1.361/21, não constitui novidade. Apenas trouxe para lei uma disposição que se encontrava no art. 16 do Decreto nº 52.054, de 14 de agosto de 2007.

A partir da Lei Complementar nº 1.361/21, o que era *abandono de cargo* (mais de 30 faltas injustificadas consecutivas) ou *abandono da função* (mais de 15 faltas injustificadas consecutivas) passa a ser *inassiduidade por mais de 15 faltas injustificadas consecutivas*.

Novamente aqui o regime disciplinar passou a ser mais gravoso para o pessoal *efetivo*, com a redução de 50% do número de faltas injustificadas consecutivas para a configuração do ilícito passível de demissão. Para o pessoal *temporário*, como visto, não houve alteração do número de faltas.

Vale registrar que a legislação administrativa não se distancia, com isso, da legislação trabalhista.

Na CLT o *abandono de emprego* é previsto como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho no art. 482, i, sem prazo definido para sua caracterização. É a Súmula nº 32, do Tribunal Superior do Trabalho,

31 **Parágrafo único** – Para configuração do ilícito administrativo de inassiduidade em razão da ausência ao serviço por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, será observado o seguinte:
 1 – serão computados os sábados, os domingos, os feriados e os pontos facultativos subsequentes à primeira falta;
 2 – quando o servidor cumprir a jornada de trabalho sob regime de plantão, além dos sábados, dos domingos, dos feriados e dos pontos facultativos, serão computados os dias de folga subsequentes aos plantões a que tenha faltado. (NR)

que diz: “presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não fazer”³².

Segundo Sergio Pinto Martins

O verbete foi editado em razão de que, muitas vezes, após a alta médica, o trabalhador não volta a trabalhar, alegando que ainda não se sente completamente recuperado. A súmula estabeleceu a presunção relativa de 30 dias para a configuração do abandono de emprego. Mesmo não estando plenamente apto a trabalhar com a concessão da alta médica, o empregado deve retornar ao serviço sob pena de incorrer em abandono de emprego³³.

A alta médica, a bem ver, é do órgão previdenciário, ou seja, do perito do INSS, e não do Médico que acompanha o tratamento do trabalhador. É importante ter isso em mente, pois a incapacidade para o trabalho, seja qual for o regime jurídico que o regula (administrativo ou CLT) não decorre tão somente da existência de uma moléstia descrita em atestado médico. Depende, o reconhecimento da incapacidade para o trabalho, de análise pericial.

Embora a súmula fale em presunção de abandono após 30 dias sem comparecimento ou justificativas, no âmbito privado pode haver rescisão em tempo menor, caso se constate, por exemplo, que o empregado está trabalhando em outra empresa.

Isso ocorre, como bem aponta Mauricio Godinho Delgado, porque

Do ponto de vista rigorosamente técnico-jurídico, a figura importa extinção do contrato por ato tácito de vontade do empregado. Contudo, a lei enquadrhou-a no rol das justas causas certamente com o objetivo de acentuar o ônus probatório do empregador, inviabilizando alegações de pedido de demissão tácito sem maior fundamento³⁴.

32 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 32**. Presume-se abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2003]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html. Acesso em: 24 jun. 2022.

33 MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

34 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1.336.

O dispositivo trabalhista, como se vê, tem em mira a proteção do trabalhador, condizente com o caráter tuitivo desse ramo do Direito, ao contrário da legislação administrativa que, sem desconhecer os direitos de seus servidores, objetiva a proteção do interesse público e da continuidade dos serviços que o concretizam no dia a dia.

Art. 311, Lei nº 10.261/68 – EXCLUDENTES	
Antes da LC nº1.361	Força maior, coação ilegal e motivo legalmente justificável
Depois da LC nº1.361	Força maior, coação ilegal e motivo legalmente justificável <i>que impeça o comparecimento ao trabalho</i>

O Art. 311, da Lei nº 10.261/68, com a redação da Lei Complementar nº 1.361/21, dispõe que “a defesa somente poderá versar sobre força maior, coação ilegal e motivo legalmente justificável que impeça o comparecimento ao trabalho”³⁵.

Sendo ampla, por determinação constitucional (art. 5º, inc. LV, Constituição Federal), a defesa poderá versar sobre qualquer matéria que o acusado e seu Advogado entendam que deva ser trazido para o conhecimento da Administração no processo disciplinar. A Administração, por outro lado, em vista do princípio da legalidade, deve verificar se a matéria trazida pela defesa pode ou não ser acolhida como justificativa para as faltas, excluindo assim o ilícito disciplinar.

As justificativas que a Administração pode reconhecer são aquelas previstas no artigo 311, de modo que eventual absolvição deve ter fundamento em uma das hipóteses nele previstas, e essa hipótese deve ser tal que impeça o comparecimento ao trabalho.

Art. 40, Lei nº 500/74 – EXCLUDENTES	
Antes da LC nº1.361	Força maior e coação ilegal
Depois da LC nº1.361	Força maior, coação ilegal e motivo <i>legalmente justificável que impeça o comparecimento ao trabalho</i>

Após as alterações da Lei Complementar nº 1.361/21 foi expressamente reconhecida a excludente do *motivo legalmente justificado* (que

35 SÃO PAULO, 1968, art. 311.

deve impedir o comparecimento ao trabalho) ao pessoal temporário, não previsto originalmente no artigo 40, da Lei nº 500/74³⁶.

5. PROPOSTA NÃO ACOLHIDA

Infelizmente a alteração proposta no inciso I, do art. 241, que reforçaria a tutela da Administração Pública quanto à pontualidade e assiduidade de seus servidores não foi aproveitada no PLC 26. Pela proposta do Grupo de Trabalho, a redação seria a seguinte:

Artigo 241 – São deveres do funcionário:

I – ser assíduo e pontual, *comunicando a chefia imediata, assim que possível, o motivo de eventual ausência ou atraso.*³⁷

Em muitos casos o servidor faltava por longo período, sem dar qualquer justificativa a seu órgão de origem, e ao ser citado para o processo de abandono defendia-se alegando doença e trazendo, não raro, atestados de seu Médico, recomendando repouso ou mesmo afastamento do trabalho. Ao longo do período de faltas os atestados não eram enviados para a Administração, nem o servidor comunicava seu superior acerca de eventual impossibilidade de comparecimento. Em tais casos era comum o reconhecimento da ausência de *animus abandonandi* em vista da existência de atestados médicos, o que resultava em absolvição do servidor.

A solução de reconhecimento de ausência de ânimo de abandonar em vista da existência de atestado médico nem sempre era a mais adequada, pois necessariamente não estava provada incapacidade laborativa que inviabilizasse o desempenho da atividade profissional.

Com efeito,

A proposição de licença para tratamento de saúde somente se justifica quando houver doença incapacitante para o trabalho.

36 Em sua redação original, o artigo 40 dispunha que “no caso de abandono de função, a defesa cingir-se-á aos motivos de força maior ou coação ilegal” (SÃO PAULO, 1974, art. 40). O motivo legalmente justificável foi introduzido na Lei nº 10.261/68 pela Lei Complementar nº 942, de 06 de junho de 2003. A redação original do art. 311 era a seguinte: “Artigo 311 – No caso de abandono do cargo ou função, instaurado o processo e feita a citação, na forma dos artigos 272 e 284, comparecendo o indiciado e tomadas as suas declarações, terá ele o prazo de 5 (cinco) dias para oferecer defesa ou requerer a produção da prova que tiver, que só podem versar sobre força maior ou coação ilegal” (SÃO PAULO, 1968, art. 311).

37 SÃO PAULO, 2017a, p. 155.

Portanto, não é suficiente a simples existência de doença para propor-se a licença, sendo indispensável que esta doença se apresente em nível que determine incapacidade laborativa.

A incapacidade não decorre apenas da doença diagnosticada, mas sim de sua situação clínica no momento do exame. Exemplificando, o diagnóstico de Diabete Mellitus, simplesmente, não basta para o licenciamento, se compensado e sem complicações, enquanto os estágios mais avançados desta patologia incapacitam e podem até mesmo levar à invalidez.³⁸

Ainda que os atestados pudessem apontar para a existência de um *motivo legalmente justificável*, não havia prova de que o motivo fosse realmente incapacitante para o trabalho, impedindo o comparecimento, o que agora se exige expressamente, como visto.

Mais não fosse, a não comunicação oportuna do motivo das faltas para a Administração revela, por si só, extraordinário descaso do servidor. Descaso que, no âmbito das relações privadas, pode inclusive levar à rescisão do contrato de trabalho.

Leciona Domingos Sávio Zainaghi:

Se, na ocorrência de doença, o empregado se ausentar do serviço por longo tempo, não avisando o empregador, poderá ocorrer a dispensa por justa causa. E não há que se falar em ausência da vontade de abandonar o emprego, pois quem tem vontade de manter seu emprego comunica ao empregador o motivo de sua ausência³⁹.

Nos casos de atestados não oportunamente apresentados, embora afastado o ânimo de abandonar, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares propôs, em alguns casos, a desclassificação da conduta⁴⁰, ao argumento de que “falta injustificada” assume duas acepções diversas: *i)* falta que não foi oportunamente justificada pelo servidor e *ii)* falta não

38 SOGAYAR, Paulo (coord.). *Perícia médica: normas e orientações*. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1990, p. 27.

39 ZAINAGHI, Domingos Sávio. *A justa causa no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 120.

40 As propostas cujos fundamentos serão elencados foram lançadas em diversos processos administrativos disciplinares que tramitaram pela PPD, dentre os quais o GDOC nº 1000726-172912/2015.

considerada justificada pelo superior hierárquico. A justificativa de faltas é prevista no Decreto Estadual nº 52.054/2007, que traz um conjunto de normas que se integram no plexo de direitos e deveres de todos aqueles que se encontram vinculados à Administração Pública pelo regime estatutário.

Dizia-se que, para além do dever de assiduidade a que se refere o art. 241, inc. I, da Lei Estadual nº 10.261/1968, o servidor deve cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho⁴¹, e também deve estar em dia com leis e regulamentos⁴²; que a cooperação e o espírito de solidariedade não se resumem a uma palavra amiga num momento de dificuldade, nem o dever de estar em dia com leis e regulamentos se contenta com o conhecimento enciclopédico das disposições legais em vigor. Pelo contrário, argumentava-se, esses deveres são cumpridos na faina diária do trabalho, no compromisso sério com a execução das tarefas a cargo do órgão, que devem ser executadas nos termos dos regulamentos existentes, sempre em vista da continuidade que informa toda a prestação do serviço público.

Na situação de doença, seguia o argumento, os deveres dos incisos XII e XIII, do art. 241, da Lei Estadual, começam a ser cumpridos com a simples apresentação de justificativa para as ausências. Devidamente comunicado o órgão acerca dos problemas do servidor, e do tempo necessário para o restabelecimento de sua saúde, as tarefas podem eventualmente ser redistribuídas, escalas de plantão podem ser alteradas, e até mesmo todo o cronograma de atividades pode ser remanejado, a depender do número de servidores afastados. Evidentemente, seguia ainda o arrazoado, o estado de saúde do servidor deve ser de tal ordem que possibilite a comunicação, na medida em que ninguém é obrigado ao impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Não se vai exigir de servidor acidentado, internado em estado de coma, que comunique seu Chefe do acidente. Diversa, porém, deve ser a solução para o servidor que pode comunicar eventuais problemas que esteja enfrentando, mas de forma desleal e cínica, demonstrando total menoscabo pelo serviço público e pelos colegas que nele trabalham, deixa de fazê-lo.

41 SÃO PAULO, 1968, art. 241, inc. XII.

42 Ibidem, art. 241, inc. XIII.

Com esses fundamentos, o servidor era apenado por descumprimento dos deveres, e não pelo abandono. Foi com base na experiência dessas manifestações que se propôs a alteração do inciso I, do artigo 241. A proposta seria um reforço da tutela disciplinar da assiduidade, mas seu não acolhimento, por outro lado, em nada a diminui.

Este artigo, como dito na introdução, tem o propósito de analisar os ilícitos de inassiduidade que levam à demissão.

Nesse ponto, é bom esclarecer que pode haver ofensa de menor grau ao dever de assiduidade, como o caso do servidor que registra 19 faltas injustificadas intercaladas durante o ano, ou 14 consecutivas. Nessas hipóteses não estará presente o elemento objetivo que permite o enquadramento no art. 256, inc. V, da Lei nº 10.261/1968 ou no art. 36, da Lei nº 500/1974, razão pela qual não há como instaurar processo administrativo disciplinar. Nada obstante, a conduta viola o dever de assiduidade, e pode mesmo configurar falta grave, o que impõe a abertura de sindicância de que poderá resultar pena de suspensão até 90 dias.

6. APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Nos termos do art. 6º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”⁴³, de modo que a lei disciplina o que ocorre a partir de sua vigência, tendo, em regra, efeitos futuros.

Sendo assim, as alterações da Lei Complementar nº 1.361/2021 devem ser aplicadas a partir de sua vigência ou, mais especificamente, a partir do momento em que passou a produzir efeitos, ante o que constou no caput do seu artigo 30. Nos termos deste dispositivo, “esta lei complementar e suas Disposições Transitórias entram em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente à data da sua publicação, exceto com relação ao disposto”⁴⁴. A publicação da lei se deu em 22 de outubro de 2021, razão pela qual passou a gerar efeitos em 1 de novembro de 2021.

43 BRASIL. Decreto-lei n. 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. 1, 9 set. 1942, art. 6.

44 SÃO PAULO. Lei Complementar n. 1.361, de 21 de outubro de 2021. Institui bonificação por resultados, no âmbito da administração direta e autarquias e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 22 out. 2021, art. 30.

A partir de 1 de novembro de 2021 é que se vão contar as faltas injustificadas, intercaladas ou consecutivas, adotando-se os prazos mais reduzidos para a configuração dos ilícitos de inassiduidade por faltas injustificadas consecutivas ou por faltas injustificadas intercaladas.

Quanto às faltas ao trabalho verificadas até 31 de outubro de 2021, devem ser adotados os prazos da redação original e a nomenclatura, tanto da Lei nº 10.261/68, quanto da Lei nº 500/74, em vista do princípio *tempus regit actum* (a lei que rege a atuação é aquela vigente ao tempo do fato).

Há uma discussão no campo Direito Administrativo Disciplinar, que está longe de ser solucionada, acerca da retroação de normas mais benéficas ao infrator. As alterações da Lei Complementar nº 1.361/21 no tema da inassiduidade são todas mais gravosas ao infrator, razão pela qual o tema não tem relevância para os fins deste artigo.

Apenas uma disposição é aparentemente mais benéfica aos *temporários*, regido pela Lei nº 500/74. Trata-se do acréscimo de uma excludente que não estava prevista no art. 40, a do *motivo legalmente justificável que impeça o comparecimento ao trabalho*. Ela é mais benéfica na parte do *motivo legalmente justificado*, embora pareça ser mais gravosa quando diz que tal motivo deve impedir o comparecimento ao trabalho.

Ainda que não houvesse previsão expressa do *motivo legalmente justificável* como excludente, o art. 33 da Lei nº 500/1974 dispõe que

além das obrigações que decorrem normalmente da própria função, está o servidor sujeito aos mesmos deveres e às mesmas proibições, assim como ao regime de responsabilidade e às penas disciplinares de repreensão, suspensão e multa vigentes para o funcionário público civil do Estado.⁴⁵

Com base nessa disposição era possível reconhecer a excludente para os *temporários*, mesmo antes da Lei Complementar nº 1.361/2021.

Embora o impedimento de comparecimento ao trabalho não estivesse na letra da disposição, certamente estava em seu espírito, pois é de todo inconcebível reconhecer uma excludente de responsabilidade por uma infração disciplinar a quem tem plena possibilidade de cumprir o dever que ela tutela.

45 SÃO PAULO, 1974, art. 33.

7. CONCLUSÃO

Uma leitura apressada das alterações legais analisadas pode levar à percepção de que estamos diante de novo ilícito, e que não há mais punição para o abandono.

Pelo que foi exposto no artigo pensamos que essa percepção não é correta, na medida em que a simples redução dos prazos de configuração certamente não implica no surgimento de novo ilícito, pois o elemento objetivo que o estrutura é rigorosamente o mesmo: a falta injustificada ao trabalho.

A redução dos prazos de contagem tutela com mais rigor o dever de assiduidade, e esse rigor maior não pode ser entendido como expressão de uma desconsideração com o servidor; pelo contrário, é o explícito reconhecimento de sua importância para as atividades estatais, na medida em que sua presença é fundamental para a continuidade do serviço público.

No que toca à alteração da nomenclatura, é bem de ver que, quanto às faltas intercaladas, houve apenas adoção, pela lei, de um termo já consagrado pela prática administrativa.

Quanto às faltas consecutivas, a exemplo do antigo abandono, a atual inassiduidade se configura a partir de um determinado número de faltas injustificadas em sequência ininterrupta. Essa sequência ininterrupta de faltas faz ingressar na contagem os sábados, domingos, feriados etc. intercalados aos dias úteis, agora como antes.

A alteração da nomenclatura, somada à nova redação do art. 311, da Lei nº 10.261/1968 e do art. 40, da Lei nº 500/1974, é verdadeiramente uma reação aos excessos da corrente subjetivista, e tem o propósito de ressignificar a tutela da continuidade do serviço público, para que não mais fique exclusivamente ancorada na análise de um elemento subjetivo sobre o qual não há definição nem consenso. Nem por isso, é óbvio, deixarão de ser consideradas as justificativas apresentadas pelo servidor faltoso; suas justificativas, porém, devem ser analisadas à luz das excludentes legais, tal qual delineadas pelo legislador.

Há, sempre, um dever de assiduidade a atender, e nunca um direito de faltar injustificada e impunemente até um dado limite de dias. As violações ao dever de assiduidade, em qualquer grau, devem ser reprimidas pela Administração Pública, e a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares está preparada para bem cumprir suas atribuições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Decreto-lei n. 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. 1, 9 set. 1942.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 32**. Presume-se abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2003]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html. Acesso em: 24 jun. 2022.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1970. v. 2.

COSTA, José Armando da **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

LOURENÇO, Messias José. **Reforma administrativa disciplinar no Estado de São Paulo**. São Paulo: [s. n.], 2022.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Manual da justa causa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SÃO PAULO. Decreto n. 52.054, de 14 de agosto de 2007. Dispõe sobre o horário de trabalho e registro de ponto dos servidores públicos estaduais da Administração Direta e das Autarquias, consolida a legislação

relativa às entradas e saídas no serviço. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1, 15 ago. 2007.

_____. Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974. Institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 3, 14 nov. 1974.

_____. Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, p. 2, 29 out. 1968.

_____. Lei Complementar n. 1.093, de 16 de julho de 2009. Dispõe sobre a contratação por tempo indeterminado de que trata o inciso X do artigo 115 da Constituição Federal. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1-3, 17 jul. 2009.

_____. **Relatório final do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 2017a.

SÃO PAULO. Resolução n. 19, de 30 de junho de 2017. Institui Grupo de Trabalho com a finalidade de aprofundar estudos visando identificar medidas de aperfeiçoamento dos processos disciplinares. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, p. 54, 4 jul. 2017b.

SOGAYAR, Paulo (coord.). **Perícia médica: normas e orientações**. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1990.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A justa causa no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES, A PANDEMIA DA COVID-19 E A AUDIÊNCIA VIRTUAL

Norberto Oya¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e a instrução processual; 3 – A crise gerada pela pandemia da Covid-19; 4 – A superação dos desafios; 5 – As ferramentas tecnológicas na instrução processual; 6 – A videoconferência; 7 – Código de Processo Penal e a audiência virtual por videoconferência; 8 – Código de Processo Civil e a audiência virtual por videoconferência; 9 – A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e a audiência virtual; 10 – A aplicação das garantias processuais; 11 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo procura apresentar os impactos da pandemia da Covid-19 na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e o que foi feito para superar os desafios. Analisa a implantação da audiência virtual com aplicação da videoconferência e as vantagens que essa ferramenta tecnológica impulsiona para a rápida conclusão do procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo das garantias processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia da Covid-19. Audiência virtual por videoconferência. Aplicação das garantias processuais.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do estado de São Paulo, presidente da Oitava Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. E-mail: oya@sp.gov.br

1. INTRODUÇÃO

A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD), criada em 30 de agosto de 2012 pela Lei Complementar nº 1.183², órgão vinculado à Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), tem como função precípua realizar procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da administração direta e autárquica (art. 1º, “I”).

Com o impacto da pandemia da Covid-19, anunciada em março de 2020, e suas consequências, houve a necessidade de a PPD se reestruturar e apresentar uma rápida solução, em razão da suspensão das audiências presenciais e, sobretudo, com contínuo transcurso ordinário dos prazos prescricionais dos procedimentos disciplinares (processo administrativo disciplinar e sindicância administrativa disciplinar).

O objetivo deste artigo é apresentar como as audiências transcorriam na PPD, os impactos causados com a pandemia da Covid-19 e a solução adotada no enfrentamento da crise, com destaque à implantação da audiência virtual.

2. A PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES E A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A instrução processual dos procedimentos disciplinares em curso na PPD segue a Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (EFP) –, art. 278 e ss., no caso de servidores da administração direta. Para o procedimento sancionatório, tratado pela Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual), o EFP é utilizado subsidiariamente.

Ao seguir, no início, o paradigma tradicional das legislações processuais penal e civil³, de modos supletivo e subsidiário, o registro do conteúdo verbal expressado nas audiências no procedimento administrativo disciplinar pelo acusado, no interrogatório, e pelas testemunhas, na instrução

2 Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOE), Poder Executivo, seção I, 31 ago. 2012, p. 1.

3 Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal; e Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, sucedida pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, art. 15, Código de Processo Civil.

processual, era transcrito no papel. Ouvia-se o que era falado, transcrevia-se para o sistema informatizado as partes relevantes e imprimia-se o conteúdo. Depois, colhia-se as assinaturas do narrador, advogado e demais presentes na sala de audiência, e juntava-se aos autos físicos.

A partir de março de 2019, as doze Unidades Processantes da PPD, presididas por procurador do estado (Lei Complementar nº 1.183/2012, art. 6º), passaram a gravar imagem e áudio das audiências presenciais de interrogatório e da instrução processual, bem como a transferir o conteúdo dos dados para um disco digital de vídeo (DVD), com sua posterior juntada aos autos físicos. Deu-se início à transformação da audiência analógica para a digital, considerada a primeira fase da audiência digital.

3. A CRISE GERADA PELA PANDEMIA DA COVID-19

Em março de 2020, o mundo recebeu uma notícia impactante que alterou todo o modo de ser e de agir da população.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, anunciou que a Covid-19, doença causada pelo coronavírus, era caracterizada como pandemia⁴.

Esse panorama criou o risco generalizado de contágio da doença e fez que o Governo do Estado de São Paulo, naquele mesmo mês, determinasse medidas de prevenção por parte dos órgãos do estado na prestação de serviços à população. Entre essas medidas, destaca-se o emprego de meios virtuais com dispensa do atendimento presencial⁵. Na sequência, houve o reconhecimento do estado de calamidade pública, com a suspensão das atividades de natureza não essencial da Administração Pública⁶. Em 23 de março de 2020, decretou-se a

4 OMS afirma que Covid-19 é agora caracterizada como pandemia. Representação da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde no Brasil, 11 de março de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 12 dez. 2021.

5 Decreto nº 64.864, de 16 de março de 2020, arts. 1º, 2º, “II”. DOE, Poder Executivo, seção I, 17 mar. 2020, p. 1.

6 Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020. DOE, Poder Executivo, seção I, 21 mar. 2020, p. 1.

quarentena, consistente na restrição de atividades com objetivo de evitar a contaminação ou propagação do coronavírus⁷.

Para ter uma ideia do cenário de antes da pandemia, o fluxo diário de pessoas no prédio da PPD⁸ era de em torno de 250 pessoas, muitas delas para participar de audiência. Em média, eram realizadas 3.280 audiências por ano, com a oitiva de 5.832 pessoas. Com o começo da pandemia, houve a interrupção de 972 audiências presenciais⁹.

4. A SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS

Diante desse inusitado quadro e com a impossibilidade da realização das audiências presenciais, a PPD teve de se reinventar, se inovar e se adaptar a essa nova realidade.

Em menos de dois meses do início da quarentena estadual, os procuradores do estado presidentes das Unidades Processantes e respectivos servidores já estavam treinados, preparados e organizados para reiniciarem as audiências. Ocorreu uma mudança radical de paradigma da realidade até então vivenciada: a realização de audiência presencial para audiência virtual.

Não mais se recebia presencialmente para audiência os atores do processo. Passou-se a recepcioná-los no formato virtual e a proporcionar-lhes a liberdade de participar da audiência de onde eles quisessem, seja de suas casas (cidade, campo ou veraneio) ou locais de trabalho. A escolha cabia exclusivamente a eles.

Mas, para isso, foi necessário preparar instruções práticas para orientar advogados, acusados e testemunhas sobre como ingressar na audiência virtual e enviá-las juntamente com o convite para a audiência¹⁰.

Cabia ao participante ter disponíveis os dois únicos requisitos essenciais: i) um equipamento tecnológico correspondente a um

7 Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020. DOE, Poder Executivo, seção I, 23 mar. 2020, p. 1.

8 Localizada na rua Maria Paula, 172, Bela Vista, São Paulo (SP).

9 Newsletter Mensal da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, maio de 2020, edição 4, volume II, e junho de 2020, edição 5, volume II.

10 O programa utilizado é o Microsoft Teams.

computador de mesa (desktop) ou portátil (notebook), dispositivo móvel (tablet) ou aparelho celular; ii) conexão à internet.

Deu-se, assim, a transição da instrução processual presencial para a virtual, ainda que o processo permaneça físico. Essa mudança caracteriza a segunda fase da audiência digital.

Dados da Chefia da PPD dão conta de que os números contabilizados das audiências virtuais são significativos de destaque. Em 2020, foram realizadas 2.364 audiências, com 4.359 oitivas. Em 2021, o registro surpreende de forma positiva: ocorreram 3.564 audiências, nas quais foram ouvidas 6.942 pessoas. Só relembrando que a relação desses dados de audiência e oitiva expressa que, em cada audiência, pode ser colhido um ou mais depoimentos.

Ao que parece, portanto, esse novo formato de audiência, sem intercorrências, veio para ficar e representa uma propulsão na eficiência e qualidade do serviço público.

A PPD, dessa forma, redirecionou seu rumo de maneira rápida e consciente, e adotou medidas para enfrentar o desafio inesperado e a crise vivenciada, tudo com o único objetivo de não prejudicar os procedimentos disciplinares em curso, uma vez que o prazo prescricional administrativo manteve seu curso regular. Isso demonstra que a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo está em permanente construção¹¹.

5. AS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A passagem para a chamada segunda fase da audiência digital pela PPD está conforme os ditames da Constituição Federal (CF) e demais normas infra-constitucionais, em especial quando visa alcançar a célere tramitação processual.

A CF, no art. 5º, LXXVIII, tem o seguinte comando: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por razoável duração do processo, não pode ser utilizado o mero cálculo matemático de dias transcorridos entre a instauração do processo

11 NUSDEO, Marcos Fábio de Oliveira. Apresentação. PGE/SP, uma permanente construção, *In*: SCHUBSKY, Cássio (coord.). *Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

até determinado marco temporal escolhido e aleatório. Tampouco se podem utilizar duas balizas de datas predefinidas e, a partir desse resultado, assegurar que o processo está com seu transcurso dentro de um prazo aceitável, plausível, racional ou que esse período extravasou em demasia.

Alguns dados podem auxiliar na análise da razoabilidade do tempo do processo: i) a complexidade do caso; ii) as peculiaridades do feito; iii) a pluralidade de partes no processo; iv) a ausência do impulso oficial; e v) a conduta dos litigantes, que podem dar causa à procrastinação do processo, com uso de todos os meios disponíveis para retardar o andamento¹².

O excesso temporal irrazoável no transcurso do processo caracteriza violação do direito fundamental constitucional.

O uso das ferramentas tecnológicas na instrução processual, portanto, é mais um instrumento que concretiza essa garantia constitucional e visa a celeridade, economicidade, eficiência, racionalização e desenvolvimento do processo, na prestação jurisdicional e administrativa.

No âmbito federal, a Lei nº 11.419, de 19 dez. 2006, que instituiu o processo judicial eletrônico, tornou-se marco relevante para implantar a prática de atos processuais por intermédio de recursos tecnológicos, entre os quais a videoconferência, aos processos civil, penal, trabalhista e aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (art. 1º e § 1º). Foi a modernização tecnológica para dentro do Poder Judiciário.

A mesma lei definiu meio eletrônico como sendo qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, e transmissão eletrônica como toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (art. 1º, § 2º, I e II).

No âmbito processo civil, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC), destacou a importância com a celeridade e conclusão do processo, com o resultado da satisfação judicial. É o que dispõem os arts. 4º (“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução

12 STE, Habeas Corpus 174.086/SP, relator ministro Celso de Mello. ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5º, LXXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina, 2013, p. 507-511.

integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”) e 6º (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”).

Quanto ao uso dos recursos tecnológicos nos atos processuais, o CPC trata do tema nos arts. 196, 236, § 3º, 385, § 3º, 453, § 1º, 461, § 2º, 464, 4º, 751, § 3º, 937, § 4º. Vale destacar que o CPC tem aplicação supletiva e subsidiária na ausência de regulação dos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos (art. 15).

6. A VIDEOCONFERÊNCIA

o instrumento da tecnologia da informação e comunicação que auxilia na fase de colheita de depoimentos é a videoconferência (que corresponde à transmissão e possível gravação de imagem e som entre interlocutores que estejam em ambientes distintos, por meio da rede mundial de computadores), a qual torna possível a audiência virtual.

Nesse ato processual, os personagens da audiência – o responsável por colher o depoimento, advogado e depoente – podem estar no espaço físico que melhor atender a seus interesses, seja no mesmo ambiente, seja em locais distintos.

Para a conexão entre essas duas pontas, utiliza-se um programa tecnológico de videoconferência (como Cisco Webex, Google Meet, Microsoft Teams, Zoom) por todos os participantes, conectado à rede mundial de computadores (internet). Esse aplicativo pode ser executado no computador de mesa, computador portátil, tablet ou aparelho celular.

A videoconferência, como ferramenta eletrônica revolucionária, é marcante na celeridade, eficiência, racionalização e economicidade da prestação jurisdicional, traz benefícios a todos os partícipes do processo e não reduz, em absoluto, as garantias processuais das partes e testemunhas.

O uso desse inovador meio de comunicação à distância em tempos passados nem era cogitado pela futurologia. Por muito menos, Barbosa Moreira¹³ assinalou – na época em que as comunicações se davam apenas por escrito – ser puro sonho pensar na gravação em fita magnética dos depoimentos como forma de evitar a infidelidade da reprodução das declarações prestadas e

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 152-153.

datilografadas contidas nos autos, ou mesmo o emprego da taquigrafia e da estenotipia. Para ele, somente o *videotape* (gravação analógica de imagem e som) tornaria fidedigna a declaração prestada e a prova produzida no processo.

7. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

O Código de Processo Penal (CPP), em 2008, recebeu influxo do avanço tecnológico e, por meio da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, possibilitou a realização de atos processuais por videoconferência quando a presença de réu preso puder causar algum embaraço à testemunha ou ofendido (art. 217, do CPP). No ano seguinte, a Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009 autorizou, excepcionalmente, o uso da videoconferência no interrogatório de réu preso, na oitiva de testemunha ou ofendido, quando a presença do réu puder causar humilhação, temor ou sério constrangimento, e na oitiva de testemunha que morar fora da jurisdição do juiz da causa (arts. 185, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º; 217; e 222, § 3º, do CPP). Essa iniciativa teve por escopo acudir a segurança pública, ante o risco de fuga de réu preso; privar vítima e testemunha de constrangimentos em audiência; e eliminar o custo que o deslocamento de preso gerava aos cofres públicos.

Normas supraleais também se referem à produção de prova por meio de tecnologias de comunicação eletrônica – gravação de vídeo, áudio, videoconferência. Em destaque estão: i) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (arts. 68, “2”, e 69, “2”, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002); ii) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (arts. 18, “18” e 24, “2”, “b”, a qual integrou o direito positivo interno por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004); iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (arts. 32, “2”, “b”, e 46, “18”, que passou a ter executividade no plano interno por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

8. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

O CPC previu, de início, o uso da videoconferência para as hipóteses de parte e testemunha residirem em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela em que tramita o processo (arts. 385, §3º e 453, §1º).

Entretanto, durante o estado de calamidade pública¹⁴, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou o uso da videoconferência nas audiências e demais atos oficiais no âmbito do Poder Judiciário, por meio de várias Resoluções¹⁵.

Tornou-se possível, assim, acomodar as regras sanitárias para conter a disseminação do contágio do vírus e a prestação da atividade jurisdicional.

Paulo Henrique dos Santos Lucon observa que somente com a pandemia a comunicação a distância atingiu seu ápice, com acesso à justiça de forma segura e eficiente¹⁶. As tecnologias complexas incorporadas ao processo, com o CPC, foram bem recebidas pela comunidade jurídica, porém não foram implementadas de imediato.

A audiência virtual, com uso da videoconferência, é importante instrumento para agilizar o processo em direção à prestação jurisdicional e dar efetividade ao mandamento constitucional que impõe a razoável duração do processo, sem prejuízo das garantias do CPC.

Entre as garantias processuais observadas, podemos citar a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º), a vedação do acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs (art. 385, § 2º), a proibição de depoimento sobre fatos articulados com amparo em escritos anteriormente preparados (art. 387) e a incomunicabilidade entre as testemunhas (art. 456).

9. A PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES E A AUDIÊNCIA VIRTUAL

Como destacado no item 3, a instrução processual dos procedimentos disciplinares em curso na PPD segue o EFP (nos art. 278 e ss.), no caso de servidores da administração direta, o qual é aplicado subsidiariamente para

14 Reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, em razão da pandemia mundial da Covid-19, e pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que determinou, entre outras medidas, o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde.

15 Resoluções CNJ nº 105, de 6 de abril de 2010; nº 314, de 20 de abril de 2020; nº 329, de 30 de julho de 2020; nº 330, de 26 de agosto 2020; nº 337, de 29 de setembro de 2020.

16 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, novas tecnologias e pandemia*, In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 324-325.

o procedimento sancionatório contido no processo administrativo estadual. Ainda são utilizados, de forma supletiva e subsidiária, o CPP e o CPC.

Na obtenção dos depoimentos de acusado e testemunha, é muito comum que elas não estejam habituadas à formalidade e liturgia de uma audiência presencial, e sintam-se, muitas vezes, acanhadas naquele ambiente.

Para minimizar essa sensação, a videoconferência para a prática de ato processual de oitivas de acusado e testemunha é de grande relevo, pois os participantes da audiência podem permanecer na sua zona de conforto (ambiente de livre escolha, sem causar medo ou ansiedade) e prestar seus esclarecimentos dos fatos objeto do procedimento sem a pressão emocional que pode causar o espaço real e formal. É prestar as informações ao procurador do estado presidente da Unidade Processante distante das formalidades que causam inibição naquele que é chamado a estar frente a frente ao responsável pela colheita do depoimento.

Com a aplicação desse meio tecnológico, é possível ao próprio procurador do estado presidente da Unidade Processante (designado procurador natural, em alusão ao juiz natural) colher o depoimento do acusado e/ou testemunha que esteja situado em local diverso da sede da PPD e que, em situações ordinárias, utilizaria carta precatória (art. 286, do EFP). Tal medida agiliza a dinâmica processual. Isso significa que os participantes podem estar em locais diferentes e distantes geograficamente para participar da audiência virtual.

10. A APLICAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Primeiramente, a audiência virtual, por meio do recurso tecnológico da videoconferência, não ofende o princípio da oralidade, pelo qual se obtém a imediação de quem está colhendo a prova oral com o acusado e a testemunha.

Por esse princípio, o procurador do estado presidente natural da causa fica próximo da instrução e da colheita de provas produzidas na audiência, sem intermediário, ainda que esteja distante física e geograficamente, sem o contato presencial e real das partes, de seus defensores, testemunhas e demais participantes do ato processual. Dessa maneira, o procurador do estado presidente natural fica imediatamente em contato com a prova oral.

Aplicado ao procedimento administrativo disciplinar, e em referência ao magistrado, a imediatez do juiz com as partes e a prova oral produzida em audiência, classificada de subprincípio da oralidade¹⁷, é também atendido pelo uso da videoconferência na audiência virtual. O julgador da causa, nessa oportunidade, poderá ter as mesmas sensações que as vivenciadas na audiência real de colheita de prova ao aferir se os participantes do ato processual estão à vontade ao se expressarem, sendo fiéis e sinceros ou imprecisos, omissos ou inverídicos ao exporem respostas ao que lhes é perguntado.

Outro ponto a observar é que há regras dispostas no CPC relativas à colheita de depoimento aplicáveis a audiência virtual no procedimento administrativo disciplinar: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º), a vedação do acompanhamento do depoimento por quem ainda não depôs (art. 385, § 2º), a proibição de depoimento sobre fatos articulados com amparo em escritos anteriormente preparados (art. 387) e a incomunicabilidade entre as testemunhas (art. 456).

É por isso que se coloca que todas as cautelas regulares por parte do procurador do estado presidente para realização de audiência presencial devem igualmente ser adotadas na audiência virtual, tornando-a efetiva e adaptável, com os cuidados próprios do ato. Nesse caso, tanto acusado como testemunha devem estar sempre sob o olhar do procurador e do(s) advogado(s).

Tanto no interrogatório como no depoimento prestado por testemunha, a inquirição deve ser realizada de maneira separada e sucessivamente (CPP, arts. 191, 210; CPC, arts. 385, § 2º, 456). No caso de testemunha, primeiro são ouvidas aquelas arroladas pela administração e, na sequência, as do réu, sempre a impedir que a pessoa que prestar o esclarecimento não ouça o relato da parte ou testemunha que a preceder (EFP, art. 284).

Para dar cumprimento às essas diretivas processuais, o procurador do estado presidente orienta o depoente para que esteja a sós, sem comunicação presencial ou tecnológica com terceiros, e sempre com o olhar voltado para a câmera de vídeo e atento ao microfone, os quais devem permanecer abertos.

17 BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva 2016, p. 203.

Mesmo assim, é possível observar qualquer tentativa do depoente de tentar burlar a orientação e realizar alguma comunicação vedada.

Caso a comunicação seja verbal, presencial ou tecnológica, é perceptível ouvir a voz de terceira pessoa que se encontre no mesmo ambiente ou que esteja se comunicando por meio de algum dispositivo tecnológico.

É descartado o uso de aparelho de telefone fixo, pois, para essa transmissão de mensagem verbal, necessariamente, o depoente teria de levar o fone ao ouvido, e essa ação seria visível pela câmera de vídeo.

A comunicação do terceiro com o depoente também pode se dar por meio gestual presencial no mesmo espaço físico do depoente, ou por meio de imagem, a partir de algum dispositivo tecnológico.

Para essa comunicação tecnológica do depoente com outra pessoa, por meio gestual ou por mensagem, pode ser utilizado aparelho celular, notebook, computador, tablet ou outro dispositivo similar.

Fato é que, para essas formas de comunicação presencial ou tecnológica não verbal, o depoente precisará dirigir os olhos para cima, para baixo ou laterais, em direção ao objeto que contém a informação que lhe está sendo enviada.

Com essa mesma maneira de agir, o depoente poderá tentar ler algum texto previamente preparado e que esteja próximo de si, o que é igualmente vedado.

A fim de impedir qualquer comunicação não verbal por parte de terceiros com o depoente, é possível solicitar a este que se aproxime da câmera de vídeo e fixe seu olhar para esse dispositivo. Esse procedimento visa dificultar o depoente de desviar os olhos para receber qualquer mensagem não verbal.

Outros meios de dificultar qualquer comunicação do depoente é solicitar que ele: i) mostre, com a câmera de vídeo, o espaço físico em que se encontre, de forma a constatar se há outra pessoa naquele mesmo local, ou mesmo se há outro dispositivo tecnológico sendo utilizado para comunicação; ii) deixe o aparelho celular à mostra na câmera de vídeo, a comprovar que ele não mantém comunicação com outra pessoa, ainda que esta esteja apenas ouvindo o conteúdo do depoimento, podendo, inclusive, ser outra testemunha que aguarda a sua vez de ser ouvida.

O uso de fone de ouvido pelo depoente somente impedirá de se ouvir o que lhe é perguntado, mas não evitará de ouvir sua resposta.

Seja como for, caberá a quem colher o depoimento ficar atento a essas possíveis formas que o depoente poderá utilizar para transpor a vedação de comunicação com terceiros durante o ato de instrução processual.

É importante destacar que o depoente não estará em seu estado de tranquilidade, serenidade e quietude. Ao contrário, no momento do depoimento, em geral, a pessoa se encontra insegura, ansiosa, agitada, pois ignora o que lhe será perguntado.

Esse efeito surpresa, somada a pressão decorrente da formalidade do ato processual da colheita do depoimento, favorece o procurador do estado presidente que está na condução da audiência de instrução a exigir do depoente que observe as instruções de não se comunicar com terceiros de nenhuma forma.

Mas, se ainda assim persistir a dúvida quanto à obediência do procedimento a ser cumprido por parte do depoente, só restará ao procurador do estado presidente suspender a audiência de instrução processual e remarcá-la para outra oportunidade, de forma virtual ou presencial.

É imperativo legal que o depoimento transcorra de forma livre e espontânea. Para isso, impõe-se que seja separado, isolado, sem a presença de outro depoente, para que o ato processual seja resguardado de influência de terceiros e possa macular a manifestação verbal do depoente. Essa imposição tem por fim também evitar que o depoente que aguarda sua vez seja influenciado pelo relato de quem está depondo.

Antes da inquirição, deve-se identificar o processo, o acusado, qualificar o depoente e tomar a cautela quanto ao parentesco ou interesse na causa por parte da testemunha. Também nesse instante é facultado ao defensor contraditar a testemunha (EFP, art. 284; CPP, art. 214; CPC, art. 457).

Caso o acusado ou depoente esteja usando máscara de proteção facial, é necessário que se realize o reconhecimento facial. O procedimento é a retirada da peça, a confrontação da fisionomia com o documento apresentado e, depois, sua recolocação.

A testemunha tem o dever de prestar o compromisso de dizer a verdade do que lhe for perguntado (CPP, art. 203; CPC, art. 458).

A partir daí, o formato de realização da oitiva segue o da audiência presencial e real, com os questionamentos formulados, primeiro pelo procurador do estado presidente, depois diretamente pelos advogados, com os cuidados ordinários (CPP, art. 212; CPC, art. 459).

Portanto a audiência virtual traz um ganho de eficiência na instrução processual, com agilidade na audiência de instrução, possibilitar a aproximação, ainda que virtual, de todos os atores do processo administrativo disciplinar, independentemente da localização geográfica.

Não se deve olvidar das eventuais intercadências que impedem a realização de audiência presencial, seja de ordem natural, seja por motivo pessoal. Nessas situações, a ferramenta tecnológica da videoconferência suplanta os referidos obstáculos.

Vale enfatizar que é possível a realização de audiência híbrida. Esse tipo de audiência permite que parte dos participantes do ato processual (advogado, parte e testemunha) esteja na sede da PPD e os demais estejam em locais distintos (p. ex. no escritório do advogado, na própria casa ou trabalho).

Repita-se que a pessoa chamada a comparecer à presença do procurador do estado presidente na sede da PPD, em comunicação direta com ele, seja na qualidade de parte ou testemunha, muitas vezes se sente desconfortável em razão do local e de suas formalidades.

Pode o sujeito, nessa situação, ficar com sua liberdade de pensamento e de emissão pública desse pensamento prejudicada. Tal liberdade de emissão de pensamento corresponde a uma extensão da liberdade da psique¹⁸.

Para superar essa situação, a audiência virtual por videoconferência é um instrumento que pode, em concreto, auxiliar a parte e a testemunha a prestarem suas informações com mais tranquilidade e segurança. Na mesma medida, facilita que o procurador do estado presidente extraia os dados necessários de que precisa para bem esclarecer os fatos contidos no procedimento administrativo disciplinar.

Em prosseguimento ao estudo da aplicação das garantias processuais na audiência virtual, quando acusado e testemunha prestam seus esclarecimentos, o ato corresponde ao de se expressar verbalmente, ao responder

18 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*: os três caminhos, 1979, p 329.

perguntas que lhe são formuladas sobre determinado acontecimento do passado e relevante para o procedimento administrativo disciplinar.

Essa liberdade de expressão, por sua vez, não fica tolhida caso esse ato processual seja realizado por meio de videoconferência, uma vez que todas as garantias processuais incidentes estão presentes, como anteriormente procurou-se demonstrar. A liberdade de manifestação no momento da audiência é ausente de qualquer constrangimento.

Mesmo assim, a liberdade de expressão em relação à testemunha não é absoluta, pois é limitada pelo próprio legislador infraconstitucional (CPP, art. 203; CPC, art. 458 e parágrafo único), ao prever o compromisso que ela tem de dizer a verdade quanto aos questionamentos que lhe são apresentados. É vedado à testemunha: i) fazer afirmação falsa; ii) calar-se; iii) ocultar a verdade. Caso falseie a verdade, nada fale ou tergiversar quanto ao que deve ser aclarado, mesmo sabedora de algo, incorre a testemunha no crime de falso testemunho (Código Penal, art. 342).

Por essa razão que se diz que as precauções do procurador do estado presidente na colheita da prova processual, em razão das intercorrências passíveis de ocorrer na audiência presencial, são as mesmas na audiência virtual. Aquele deve ter a acuidade e sensibilidade apuradas para não ser “envolvido” pelo relato verbal dos acontecimentos apresentado pela testemunha, cuja narrativa deve ter a exata correspondência com aquilo que se sabe e lhe foi indagado, caracterizada, portanto, de veridicidade, diferente de sinceridade.

O verdadeiro pontua o que entende conveniente dizer, retrata suas percepções, sem proferir um juízo. O sincero pode colocar elementos emotivos na sua exposição, afastando-se da realidade objetiva.

De acordo com Altavilla¹⁹, a sinceridade “tem um valor puramente subjetivo e refere-se a uma atitude psicológica, à tendência para dizer aquilo que se sabe e se pensa, e é acompanhada, quase sempre, por aquela atitude espontânea que é a franqueza, a qual tem aspectos fisionômicos especiais”. Já a veridicidade vem a ser “uma exacta correspondência deste estado subjetivo com a realidade objetiva”.

19 ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária – volume II: personagens do processo penal*. Trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1982, p. 253.

Há ainda a classificação de testemunha hipócrita e a mentirosa. A primeira demonstra algo diferente do que pensa ou sente, diverso da realidade, age com dissimulação. A mentirosa altera conscientemente a verdade. A mentira pode ser dividida em mentira-meio, que vem a ser utilizada para uma finalidade específica, e a mentira-tendência, que é a decorrente de um temperamento especial.

É fato que o depoente, comumente, não possui suficiente cultura e inteligência verbal para expressar com exatidão suas vivências ou impressões de experiência vivida. No processo de linguagem, é necessário utilizar corretamente a comunicação. Cabe ao depoente inspirar confiança (etos) no julgador, expor os fatos de acordo com as indagações formuladas pelo advogado e pelo juiz. No primeiro momento, as observações por ele postas serão verossímeis, pois admitem prova em contrário, e, caso contestadas, ele poderá incorrer no crime de falso testemunho.

A testemunha deve estar com sua mente plenamente livre para prestar suas declarações, com total ausência de interferência externa que possa levá-la a ter prejudicada a qualidade de seu relato. Isso corresponde a um dos modos pelos quais pode ser entendida a liberdade enquanto ausência de interferência e na maneira de expressão²⁰.

A liberdade de manifestação da testemunha deve estar delimitada dentro da verdade, e esta é o limite daquela expressão de pensamento exteriorizada, sob pena de censura.

Portanto o uso das tecnologias aplicadas na colheita do interrogatório e da prova processual em nada afeta a liberdade de manifestação do acusado e/ou testemunha.

Daí os benefícios que a videoconferência propicia ao processo e, em decorrência, à Administração Pública na solução da demanda.

No entanto não se quer com essas colocações afirmar que a audiência virtual deve substituir a audiência presencial, mas que a ferramenta tecnológica de videoconferência utilizada na audiência virtual pode ser mais um instrumento à disposição da Administração Pública

20 MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 1.733.

para dar agilidade e segurança para o bom resultado nos procedimentos disciplinares, sem inconvenientes na busca desse fim.

A audiência presencial deve ser sempre a forma ordinária, principal e escolhida pela Administração Pública, a permitir o contato presencial e real com os participantes da instrução processual, sendo o modo virtual a forma supletiva.

Contudo o formato virtual não deveria se restringir somente (em substituição) às hipóteses em que o ato poderia ser realizado por meio de carta precatória para oitiva de parte e ou testemunha situada em comarca diversa da sede da PPD (art. 286, do EFP). Não se pode olvidar o tempo demasiado a esperar para expedição, cumprimento e devolução de carta remetida para outra unidade administrativa da PGE-SP, o que certamente retardaria a solução do processo.

Com isso, diante dos benefícios produzidos, se poderia pensar na utilização da videoconferência mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial da Covid-19, e não apenas na hipótese exposta no art. 286, do EFP, de *lege ferenda*.

11. CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, no decorrer da exposição, que o uso da videoconferência na audiência virtual é uma ferramenta tecnológica a contribuir com a celeridade, eficiência, racionalização e economicidade do procedimento administrativo disciplinar, em respeito aos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

A carta precatória aplicada para colher o depoimento de acusado e/ou testemunha que esteja situado em local diverso da sede da PPD poderia ser substituída, sem qualquer intercorrência, pela utilização da videoconferência.

Propõe-se, assim, que a videoconferência seja utilizada mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial da Covid-19, diante dos benefícios que o recurso tecnológico produz no procedimento administrativo disciplinar. Portanto, não somente segundo a regra do art. 286, do EFP, de *lege ferenda*.

A videoconferência, na audiência virtual, não ofende qualquer regra ou princípio processual e garante o devido processo legal formal ou

procedimental consagrado no art. 5º, LIV, da CF, que vem a ser a exigência da observância das garantias processuais (contraditório, ampla defesa efetiva, duração razoável do processo etc.), além da liberdade de expressão de acusado e testemunha. Portanto beneficia todos os partícipes do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária – volume II: personagens do processo penal**. Trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1982.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Das Provas: Disposições Gerais. Arts. 369 a 404. Vol. VIII. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2020.

ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5º, LXXVIII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Almedina, 2013.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Tradução Ana Maria Ribeiro-Althoff (et al.). São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil – vol. 1 (arts. 1º a 69)**. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPEZ, Emilio Mira Y. **Manual de Psicologia Jurídica**. Tradução Elso Arruda. 4. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Processo, novas tecnologias e pandemia**. *In*: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.).

Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. VII: Arts. 381 a 484. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia.** Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual – vol. único.** 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

NUSDEO, Marcos Fábio de Oliveira. Apresentação. PGE/SP, uma permanente construção. *In:* SCHUBSKY, Cássio (coord.). **Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 7.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica.** Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

PECULIARIDADES DA DILAÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

René Zamlutti Júnior¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A dilação probatória na seara administrativo-disciplinar; 2.1 – A prova produzida durante a apuração preliminar; 2.2 – Aplicação subsidiária das normas processuais penais e processuais civis; 2.3 – A produção probatória e a independência entre as esferas judicial e administrativa, 3 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar considerações sobre o processo de produção de provas nos procedimentos administrativos disciplinares, notadamente no âmbito da Administração Pública do estado de São Paulo, sob a ótica das Leis Estaduais nº 10.261/1968 e nº 10.177/1998. Tendo em vista que tais diplomas normativos contêm poucos dispositivos referentes à dilação probatória, o sistema administrativo-disciplinar se vale, subsidiariamente, das normas previstas no Código de Processo Penal (dada a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares) e do Código de Processo Civil, leis que, por conseguinte, também serão objeto de análise. Contudo, o Direito Administrativo Disciplinar tem escopo próprio, substancialmente distinto daqueles perseguidos pelos Direitos Penal e Civil, razão pela

1 Procurador do Estado. Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Presidente da 12ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor Assistente da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

qual a aplicação subsidiária das normas inerentes a esses dois últimos campos do Direito há de atentar para as peculiaridades que envolvem a natureza tanto dos procedimentos disciplinares, quanto dos agentes neles envolvidos (ou seja, a relação entabulada entre a Administração Pública e os servidores sujeitos a tais procedimentos). Além disso, uma abordagem do tema não pode prescindir da análise da relação entre as instâncias administrativo-disciplinar e judicial-penal, tema que também será abordado, ainda que com a brevidade que o trabalho autoriza.

PALAVRAS-CHAVE: Processo administrativo disciplinar. Provas. Independência entre as instâncias judicial e administrativa.

1. INTRODUÇÃO

Por expressa determinação constitucional, a Administração Pública, no Brasil, em todos os níveis da Federação (federal, estadual, municipal e distrital) está jungida ao princípio da legalidade, expressamente previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”².

A submissão da Administração Pública à legalidade é corolário direto da edificação da sociedade brasileira nos moldes do Estado de Direito. Admitida a ideia do império da lei como norte regulador das relações sociais, a legalidade constitui valor supremo condutor da atuação dos entes públicos.

Disso não deixa dúvida a amplitude estabelecida pela aludida norma constitucional. É conhecido o adágio segundo o qual a lei não contém palavras inúteis – menos ainda as conteria o texto constitucional. Não menos conhecida é a imprecisão do adágio, pois tanto a Constituição quanto as normas que lhe são subordinadas não raro pecam pela imprecisão e pela prolixidade. Não é esse, porém, o caso do artigo 37 da Magna Carta.

2 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: 27 jun. 2022, art. 37.

Sem dúvida, bastaria à Constituição estabelecer que “a Administração Pública” deverá obedecer ao princípio da legalidade. Como já dito, essa submissão é consequência lógica e inescapável da adoção, pela sociedade brasileira, do modelo do Estado Democrático de Direito no estabelecimento de suas bases. A aparente prolixidade do Poder Constituinte originário, nesse sentido, pode ser entendida, no entanto, como expressão da vontade política de salientar a extensão da abrangência desse princípio, como forma de reiterar sua relevância e, por conseguinte, a necessidade de sua constante observância³.

Tão peremptória é a imposição de observância do princípio da legalidade por parte dos entes públicos que se consolidou na doutrina brasileira a distinção (de resto, acolhida também pela jurisprudência) entre a *legalidade* que vige para os particulares e a *estrita legalidade* imposta à Administração Pública, distinção cristalizada na célebre fórmula atribuída a Seabra Fagundes: o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe expressamente, enquanto que a Administração só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. Na feliz síntese de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Sempre é bom recordar que existe uma enorme e – até mesmo – paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração Pública é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade. Enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina.

É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa. Mas isso não é suficiente: não basta a existência de uma previsão geral e abstrata, é essencial que, no caso concreto, tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência.⁴

3 É evidente que essas considerações não se restringem ao princípio da legalidade, e valem para os demais princípios insculpidos no caput do artigo 37. O destaque dado à legalidade, porém, se justifica à luz do objeto do presente artigo, pois é dela que virão as consequências a seguir expostas.

4 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

É certo que esse ensinamento já não é compreendido nem aplicado com o caráter absoluto que outrora se lhe atribuíra. No entanto, não resta dúvida de que, ainda hoje, a *legalidade* que norteia a atuação da Administração Pública se reveste de características próprias, dentre as quais encontramos maior rigor, do que a *legalidade* sob a qual os particulares podem atuar.

Legalidade é, portanto, por decisão do Poder Constituinte Originário, um dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública em todas as suas esferas. Tanto é assim que doutrina e jurisprudência reconhecem, na ordem jurídica pátria, o chamado *poder de autotutela* da Administração Pública, também chamado por parte da doutrina de *princípio da autotutela administrativa*⁵, sintetizada nas Súmulas do Supremo Federal n° 346 – “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”⁶ – e n° 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁷

Tal orientação jurisprudencial encontra amparo também em âmbito legislativo, como demonstram os artigos 53 e 54 da Lei n° 9.784/99, cujo teor é praticamente idêntico ao da Súmula n° 473.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro fornece ainda outro fundamento, além da própria legalidade, para o exercício da autotutela, a saber, o princípio da predominância do interesse público, que, embora não expressamente consignado no texto constitucional, dele deflui como corolário inescapável:

5 A correção do emprego do vocábulo *princípio* para denominar a prerrogativa da autotutela depende do contexto em que o vocábulo é utilizado, mas a análise dessa questão fugiria completamente do escopo deste artigo.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964b, p. 151.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, p. 5929, 10 dez. 1969, p. 5929.

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.⁸

Dessa imperiosidade de observância irrestrita da legalidade, a que se somam a complexa estrutura dos entes públicos e o emaranhado de normas jurídicas de toda natureza que regulam cargos, funções e atividades de seus servidores, decorre a necessidade de que os próprios entes públicos, independentemente de qualquer provocação externa, fiscalizem seu desempenho cotidiano, com os intuitos de prevenir, identificar e eventualmente sanar desvios da trilha da legalidade. No exercício desse mister, o poder sancionatório da Administração Pública, em relação aos servidores subordinados às suas diversas esferas de competência, afigura-se ferramenta indispensável.

Perante a sociedade, não há distinção entre o servidor público e a Administração Pública. No exercício de suas funções, o servidor público incorpora o Poder Público, razão pela qual eventuais atos ilícitos praticados por um servidor contra um particular geram, para este, o direito de se voltar judicialmente não contra o servidor (embora também, caso deseje), mas contra o próprio ente público por ele integrado. Nessa seara, os procedimentos administrativos disciplinares – que, na legislação paulista, dividem-se entre Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar, a depender da gravidade da ilicitude – integram o aparato que viabiliza a observância, por parte do Poder Público, da legalidade, na melhor medida possível.

No âmbito do estado de São Paulo, o principal diploma normativo que regula as normas concernentes aos procedimentos administrativos disciplinares é a Lei Estadual nº 10.261/1968, conhecida como Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo, secundada pela Lei Estadual nº 10.177/1998 (que trata dos processos administrativos estaduais de modo geral e aborda os procedimentos sancionatórios em apenas três dispositivos, a saber, dos artigos 62 ao 64). A insuficiência de normas

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 800.

de natureza processual, notadamente no que concerne à dilação probatória, torna muitas vezes necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (dada a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares) e do Código de Processo Civil. As particularidades do processo administrativo-disciplinar no cotejo, principalmente com o processo penal, notadamente em relação à dilação probatória, constituem o cerne das considerações a seguir expostas.

2. A DILAÇÃO PROBATÓRIA NA SEARA ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

2.1. A prova produzida durante a apuração preliminar

À luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de não culpabilidade dos acusados em geral (*in dubio pro reu*), do contraditório e da ampla defesa⁹, todos alçados à condição de direitos fundamentais pela Magna Carta, a aplicação de penalidades de natureza administrativa a servidores públicos em razão de violações de seus deveres funcionais é condicionada à comprovação da materialidade e da autoria de tais violações, no bojo de procedimento administrativo em que há de ser garantida ao servidor a possibilidade de se defender de acusações eventualmente contra si formuladas.

As apurações preliminares usualmente – mas não necessariamente – conduzidas antes da instauração de procedimentos disciplinares têm por objetivo confirmar a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, *quando estes já não existam* de modo a tornar tal apuração desnecessária, como deixa evidente o caput do artigo 265 da Lei Estadual nº 10.261/1968, *in verbis*: “A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria”¹⁰.

A dicção legal permite concluir, *a contrario sensu*, que, quando suficientemente caracterizada a infração e definida sua autoria, a apuração preliminar não é necessária, podendo, de imediato, ser determinada a

9 BRASIL, 1988, incisos LIII a LVII do artigo 5º.

10 SÃO PAULO. Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: São Paulo, p. 2, 29 out. 1968, art. 265.

instauração em desfavor do servidor cuja prática infracional resta suficientemente delineada. É o caso, por exemplo, de infrações que se provam de modo puramente documental.

Evidentemente, a norma há de ser interpretada de forma adequada. Há situações, descritas em Comunicados de Evento, que poderiam ser entendidas como já devidamente demonstradas e que, mesmo assim, demandam maior aprofundamento do ponto de vista apuratório – situações em que, portanto, as apurações preliminares, ainda que *aparentemente* desnecessária, devem ser conduzidas de forma a não deixar dúvida acerca da efetiva caracterização da infração disciplinar imputada a determinado servidor. É o que ocorre, por exemplo, em casos de violação do dever de urbanidade¹¹, em que, via de regra, os comunicados trazem não só o nome do comunicante, mas também de testemunhas do fato. Em tais situações, é relevante a elucidação dos detalhes do fato, porque o exato delineamento do ocorrido constitui pressuposto para o adequado exercício da ampla defesa por parte do acusado.

A necessidade de precisa descrição da conduta imputada ao servidor, aliás, é estabelecida no artigo 277 da Lei nº 10.261/68, que trata da portaria de instauração do procedimento e prevê, em seu § 1º, que “da portaria deverão constar o nome e a identificação do acusado, a infração que lhe é atribuída, com descrição sucinta dos fatos, a indicação das normas infringidas e a penalidade mais elevada em tese cabível”¹². Por *descrição sucinta dos fatos* deve-se entender que a narrativa há de albergar todos os elementos indispensáveis ao seu reconhecimento, notadamente, data, local e circunstâncias do ocorrido, contendo todo o necessário para – repita-se – viabilizar, com a maior amplitude possível, o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado. Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.¹³

11 Ibidem, inciso VI do art. 241.

12 Ibidem, § 1º do art. 277.

13 DI PIETRO, op. cit., p. 700.

Há que se atentar, ainda, ao destaque que o texto legal dá à *natureza simplesmente investigativa*, expressamente mencionada no dispositivo, que se contrapõe à *natureza sancionatória* dos procedimentos administrativos disciplinares subsequentemente instaurados.

Com efeito, por mais grave que seja a conduta apurada em uma apuração preliminar, e ainda que o conjunto probatório carreado ao fim da apuração não deixe dúvida alguma acerca da caracterização de determinada infração disciplinar, a conclusão da autoridade apuradora jamais poderá implicar, de imediato, a aplicação de qualquer penalidade ao servidor, como deixa claro o § 3º do referido artigo 265: “Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo”¹⁴. Após a determinação, pela autoridade competente, de instauração do procedimento disciplinar, esse sim de natureza sancionatória, tem início a sindicância ou o processo administrativo, cujas conclusões fundamentarão a eventual aplicação de penalidade (ou a absolvição do servidor).

Há, portanto, evidente equivalência estrutural entre as apurações preliminares e os inquéritos policiais, aquelas, inaptas a gerar sanções, mas aptas a fundamentar a instauração de um procedimento administrativo de natureza sancionatória; estes, incapazes, por si mesmos, de gerar condenações, mas capazes de carrear um conjunto de elementos probatórios autorizadores da instauração de procedimento judicial também de natureza sancionatória (a ação penal).

Daí porque as limitações reconhecidas pela jurisprudência, em relação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, no bojo dos inquéritos policiais, encontram aplicabilidade também em relação às apurações preliminares. Destaquem-se, nesse sentido, os seguintes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial.¹⁵

14 SÃO PAULO, op. cit., § 3º do art. 265.

15 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 57812/PR. Operação Delivery. Associação criminosa e contrabando de cigarros. Alegada nulidade por ausência de interrogatório no curso do inquérito policial. Recorrente: Fernando Cardoso Fagundes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 15 de outubro de 2015. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2015.

O entendimento adotado pela Corte de origem está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que o inquérito policial, em razão de sua natureza administrativa, não está sujeito à observância do contraditório e da ampla defesa [...]¹⁶

Também em razão da natureza meramente investigatória das apurações preliminares, bem como da já demonstrada desnecessidade de sua existência como requisito para a instauração de procedimentos disciplinares, eventuais irregularidades ocorridas ao longo da fase apuratória podem ser sanadas no próprio procedimento disciplinar – em que, ao contrário do que ocorre em relação aos procedimentos apuratórios, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deverão ser rigorosamente observados. Novamente o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da instrução processual nos procedimentos disciplinares:

A instrução rege-se pelos princípios da oficialidade e do contraditório, este último essencial à ampla defesa. Com base no primeiro, a comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade. O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado a oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas.¹⁷

São também esclarecedoras sobre as dimensões do princípio do contraditório em seara administrativo-disciplinar as considerações de Romeu Felipe Bacellar Filho, *in verbis*:

A finalidade do contraditório no processo administrativo disciplinar não difere daquela prevista pelo processo judicial: proteger a capacidade de influência dos sujeitos processuais (administração/servidor acusado ou litigante) na formação do convencimento do órgão julgador. Do confronto da autoridade administrativa com o servidor viabiliza-se

16 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 259930/RJ. Sucadâneo do Recurso Ordinário. Inadmissibilidade. Homicídio qualificado. Inquérito policial. Reinquirição de testemunhas. Ausência de intimação da defesa. Nulidade. Inexistência. Natureza inquisitiva. Contraditório e ampla defesa. Observância. Desnecessidade. Impetrante: Dominique Sander Leal Guerra. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de maio de 2013. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 23 maio 2013.

17 DI PIETRO, op. cit., p. 700.

a assunção de um panorama mais completo da situação fática, conduzindo a uma decisão mais ponderada e conforme à realidade.¹⁸

Uma vez que tais princípios são de observância obrigatória nos processos administrativos e nas sindicâncias, mas não o são nas apurações preliminares, é relevante que as provas de natureza oral eventualmente produzidas na fase preliminar sejam repetidas – agora sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, e, portanto, confirmadas, após a instauração do procedimento disciplinar.

Há que se observar, no entanto, que, ao contrário do que afirma a autora, ao menos no que concerne aos procedimentos disciplinares instaurados no âmbito do estado de São Paulo, o servidor acusado não pode acompanhar a instrução “com ou sem defensor”, dada a imprescindibilidade de defesa técnica, por expressa determinação legal.

Com efeito, nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares instaurados após as apurações preliminares (não raro como corolários destas), a defesa técnica se faz necessariamente presente, à luz do disposto no item 4 do artigo 278 da Lei nº 10.261/68, que preconiza que no mandado de citação do acusado deverá constar, dentre outros elementos, “o esclarecimento de que o acusado será defendido por advogado dativo, caso não constitua advogado próprio”¹⁹. Além deste, o artigo 282 da mesma lei, em seu caput determina que “o acusado poderá constituir advogado que o representará em todos os atos e termos do processo”²⁰, e complementa, em seus parágrafos, que “não tendo o acusado recursos financeiros ou negando-se a constituir advogado, o presidente nomeará advogado dativo”²¹ e “o acusado poderá, a qualquer tempo, constituir advogado para prosseguir na sua defesa”²².

Esses dispositivos, como se vê, estabelecem a *imprescindibilidade da defesa técnica* nos procedimentos disciplinares no âmbito do estado de São Paulo. Tais normas evidenciam o rigor com que o contraditório

18 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242.

19 SÃO PAULO, op. cit., art. 278.

20 Ibidem, art. 282.

21 Ibidem, art. 282, § 3º.

22 Ibidem, art. 282, § 4º.

e a ampla defesa são observados pela legislação paulista, que se mostra mais protetiva e garantista em relação a tais princípios do que o próprio Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula Vinculante nº 5 estabelece que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”²³.

Embora a Súmula em questão provenha do órgão a quem foi atribuído o papel de *guardião da Constituição*, sua edição foi objeto de severa crítica por parte de diversos autores, dentre os quais pode ser mencionado, a título de exemplo, Paulo Alves Netto de Araújo, para quem “a decisão do STF que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 5 observou muito mais questões práticas de política judiciária do que propriamente argumentos jurídicos de relevo”²⁴.

A adequada exegese dos dispositivos epígrafados, assim, deixa claro que a defesa técnica, embora imprescindível ao longo das sindicâncias e processos administrativos disciplinares no âmbito do estado de São Paulo, não é indispensável durante a apuração preliminar. Contudo, caso o servidor acusado pretenda ser acompanhado de defensor ainda na fase apuratória (por exemplo, no momento em que prestará declarações sobre a acusação contra si formulada), tal direito não lhe poderá ser negado. A legislação, porém, não lhe confere o direito ao fornecimento, por parte do Poder Público, de defensor dativo nessa situação, como o faz após a instauração do procedimento disciplinar, razão pela qual, durante a fase apuratória, o eventual acompanhamento do feito por defensor deverá ser feito às suas expensas.

Embora, como visto, a legislação paulista tenha natureza mais garantista do que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da defesa técnica dos acusados em procedimentos disciplinares, a Lei nº 10.261/68 é consideravelmente lacônica em relação às normas processuais aplicáveis a tais procedimentos, se comparada com o Código de

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 maio 2008, p. 1.

24 ARAÚJO, Paulo Alves Netto. Princípio da ampla defesa no processo administrativo e a súmula vinculante nº 5. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 322.

Processo Penal ou o Código de Processo Civil. Com efeito, o arcabouço jurídico norteador dos procedimentos disciplinares no que concerne ao aspecto processual se encontra circunscrito aos artigos 268 a 321, a que se somam os tímidos três dispositivos já mencionados da Lei Estadual nº 10.177/1998 (artigos 62 ao 64). Daí porque é necessário recorrer aos diplomas processuais penal e civil quando ausentes, na Lei nº 10.261/68, normas aptas a regular situações que podem surgir ao longo dos andamentos processuais (como casos de suspeição, contraditas de testemunhas etc.).

A aplicação das normas processuais civis e penais aos procedimentos disciplinares, no entanto, não se faz de forma indiscriminada, conforme esclarecido a seguir.

2.2. Aplicação subsidiária das normas processuais penais e processuais civis

Como visto, a legislação paulista alberga normas expressas acerca dos ritos processuais concernentes aos procedimentos disciplinares. Tais normas, no entanto, são insuficientes para abranger todas as questões processuais inerentes a tais procedimentos, o que torna necessária a aplicação, de modo subsidiário, das normas previstas na legislação processual penal e civil, quando ausentes dispositivos que, em âmbito administrativo, solucionem os problemas de natureza processual que a realidade amiúde suscita ao longo das instruções processuais em seara administrativo-disciplinar.

Nesse contexto, a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares, bem como sua proximidade (que não se confunde como similaridade) estrutural com o Direito Penal, tornam recomendável a aplicação subsidiária, em primeiro lugar, do Código de Processo Penal e, na ausência de normas deste que solucionem a lacuna, do Código de Processo Civil (o mais completo dos diplomas processuais da legislação vigente e, não por acaso, aplicado subsidiariamente também nos processos penais).

Releva observar, sob essa ótica, que, até a promulgação da Lei nº 11.719/2008, os ritos do processo penal e dos procedimentos disciplinares eram *similares* (não idênticos, dada a evidente distinção entre os escopos do Direito Penal e do Direito Administrativo Disciplinar, e dos bens jurídicos envolvidos em cada uma dessas áreas da ciência

jurídica), notadamente no que concerne à realização do interrogatório do acusado antes da oitiva das testemunhas e aos prazos para a apresentação de defesa prévia e alegações finais. A promulgação da Lei nº 11.719/08, no entanto, alterou o rito do processo penal, e, dando nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal, posterizou o ato de interrogatório para o momento final da audiência, ou seja, após a realização da quase totalidade dos atos instrutórios do processo:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.²⁵

A despeito do novo rito estabelecido para o processo penal a partir da promulgação da Lei nº 11.729/2008, os dispositivos concernentes ao rito processual dos procedimentos administrativos disciplinares previstos na Lei Estadual nº 10.261/68 – a saber, seus artigos 283 e 284 – mantiveram-se inalterados, e estabelecem os passos do andamento processual de forma suficientemente precisa, *in verbis*:

Artigo 283. Comparecendo ou não o acusado ao interrogatório, inicia-se o prazo de 3 (três) dias para requerer a produção de provas, ou apresentá-las.

§ 1º – O presidente e cada acusado poderão arrolar até 5 (cinco) testemunhas.

§ 2º – A prova de antecedentes do acusado será feita exclusivamente por documentos, até as alegações finais.

§ 3º – Até a data do interrogatório, será designada a audiência de instrução.

Artigo 284 – Na audiência de instrução, serão ouvidas, pela ordem, as testemunhas arroladas pelo presidente e pelo acusado.

²⁵ BRASIL. Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 23 jun. 2008, art. 400.

Parágrafo único – Tratando-se de servidor público, seu comparecimento poderá ser solicitado ao respectivo superior imediato com as indicações necessárias.²⁶

A alteração levada a efeito nos processos penais pode suscitar dúvidas acerca da manutenção de vigência dos artigos 283 e 284 da Lei nº 10.261/68. Recorde-se, no entanto, que, como já mencionado, a aplicação da legislação processual penal é *subsidiária* e, no caso, a existência de normas expressas acerca do tema na legislação estadual não deixa dúvida alguma quanto ao fato de que, a partir da promulgação da Lei nº 11.719/2008, os ritos dos processos penais e dos procedimentos disciplinares no âmbito estadual paulista deixaram de ser similares.

Não há qualquer inconstitucionalidade na existência de distinção entre os ritos, por duas razões essenciais: em primeiro lugar, como já mencionado, o Direito Penal e o Direito Administrativo Disciplinar têm escopos próprios e perseguem objetivos diferentes; como consequência disso, não se pode entender que o artigo 400 do Código de Processo Penal, em sua atual redação, constitui norma de repetição obrigatória pelo legislador paulista.

Em segundo lugar, a constitucionalidade dos artigos 283 e 284 da lei paulista é incontestada e, tal qual a legislação processual penal – tanto em sua atual redação quanto na anterior –, tais artigos não violam de modo algum os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Entendimento diverso implicaria assumir que todos os processos penais anteriores à promulgação da lei alteradora estariam marcados pela inconstitucionalidade, bem como todos os procedimentos disciplinares a ela anteriores e posteriores.

Ora, se, anteriormente à promulgação da Lei nº 11.719/2008, não havia inconstitucionalidade, seja nos processos penais, seja nos procedimentos administrativos, é evidente que, após sua promulgação, o rito até então observado na esfera judicial-penal, e que não se alterou no âmbito administrativo-disciplinar, continua em plena consonância com os princípios insculpidos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O que existe, atualmente, são dois ritos processuais

26 SÃO PAULO, op. cit., art. 283-284.

distintos, concernentes a dois modelos processuais também distintos, ambos plenamente constitucionais.

A existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de duas categorias de processo – administrativo-disciplinar e judicial-penal – que, embora guardem similaridades (seu caráter sancionatório e a imperiosa necessidade de observância de princípios como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência), perseguem objetivos próprios, inerentes a seus campos de incidência, tem por corolário a reconhecida independência entre suas instâncias.

Tal independência, por óbvio, não é absoluta, notadamente ante o princípio de unicidade de jurisdição que caracteriza a ordem jurídica brasileira.

Apesar disso, a existência dessa independência leva a consequências relevantes do ponto de vista da produção probatória, conforme exposto a seguir.

2.3. A produção probatória e a independência entre as esferas judicial e administrativa

Há, não raro, situações em que determinada conduta configura, simultaneamente, ilicitude nas esferas penal e administrativa, o que enseja a instauração de procedimentos tanto judiciais (ação penal, ação de improbidade etc.) quanto disciplinares (processo administrativo disciplinar ou sindicância²⁷).

As decisões proferidas na seara administrativo-disciplinar não se encontram sujeitas ou condicionadas àquelas proferidas no âmbito judicial-penal, dada a existência da independência entre tais instâncias.

A Lei nº 10.261/68 trata expressamente da independência dessas instâncias em seu artigo 250, notadamente em seu caput e em seu § 1º, *in verbis*:

²⁷ Embora pareça pouco provável que uma conduta tipificável como crime possa levar à instauração de uma sindicância e não de um processo administrativo disciplinar, tal hipótese não se afigura tão improvável. Um crime de injúria, por exemplo, pode levar a uma ação penal de natureza privada e a uma sindicância. Do mesmo modo, eventuais contravenções penais praticadas na esfera da vida privada do servidor podem não se revestir de gravidade suficiente, do ponto de vista funcional, para fundamentar a instauração de um processo administrativo disciplinar, ensejando, no entanto, a instauração de uma sindicância.

Artigo 250. A responsabilidade administrativa não exime o funcionário da responsabilidade civil ou criminal que no caso couber, nem o pagamento da indenização a que ficar obrigado, na forma dos arts. 247 e 248, o exame da pena disciplinar em que incorrer.

§ 1º – A responsabilidade administrativa é independente da civil e da criminal.²⁸

O tema da independência entre as instâncias é, ainda, abordado nos artigos 64 e 65 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.²⁹

Não há nos dispositivos menção à esfera administrativo-disciplinar, mas a conclusão de que a mesma lógica há de incidir sobre os procedimentos disciplinares decorre da própria estrutura do sistema. Tanto é assim que o § único do artigo 64 do Código de Processo Penal estabelece regra similar àquela prevista no § 3º do artigo 250 da Lei nº 10.261/68, segundo o qual “o processo administrativo só poderá ser sobrestado para aguardar decisão judicial por despacho motivado da autoridade competente para aplicar a pena”³⁰. Vale dizer, tanto o juiz da ação civil quanto a autoridade responsável pela aplicação da penalidade ao servidor poderão determinar o sobrestamento dos procedimentos sob sua responsabilidade, se entenderem que o deslinde dos fatos na esfera penal é relevante para as conclusões concernentes às esferas civil e administrativo-disciplinar.

Também na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, preconiza,

28 Ibidem, art. 250.

29 BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941, art. 64-65.

30 SÃO PAULO, op. cit., art. 250.

em seu artigo 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”³¹.

As normas epigrafadas deixam claro, ainda, que a independência entre as instâncias é relativa e não absoluta. São esclarecedoras, sobre o tema, as seguintes considerações de José Armando da Costa:

Conquanto prevaleça, em regra, a noção da autonomia das instâncias, como aludido acima, vale assinalar que, em hipóteses especiais – como bem deixam entender as normas legais referidas no item anterior – a decisão penal definitiva faz coisa julgada nas instâncias civil e disciplinar, o que não ocorre no sentido reverso, isto é, os decisórios dessas vertentes, em circunstância alguma, poderão constituir prejudicial naquele juízo.

Quais, então, as razões pré-jurídicas ou extrajurídicas que conferem essa especial posição de supremacia ao juízo penal?

Dentre outros motivos de igual ou superior peso, destacam-se os seguintes:

- a) O princípio de ordem pública que, sem sombra de dúvidas, é bem mais presente e intenso na matéria penal do que nas questões civis ou administrativas (em que se incluem as de natureza disciplinar);
- b) Maior gravidade, pelo menos em princípio, das consequências oriundas da instância penal;
- c) O juízo penal, em matéria de instrução e prova, é bem mais exigente do que as instâncias aludidas.³²

Essa relatividade da independência entre as instâncias é, também, demonstrada pelo que determina o § 2º do artigo 250 da Lei nº 10.261/68:

§ 2º – Será reintegrado ao serviço público, no cargo que ocupava e com todos os direitos e vantagens devidas, o servidor absolvido pela Justiça, mediante simples comprovação do trânsito em julgado de decisão que negue a existência de sua autoria ou do fato que deu origem à sua demissão.³³

31 BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre 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. 125.

32 COSTA, José Armando. *Controle judicial do ato disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 232-233.

33 SÃO PAULO, op. cit., art. 250.

Outra circunstância que denota a relatividade da independência das instâncias, bem como a parcial supremacia da instância judicial-penal sobre a administrativo disciplinar, é a adoção, pelo direito brasileiro, do sistema de unicidade de jurisdição, segundo o qual as decisões tomadas pelo Judiciário em caráter definitivo não podem ser revistas pela Administração. Novamente, o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos e quem repousa o Estado de Direito. De nada adianta sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição uma, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.³⁴

Desse contexto se depreende que a instrução processual dos procedimentos disciplinares, inclusive no que concerne à dilação probatória, guarda independência dos processos penais, mesmo nos casos em que a conduta apurada encontra tipificação tanto penal quanto disciplinar, a ensejar a instauração concomitante de ação penal e procedimento disciplinar.

A independência entre as instâncias, conquanto relativa, viabiliza a possibilidade de decisões díspares nas duas esferas. Não há inconsistência na hipótese dessa ocorrência, uma vez que é perfeitamente possível que, ao término das respectivas instruções processuais, os mesmos fatos sejam comprovados, sendo distinta, no entanto, a decisão acerca da

34 DI PIETRO, op. cit., p. 816.

procedência ou não das demandas. Isso porque uma mesma conduta, comprovada nos dois âmbitos, pode configurar violação de deveres funcionais por parte do servidor mesmo que não ostente as características necessárias à tipificação penal.

Evidentemente, à luz das normas mencionadas e do sistema de jurisdição una, a eventual decisão, na esfera penal, de que o fato não ocorreu, ou de que, tendo ocorrido, foi praticado por outrem que não o acusado, vincula a Administração de forma inescapável. Nesse sentido tem se definido, de longa data, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, em decisão proferida em setembro de 2021, a Sexta Turma do (STJ) adotou entendimento diverso, mitigando ainda mais a independência entre as esferas judicial e administrativa, sob o argumento de que “a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias”³⁵.

A decisão foi proferida em sede de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de cancelar a decisão administrativa que reconheceu a existência de falta grave por fato tido como insuficientemente comprovado na esfera judicial (o que levou à absolvição do acusado em âmbito penal). Tratava-se de infração praticada por detento, e não por servidor público, mas a lógica se aplica integralmente aos procedimentos disciplinares instaurados contra os servidores.

A ementa da decisão tem o seguinte teor:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. INDEPENDÊNCIA MITIGADA DAS INSTÂNCIAS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa quando restar proclamada a inexistência do fato ou de autoria.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em embargos de declaração em *habeas corpus* n. 601533/SP. Agravo em execução. Falta grave. Independência mitigada das instâncias. Writ indeferido liminarmente. Embargos de declaração rejeitados. Agravo regimental provido. Agravante: Cristiano Barbosa Moura. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 21 de setembro de 2021. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 1 out. 2021.

2. Embora não se possa negar a independência entre as esferas – segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou de negativa de autoria –, não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa. Precedente.

3. Em hipóteses como a dos autos, em que o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas, a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias.

4. Agravo regimental provido a fim de determinar o cancelamento da falta grave apurada no Procedimento Administrativo Disciplinar n. 41/2017 (E21/934137/2011) e de todos os efeitos dela decorrentes.³⁶

É relevante observar que o voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos demais Ministros da Turma, em votação unânime.

O entendimento da Sexta Turma do STJ, ainda que minoritário (ao menos até o presente momento), parte, ao que parece, de equivocada premissa para chegar à conclusão de que, embora aparentemente lógica, alberga, na verdade, uma conclusão insustentável.

Sem dúvida, é possível que ao longo de dois procedimentos instrutórios levados a cabo simultaneamente – um na seara judicial, outro no campo administrativo – conjuntos distintos de prova sejam produzidos. Em que pese o princípio da unicidade da jurisdição, não há qualquer garantia de que a instrução processual realizada na esfera penal será mais completa ou eficiente do que aquela conduzida no contexto disciplinar. Assim, ainda que haja, como já mencionado, uma presunção, sustentada, por exemplo, por autores como Armando José da Costa, para quem “o juízo penal, em matéria de instrução e prova, é bem mais exigente do que as instâncias aludidas”³⁷, tal presunção nem sempre corresponde à realidade, e não há qualquer argumento lógico que logre demonstrar que as provas constantes de ações penais são, sempre e necessariamente, produzidas de forma mais rigorosa do que aquelas obtidas nos procedimentos disciplinares.

³⁶ Ibidem.

³⁷ COSTA, op. cit., p. 233.

Em ambos os casos, os processos são presididos e conduzidos por seres humanos, cujas peculiaridades e idiossincrasias marcam, indiscutivelmente, o resultado de seus trabalhos.

Se assim é, há que se admitir a hipótese de que, em determinadas situações, as provas produzidas durante a instrução de determinado procedimento disciplinar elucidarão de forma mais eficaz a dinâmica de fatos eventualmente não tão bem esclarecidos na esfera penal. A assim ser, não há que se falar em “incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa”³⁸, como constou da mencionada decisão judicial. Incoerência, a bem da verdade, haveria em se constatar a existência de um conjunto probatório satisfatório na esfera administrativo-disciplinar, que, no entanto, não poderia levar à caracterização de infração disciplinar porque, em âmbito judicial, os fatos não foram devidamente provados.

A decisão do STJ desconsidera ainda a circunstância de que, uma vez que os tipos penais e os chamados “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” têm elementos e estruturas distintos, a produção probatória pode, igualmente, seguir trilhas não idênticas (conquanto similares) na busca de elementos caracterizadores dos diferentes “tipos” aos quais os fatos analisados podem ser subsumidos. É certo que, ainda que os *fatos* sob análise sejam os mesmos, os questionamentos podem se voltar a detalhes e aspectos de tais fatos que interessam a uma seara, mas não a outra.

Há que se lembrar, nesse sentido, a existência de significativa diferença entre os tipos penais, que são “fechados”, de modo que a subsunção do fato à norma exige a demonstração da presença dos elementos caracterizadores do tipo, enquanto que os “tipos administrativos” ou “disciplinares” têm estrutura mais “aberta” (citem-se, à guisa de exemplo, os incisos XII – “cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho” e XIV – “proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública”³⁹ do artigo 241 da Lei nº 10.261/68).

À luz dessa distinção, pode-se ter a impressão de que a perquirição penal buscaria um maior detalhamento do fato a ser provado.

38 BRASIL, 2021.

39 SÃO PAULO, op. cit., art. 241, inc. XII e XIV.

No entanto, pode ocorrer justamente o contrário: a tipologia “aberta” das infrações administrativas autoriza, e em certos casos até mesmo exige, que aspectos concernentes a determinado fato, a princípio irrelevantes na esfera penal, sejam investigados com maior interesse no âmbito administrativo-disciplinar.

Como consequência dessas relevantes circunstâncias, a independência entre as instâncias judicial e administrativa só pode ser mitigada, como já mencionado, se comprovada a inexistência do fato, ou sua prática por outrem. Absolutamente correto, por conseguinte, o entendimento tradicionalmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Pelas mesmas razões, afigura-se preocupante o alargamento da mitigação dessa separação, levado a efeito pela Sexta Turma do Tribunal em setembro de 2021, fundamentado, como visto, num raciocínio que, baseado apenas no argumento de uma suposta “incoerência”, deixa de levar em consideração aspectos fundamentais da questão.

Desse modo, na hipótese de absolvição no campo penal por *insuficiência* de provas⁴⁰, a independência entre as instâncias há de ser preservada, dispondo a Administração de ampla liberdade para chegar a conclusões distintas daquelas alcançadas pelo Poder Judiciário.

Situação mais complexa, no entanto, se apresenta quando Judiciário e Administração chegam a conclusões distintas com base no mesmo arcabouço probatório.

Via de regra, como mencionado, Administração e Judiciário produzem seus próprios conjuntos probatórios, nos autos de seus respectivos procedimentos. Não é incomum, no entanto, que a Administração se valha de elementos de prova constantes de autos judiciais, na qualidade de prova emprestada, para instruir seus próprios expedientes.

Nesse caso, ainda seria possível sustentar a independência das instâncias judicial e administrativa? Dito de outro modo, pode a Administração Pública, com base no mesmo grupo de provas, proferir decisão contrária àquela tomada em âmbito judicial-penal?

Como já dito, a caracterização de uma infração disciplinar pode levar em consideração outros elementos do fato que não aqueles

40 BRASIL, 1941, inciso VII do artigo 386.

configuradores do ilícito penal. Também já foi salientado que, em suas respectivas esferas de competência, as autoridades responsáveis pelas instruções processuais penal e disciplinar buscarão aferir a existência ou não dos elementos caracterizadores das ilicitudes previstas nas normas aplicáveis às suas respectivas ambiências.

Sob essa ótica, infere-se que a análise dos fatos, quando realizada em âmbito judicial-penal, dificilmente (ou apenas de forma incidental) abordará aspectos que não aqueles voltados à tipificação penal. Pode-se concluir, portanto, que quando a Administração se valer apenas das provas produzidas na esfera penal, na qualidade de prova emprestada (procedimento, aliás, absolutamente regular), o que pode acontecer, inclusive, em casos de impossibilidade de produção de provas por outros meios, a defesa da independência entre as instâncias será mais difícil. Nesse caso, caberá à Administração demonstrar de forma bem fundamentada que o fato comprovado, ainda que não se subsuma à norma penal por falta de um ou mais elementos do tipo, preenche todos os requisitos necessários à caracterização de uma infração disciplinar. Tal poderia ocorrer, por exemplo, no caso de uma conduta inicialmente tipificada como peculato (que seria, a um só tempo, crime e infração disciplinar), mas que, por falta de algum elemento subjetivo do tipo penal, não pudesse ser classificada como crime, mas ainda assim sujeitasse o agente à penalidade de natureza administrativa, ainda que menos grave do que a inicialmente prevista (se, por exemplo, configurada a falta de zelo – infração prevista no inciso III do artigo 241 da Lei nº 10.261/68 – , mesmo após a descaracterização da imputação inicial de natureza administrativa). Nesse sentido, inclusive, há orientação jurisprudencial consolidada, por parte do Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula nº 18 preconiza que “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”⁴¹.

Por fim, não se pode desconsiderar que, mesmo diante do reconhecimento da independência das instâncias penal e administrativa,

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 18. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964a, p. 38.

a prevalência, no direito brasileiro, do princípio da jurisdição uma torna possível a revisão, via Poder Judiciário, não só das decisões proferidas nos procedimentos disciplinares, como também de questões envolvendo a dilação probatória e mesmo a valoração de provas realizadas em sede administrativo-disciplinar. Tratar dos limites de atuação do Poder Judiciário nessa seara, no entanto, implicaria abordar questão tão interessante quanto complexa, que, por si só, mereceria um artigo próprio. Mesmo uma análise superficial da questão demandaria considerações que extrapolariam o escopo do presente trabalho, razão pela qual tal análise há de ser feita alhures.

3. CONCLUSÃO

As ideias formuladas e expostas no presente artigo levam a conclusões que podem ser assim sintetizadas:

- A Administração Pública, por imperativo constitucional e legal, encontra-se jungida ao princípio da estrita legalidade, consubstanciada da necessidade de observância da lei, por parte dos entes públicos, com rigor ainda maior do que por parte dos particulares;
- Como corolário da necessidade de observância da estrita legalidade, a Administração tem o poder de autotutela⁴², em razão do qual tem o dever de apurar eventuais desvios da legalidade estrita praticados por seus agentes;
- Os servidores públicos, no entanto, não perdem, em razão dos cargos que assumem perante a Administração Pública, seus direitos fundamentais, dentre os quais sobressaem, para os fins do presente artigo, os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, todos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, a caracterização da prática de uma infração disciplinar se condiciona à existência de um processo disciplinar em que o servidor acusado terá ciência da imputação formulada em seu desfavor e a oportunidade de dela se defender, produzindo, no seio do referido processo, as provas que entender pertinentes;

42 BRASIL, 1964b; BRASIL, 1969.

- Diante do princípio constitucional de presunção de não culpabilidade dos acusados em geral⁴³, a Administração deve comprovar a existência/materialidade da infração disciplinar, bem como sua autoria, fazendo-o no bojo do procedimento disciplinar para tanto instaurado;
- Antes da instauração do procedimento disciplinar em desfavor do servidor, caso seja necessário, será realizada uma apuração preliminar, que, a exemplo do inquérito policial, com que guarda similaridades estruturais, tem natureza meramente investigatória, razão pela qual não é necessária estrita observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que, no entanto, deverão ser rigorosamente observados após a instauração do procedimento disciplinar, dada sua natureza sancionatória;
- Embora a Lei nº 10.261/68 traga normas acerca dos ritos processuais dos procedimentos disciplinares, tais normas são insuficientes para regular todas as situações possíveis, razão pela qual o Direito Administrativo Disciplinar deve se valer *subsidiariamente* das normas processuais penais e civis, nessa ordem;
- O direito e a jurisprudência brasileiros reconhecem a independência entre as instâncias judicial-penal e administrativo-disciplinar, independência esta que não é absoluta e que, de acordo com entendimento de há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça, há de ser afastada em duas hipóteses: (i) quando demonstrado que o fato não ocorreu ou (ii) quando, demonstrada sua ocorrência, restar comprovada a autoria por outrem que não o acusado. Apesar disso, recente decisão da Sexta Turma do STJ alargou as margens dessa relativização, para sustentar que, mesmo quando o fato não restar comprovado em âmbito judicial por insuficiência de provas⁴⁴, “não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa”⁴⁵.

43 BRASIL, 1988, inc. LVII do art. 5º.

44 BRASIL, 1941, inc. VII do art. 386.

45 BRASIL, 2021.

Tal entendimento, no entanto, desconsidera diversas peculiaridades ínsitas ao procedimento disciplinar, bem como distinções estruturais existentes entre os tipos penais e as infrações disciplinares, resultando, por conseguinte, em conclusão fundada sob premissas frágeis;

- A questão se revela mais complexa quando a Administração Pública se vale exclusivamente de provas produzidas no bojo de procedimentos judiciais, na qualidade de prova emprestada, para decidir de forma diversa daquela decidida na esfera judicial. A independência entre as instâncias, em tal hipótese, não é inviável, embora a prevalência de decisões distintas exija, por parte da Administração, argumentação que demonstre a existência de elementos caracterizadores de infração disciplinar ainda que ausentes elementos tipificadores de crime;
- Apesar disso, quaisquer decisões administrativas na seara disciplinar ficam sujeitas a revisão por parte do Poder Judiciário, em razão do princípio da unicidade de jurisdição que caracteriza o direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Paulo Alves Netto. Princípio da ampla defesa no processo administrativo e a súmula vinculante nº 5. *In*: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 299-324.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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: 27 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre 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. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 57812/PR. Operação Delivery. Associação criminosa e contrabando de cigarros. Alegada nulidade por ausência de interrogatório no curso do inquérito policial. Recorrente: Fernando Cardoso Fagundes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 15 de outubro de 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 22 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em embargos de declaração em *habeas corpus* n. 601533/SP. Agravo em execução. Falta grave. Independência mitigada das instâncias. Writ indeferido liminarmente. Embargos de declaração rejeitados. Agravo regimental provido. Agravante: Cristiano Barbosa Moura. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 21 de setembro de 2021. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 1 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 259930/RJ. Sucedâneo do Recurso Ordinário. Inadmissibilidade. Homicídio qualificado. Inquérito policial. Reinquirição de testemunhas. Ausência de intimação da defesa. Nulidade. Inexistência. Natureza inquisitiva. Contraditório e ampla defesa. Observância. Desnecessidade. Impetrante: Dominique Sander Leal Guerra. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de maio de 2013. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 23 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 18. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964a. p. 38.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964b. p. 151.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, p. 5929, 10 dez. 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 maio 2008.

COSTA, José Armando. **Controle judicial do ato disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SÃO PAULO. Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: São Paulo, p. 2, 29 out. 1968.

DA OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONSIDERAÇÕES SOBRE FALSAS MEMÓRIAS

Kristina Yassuko Iha Kian Wandalsen¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Da prova testemunhal no processo administrativo disciplinar; 3 – Da oitiva de crianças e adolescentes durante a instrução do processo administrativo disciplinar; 4 – Das falsas memórias; 5 – Das falsas memórias em crianças; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: As falsas memórias, enquanto fenômeno de distorção e erro da memória, têm despertado interesse daqueles que se dedicam ao estudo da prova testemunhal. O objetivo deste artigo é destacar a relevância das oitivas de crianças e adolescentes durante as instruções dos processos administrativos disciplinares, especificamente naqueles que tiveram origem no ambiente das escolas da rede estadual de ensino. Em sequência, são tecidas considerações acerca do fenômeno das falsas memórias, que são recordações de algo que não aconteceu ou que aconteceu de modo diverso do lembrado, com enfoque específico nas falsas memórias de crianças, ressaltando, por fim, a importância da compreensão do tema para os envolvidos na apuração e no processo administrativo disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas Memórias. Prova Testemunhal. Processo Administrativo Disciplinar. Crianças. Adolescentes.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Presidente da 5ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Mestre em Filosofia do Direito e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1. INTRODUÇÃO

A Secretaria da Educação do estado de São Paulo possui a maior rede de ensino do Brasil, com 5,4 mil escolas autônomas e vinculadas, aproximadamente 3,5 milhões de alunos e 234 mil servidores nos quadros do Magistério (QM), no Quadro de Apoio Escolar (QAE) e no Quadro da Secretaria da Educação (QSE). São 190 mil professores e 5 mil diretores de escolas distribuídos em 91 Diretorias Regionais de Ensino, que se agrupam em 15 Polos Regionais².

Aproximadamente 41% dos processos administrativos disciplinares e sindicâncias que tramitam atualmente na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares são oriundos da Secretaria da Educação do estado de São Paulo (informação verbal)³, muitos deles versando acerca de supostas faltas funcionais que também implicam em supostas violações a direitos de crianças e adolescentes. Frequentemente tais processos disciplinares tratam de imputações de faltas funcionais que não deixam resquícios materiais, sendo a palavra da vítima ou das testemunhas de importância substancial para a resolução da demanda.

Nesse panorama, frequentemente crianças e adolescentes são ouvidos durante as audiências realizadas na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, seja como vítimas ou como testemunhas, o que suscitou a elaboração deste artigo, que tem por objetivo destacar a relevância das oitivas de crianças e adolescentes durante as instruções dos processos administrativos disciplinares, especificamente naqueles que tiveram origem no ambiente das escolas da rede estadual de ensino, tecendo, em sequência, considerações acerca das falsas memórias, que são recordações de algo que não aconteceu ou que aconteceu de modo diverso do lembrado, com enfoque específico nas falsas memórias de crianças, ressaltando a importância da compreensão do tema para os envolvidos na apuração e no processo administrativo disciplinar.

2 Disponível em: <https://www.educacao.sp.gov.br/institucional/a-secretaria/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

3 Informação fornecida pelo Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Dr. Eraldo Ameruso Ottoni no curso “Mesa de Debates: Alterações na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021”, em São Paulo, dezembro de 2021.

2. DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, dispõe de forma bastante lacônica acerca da prova testemunhal nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares em seus artigos 273, inc. I, 283, § 1º, 284, 285, 286 e 287, todos na redação que lhes conferiu a Lei Complementar nº 942, de 6 de junho de 2003.

A forma sucinta adotada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo no que se refere à prova testemunhal enseja a busca por subsídios no Direito Penal e no Direito Processual, ante a estrutura sancionatória do Direito Disciplinar, sendo oportuno lembrar, como o fez Zamlutti Júnior, que:

Essa dimensão de subsidiariedade não se encontra expressamente prevista na Lei nº 10.261/68, mas constitui uma consequência lógica da própria natureza punitiva do Direito Disciplinar, somada à escassez de dispositivos normativos sobre o tema e ao laconismo destes.⁴

Logo, inexistindo dispositivo na Lei nº 10.261/68 que contenha a especificação de quem poderá ser testemunha no processo administrativo disciplinar, aplica-se o princípio genérico adotado pelo Processo Penal, consubstanciado no artigo 202 do Código de Processo Penal, segundo o qual toda pessoa poderá ser testemunha, excetuando-se aquelas elencadas pelos artigos 206 e 207 do mesmo diploma legal, exceções também previstas no artigo 285, §§ 1º e 4º do Estatuto Funcional Paulista.

Na lição de Tourinho Filho, a imprevisibilidade quanto ao local e ao horário em que o ilícito pode ocorrer justifica a adoção do princípio genérico de que toda pessoa pode ser testemunha:

Assim, qualquer pessoa física, independentemente de idade, sexo ou nacionalidade, pode ser testemunha. Não importam as imperfeições físicas, às vezes, até, os estados contingentes de inconsciência. Não se levam em conta o estado social e a condição econômica da pessoa,

4 ZAMLUTTI JÚNIOR, René. Subsunção e tipicidade no processo disciplinar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 85, p. 25-44, 2017, p. 26.

bem como sua reputação ou fama. [...] Ninguém sabe onde e a que hora o crime vai eclodir. Tanto pode ser nas vias públicas, nos palácios, nos ministérios, como nas zonas licenciosas da cidade. Por isso nenhuma restrição quanto à capacidade para depor.⁵

É natural que quase todos os fatos da vida sejam percebidos por alguém, o que faz da prova testemunhal a prova por excelência. Nesse sentido, a lição de Magalhães Noronha⁶, ao discorrer sobre a prova testemunhal: “Como quer que seja, máxime no processo penal, é ela a prova por excelência. O crime é um fato, é um trecho da vida e, consequentemente, é, em regra, percebido por outrem”⁷.

Ocorre que essa percepção do “trecho da vida”, como adiante se verá, não armazena as imagens sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou frases, pois, como aponta Damásio, “sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma *interpretação*, uma nova versão reconstruída do original”⁸. Logo, pressupor que a memória funciona como uma reprodução fiel da realidade é um engano.

Ao tratar da prova testemunhal, Fernandes⁹ alerta que a premissa da qual se deve partir é a de que os sujeitos processuais, ao lidarem com declarações de testemunho, não estão em contato com o evento fático em si, mas sim, em verdade, com uma memória que o depoente tem sobre o evento, “pois a testemunha não possui a capacidade de teletransportar os atores jurídicos à cena do crime presenciada, que pode ter ocorrido inclusive há lapso temporal considerável do momento do resgate da memória vivida”¹⁰.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado** (arts. 1º a 393). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 678.

6 NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 113.

7 Ibidem.

8 DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 105, grifo do autor.

9 FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

10 Ibidem, p. 228.

A colheita da prova testemunhal e seu exame apurado, portanto, perpassam pelo conhecimento da memória e dos fenômenos a ela relacionados, sendo de muita relevância, nesse aspecto, a evolução dos estudos da Psicologia do Testemunho, que inclusive se consolidou como segmento autônomo e especializado da Psicologia Forense.

3. DA OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Especificamente nos processos administrativos disciplinares e sindicâncias que têm origem no ambiente das escolas da rede estadual de ensino, alguns ilícitos administrativos, por sua natureza ou condição, não deixam resquícios materiais, sendo a palavra da vítima ou das testemunhas – normalmente crianças ou adolescentes – essencial para o deslinde do feito. Oportuno aqui observar que atualmente encontra-se pacificado o entendimento de que as crianças ingressam na rede pública de ensino estadual com, no mínimo, seis anos de idade, tendo sido fixada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹ a tese de que “É constitucional a exigência de que o aluno possua 06 (seis) anos de idade para o ingresso no

11 “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. FIXAÇÃO DA IDADE MÍNIMA DE 06 (SEIS) ANOS PARA O INGRESSO NO ENSINO FUNDAMENTAL. 1. Ação declaratória de constitucionalidade que tem por objeto os artigos 24, II, 31, I e 32, caput, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que dispõem que o ensino fundamental obrigatório se inicia aos 06 (seis) anos de idade. 2. É constitucional a norma que fixa a idade de 6 (seis) anos como marco para o ingresso no ensino fundamental, tendo em vista que o legislador constituinte utilizou critério etário plenamente compatível com essa previsão no art. 208, IV, da Constituição, de acordo com o qual a educação infantil deve ser oferecida “às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. 3. O critério etário está sujeito a mais de uma interpretação possível com relação ao momento exato em que o aluno deva ter 6 (seis) anos completos. Cabe ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preenchê-lo, pois se trata de órgão dotado de capacidade institucional adequada para a regulamentação da matéria. 4. Procedência parcial do pedido com a fixação da seguinte tese: ‘É constitucional a exigência de que o aluno possua 06 (seis) anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 0005560-87.2007.1.00.0000 DF 0005560-87.2007.1.00.0000. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Edson Fachin, 1 de agosto de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105676202/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-17-df-0005560-8720071000000/inteiro-teor-1105676224>. Acesso em: 29 jun. 2022, p. 1-2).

ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário”¹².

Diante da ausência de disposição na Lei nº 10.261/68 acerca da oitiva de crianças e adolescentes como testemunhas no processo administrativo disciplinar, aplica-se o disposto no Código de Processo Penal, que não veda o depoimento de pessoas com menos de 14 anos de idade, dispensando-as, todavia, do compromisso a que alude o artigo 203 do mesmo diploma legal.

É inegável que o depoimento de crianças e adolescentes, em especial o depoimento de crianças, constitui questão bastante controversa, seja entre doutrinadores ou entre os operadores do Direito. Tourinho Filho bem manifestou essa controvérsia ao ponderar que:

E mais: há os depoimentos infantis, os dos sugestionáveis, que, como já se disse, são os curingas no pôquer da prova testemunhal. Malgrado as lições da Psicologia (quando ela quer mentir procede com arte..., a imaginação enche a vida da criança... a criança ama as ficções...), diz-se também: *ex ore parvulorum veritas* – da boca das crianças (sai) a verdade. O certo é que o depoimento de uma criança não pode ter total desvalia, dependendo o seu valor probatório, sempre e sempre, da coerência que ele tiver com o tema objeto da prova. Já se disse que cada idade tem os seus prazeres, seus costumes, seus hábitos. Não se pode exigir de uma criança a maturidade de um adulto. Pode inventar, pode criar, pode querer transformar-se no centro das atenções, pode fantasiar. Se mentir, não o faz por perversidade, por maldade. Aí, das duas uma: ou foi instruída por alguém ou, então, seu depoimento, se não coincidir com as demais provas colhidas, pode ser fruto da sua imaginação ou do seu total desinteresse por fatos que não integram seu pequeno-grande mundo.¹³

Stein e Nygaard, igualmente, lastreando-se nos estudos do pedagogo e psiquiatra francês Alfred Binet, manifestaram reservas em relação ao depoimento infantil:

12 Ibidem, p. 2.

13 TOURINHO FILHO, op. cit., p. 687.

Os estudos pioneiros sobre a sugestionabilidade da memória de crianças do francês Alfred Binet (1900) levaram-no a concluir que as crianças respondem com falta de acuidade porque elas esquecem a informação originalmente experimentada. Ainda, as crianças podem se sentir pressionadas a dizer alguma coisa para responder à pergunta feita pelo entrevistador. Ele também estudou os efeitos da conformidade das crianças ao grupo. Assim, num grupo de crianças, a tendência é que a resposta dada pelas primeiras a serem questionadas, geralmente, é repetida pelas últimas crianças.¹⁴

Muito embora não se possa ignorar a controvérsia acima referida, cumpre destacar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 12, itens 1 e 2, formalmente incorporada ao ordenamento positivo brasileiro por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, assegura à criança e ao adolescente o direito de serem ouvidos em juízo, em todo processo judicial ou administrativo que afete seus interesses:

Artigo 12.

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.¹⁵

Assegurado o direito da criança e do adolescente de serem ouvidos em todo processo judicial ou administrativo que afete seus interesses, incumbe ao Estado assegurar-lhes, no exercício dessa prerrogativa, respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

14 STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista Brasileiras de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 43, 2003, p. 159.

15 BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2-7, 22 nov. 1990, art. 12.

Assim, em processos administrativos disciplinares que tenham por imputações ilícitos administrativos que também venham a consubstanciar violações a direitos de crianças e adolescentes, estes devem ser ouvidos durante a instrução probatória, seja como vítimas ou como testemunhas, sempre com a observância dos princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente.

Cumprir destacar que, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, da acima mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, foi editada a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabeleceu um sistema articulado e transdisciplinar de garantias de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, nas formas de violência elencadas pelo seu artigo 4º¹⁶, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas.

16 Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I – violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II – violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

III – violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;

c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou

O dispositivo acima mencionado elenca quatro formas de violência para os efeitos da Lei nº 13.431/2017, evidenciando o propósito do legislador de, na visão da Digiácomo e Digiácomo¹⁷, por um lado, não dar margem para dúvida acerca do alcance da norma e, por outro, para sinalizar, no mesmo sentido que já apontava o artigo 70-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, para necessidade de implementação de políticas públicas e abordagens/intervenções específicas para cada uma das modalidades de violência elencadas, que reclamam um planejamento e um atendimento diferenciados.

Dentre as inovações trazidas pela Lei em comento, merecem destaque a escuta especializada e o depoimento especial, consistindo a primeira no procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para a cumprimento de sua finalidade (artigo 7º) e o segundo no procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (artigo 8º), devendo ambos ser realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência (artigo 10º), existindo previsão para que o depoimento especial

para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação; IV – violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

§ 1º. Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

§ 2º. Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência.

§ 3º. Na hipótese de revelação espontânea da violência, a criança e o adolescente serão chamados a confirmar os fatos na forma especificada no § 1º deste artigo, salvo em caso de intervenções de saúde.

§ 4º. O não cumprimento do disposto nesta Lei implicará a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL. Lei nº 13.431 de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 5 abr. 2017, p. 1.

17 DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. *Comentários à lei nº 13.431/2017*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018.

seja realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova sempre que a vítima ou a testemunha tiver menos de sete anos de idade ou quando se tratar de violência sexual (artigo 11, caput e § 1º, inc. I e II), sendo vedada a tomada de novo depoimento especial, que fica condicionada à justificação de sua imprescindibilidade pela autoridade competente e à expressa concordância da criança ou adolescente, vítima ou testemunha ou de seu representante legal (artigo 11, § 2º).

Também relevante a menção à inclusão da revitimização como modalidade de violência institucional (artigo 4º, inciso IV) que, na lição de Zapater,

[...] corresponde ao ato de submeter a vítima (ou a testemunha) de uma violência a procedimentos administrativos ou judiciais que poderiam ser dispensados, ocasionando-lhe sofrimento continuado ou repetido em decorrência de lembrança forçada dos atos violentos que sofreu ou testemunhou.¹⁸

A questão da violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização, foi bem abordada por Digiácomo e Digiácomo, que ressaltaram o objetivo da norma de evitar que crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, sejam tratadas como meros “instrumentos de produção de prova” e/ou tenham que ser ouvidas repetidas vezes por agentes que não possuem a devida qualificação técnica para tanto, muito tempo após a ocorrência do fato, gerando a revitimização. E assim prosseguiram em suas colocações:

Tamanha foi a preocupação em evitar que isto acontecesse, que a nova Lei relacionou, dentre as diversas formas de violência previstas em seu art. 4º, a chamada “violência institucional”, que acaba sendo praticada, ainda que inadvertidamente, toda vez que os órgãos e agentes que deveriam atuar no sentido da proteção das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas, deixam de observar as cautelas e respeitar os direitos relacionados nesta e em outras normas correlatas. A ideia básica é erradicar, de uma vez por todas, o amadorismo no atendimento dessa complexa e difícil demanda, agilizando e tornando mais eficiente a atuação dos órgãos de repressão e proteção, buscando a responsabilização dos

18 ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 301.

autores de violência na esfera criminal, sem causar danos colaterais às vítimas ou testemunhas.¹⁹

Enfim, durante a apuração preliminar e durante o curso do processo administrativo disciplinar há que se atentar para as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017, sempre com o objetivo de acolher a criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, respeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, demandando da Administração um planejamento para consecução dessas medidas.

4. DAS FALSAS MEMÓRIAS

Para ilustrar o fenômeno das falsas memórias, Neufeld, Brust e Stein²⁰ relataram episódio vivenciado pela renomada pesquisadora norte-americana Elizabeth Loftus²¹ que, durante a adolescência, perdeu sua mãe tragicamente afogada na piscina de casa. Passados trinta anos, um tio comenta em uma reunião de família que ela, Elizabeth, teria sido a primeira a encontrar a mãe boiando na piscina. A partir de então, ela passa a se lembrar vividamente da impactante cena que teria presenciado. Alguns dias depois, ela recebe um telefonema do irmão, desculpando-se pelo tio, esclarecendo que este havia se confundido e que na realidade quem encontrou a mãe na piscina fora sua tia. Posteriormente Loftus²² bem sintetizou a questão das falsas memórias ao ponderar que “a ideia mais assustadora é que aquilo em que nós acreditamos com todo nosso coração pode não ser necessariamente a verdade”.

19 DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, op. cit., p. 4.

20 NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 21.

21 Elizabeth Loftus é uma psicóloga cognitiva norte-americana especializada em memória humana que, a partir da década de 70, tornou-se uma das maiores autoridades na temática das falsas memórias. Foi pioneira na introdução de técnica para o estudo das falhas mnemônicas consistente na sugestão da falsa informação. De acordo com essa técnica, logo após a experiência vivida por determinado indivíduo, é a ele apresentada uma informação falsa compatível com esta experiência, produzindo o chamado efeito da falsa informação, ou seja, uma diminuição dos índices de reconhecimento verdadeiros e um aumento significativo dos falsos.

22 LOFTUS, 1996 apud NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 21.

Kagueiama, invocando a lição de Izquierdo²³, reflete acerca da falibilidade da memória humana, destacando a possibilidade de perdas e alterações desde o início da percepção do evento:

Uma experiência externa percebida visualmente pela pessoa, penetra pela retina, é transformada em sinais elétricos e, por meio de diversas conexões neuronais, chega ao córtex occipital, local onde ocorre uma série de processos bioquímicos. Quando instados a recuperar a memória armazenada, os neurônios reverterem os sinais bioquímicos ou estruturais em elétricos a fim de que os sentidos e a consciência possam interpretá-los como pertencentes ao mundo real. [...] Esses processos elétricos e bioquímicos de passagem da realidade externa para a memória interna e, após do interno para o mundo externo, são responsáveis por perdas e alterações do evento percebido. Os neurônios *traduzem* as informações, sujeitando-as a imperfeições e a transformações.²⁴

Trindade bem assinalou que “quando se reproduz a lembrança de um acontecimento, repete-se não só a sensação da realidade já percebida, mas também a própria reação perceptiva daquela realidade”²⁵, pontuando ainda que a memória de um indivíduo é impregnada de sua própria cosmovisão, “é um produto da subjetividade de um indivíduo que testemunhou (fixou, conservou e evocou uma lembrança)”²⁶.

Para Bergson²⁷, antes de ser atualizada pela consciência, toda lembrança “vive” em estado latente, potencial. Esse estado, porque está abaixo da consciência atual (“abaixo” metaforicamente), é qualificado de “inconsciente”. O mal da psicologia clássica, racionalista, segundo Bergson, é o de não reconhecer a existência de tudo o que está fora da consciência presente, imediata e ativa. No entanto, o papel da consciência, quando solicitada a deliberar, é sobretudo o de colher e escolher, dentro do processo psíquico, justamente o que não é a consci-

23 IZQUIERDO, 2011 apud KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 83-84.

24 KAGUEIAMA, op. cit., p. 83-84, grifo do autor.

25 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 254.

26 Ibidem, p. 287.

27 BERGSON, 1959, apud BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: lembrança de velhos*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 51-52.

ência atual, trazendo-o à sua luz. Logo, a própria ação da consciência supõe o “outro”, ou seja, a existência de fenômenos e estados infraconscientes que costumam ficar à sombra. É precisamente nesse reino de sombras que se deposita a memória.

Halbwachs²⁸ considera a memória humana essencialmente coletiva. Para ele, a memória se constitui a partir de testemunhos externos que a confirmam e sustentam. A lembrança, para Halbwachs, é reconhecimento e reconstrução. É reconhecimento, na medida em que porta o “sentimento do já visto”. É reconstrução, principalmente em dois sentidos: por um lado, porque não é uma repetição linear de acontecimentos e vivências do passado, mas sim um resgate desses acontecimentos e vivências no contexto de um quadro de preocupações e interesses atuais; por outro, porque é diferenciada, destacada da massa de acontecimentos e vivências evocáveis e localizada num tempo, num espaço e num conjunto de relações sociais. Tanto o reconhecimento quanto a reconstrução dependem da existência de um grupo de referência, tendo em vista que as lembranças retomam relações sociais, e não simplesmente ideias ou sentimentos isolados, e que são construídas a partir de um fundamento comum de dados e noções compartilhadas. Os grupos, no presente e no passado, permitem a localização da lembrança num quadro de referência espaço-temporal que, justamente, possibilita sua constituição como algo distinto do fluxo contínuo e evanescente das vivências. A memória é esse trabalho de reconhecimento e reconstrução que atualiza os “quadros sociais” em que as lembranças podem permanecer e, então, articular-se entre si.

Gonçalves Filho²⁹ afirma que a memória oferece o passado por meio de um modo de ver o passado: o exercício de congenialidade, em que há, pois, investimentos do sujeito recordador e da coisa recordada, de maneira que ao termo e ao cabo do trabalho de recordação já não podemos mais dissociá-los: então fará tanto sentido entender o sujeito a partir do que recordou quanto o que recordou a partir do modo

28 HALBWACHS, 1990 apud SCHMIDT, Maria Luisa Sandoval; MAHFOUD, Miguel. Halbwachs: memória coletiva e experiência. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 4, n. 1-2, p. 285-298, 1993.

29 GONÇALVES FILHO, José Moura. Olhar e memória. In: NOVAES, Adauto (org.). *O olhar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 99.

como o fez. A recordação traz a marca dos padrões e valores mais ou menos ideológicos do sujeito, a marca dos seus sentimentos, a colorir eticamente e afetivamente a lembrança, traz a marca de sua inteligência, a encontrar razões do passado – e a recordação traz, ao mesmo tempo, as determinações do passado na urdidura daqueles padrões, daqueles valores, daqueles sentimentos, daquela inteligência.

Kagueiama também se vale da lição de Loftus³⁰, por entender que ela bem sintetiza a problemática da fragilidade e subjetividade da memória nos seguintes termos:

[...] as memórias das pessoas não são a somatória de tudo que fizeram, mas são mais que isso: as memórias são a somatória do que as pessoas pensam, do que a elas é dito, do que elas acreditam. Nós somos moldados pelas nossas memórias, mas nossas memórias também são moldadas por quem somos e por aquilo que fomos levados a acreditar.³¹

Merecem também alusão as considerações de Saramago acerca da memória, pois ainda que tenham sido tecidas em texto literário de viés memorialístico, corroboram, de certa forma, a síntese de Loftus acima mencionada:

Fisicamente, habitamos um espaço, mas, sentimentalmente, somos habitados por uma memória. Memória que é a de um espaço e de um tempo, memória no interior da qual vivemos, como uma ilha entre dois mares: um que dizemos passado, outro que dizemos futuro. Podemos navegar no mar do passado próximo graças à memória pessoal que conservou a lembrança das suas rotas, mas para navegar no mar do passado remoto teremos de usar as memórias que o tempo acumulou, as memórias de um espaço continuamente transformado, tão fugidio como o próprio tempo.³²

Muitas outras considerações acerca da memória poderiam ser evocadas para demonstrar que a memória humana é falível e sujeita a influências externas, que podem vir a comprometer a veracidade da reprodução de informações nela armazenadas. E é justamente nesse ambiente

30 LOFTUS, 2003 apud KAGUEIAMA, op. cit., p. 86.

31 KAGUEIAMA, op. cit., p. 86

32 SARAMAGO, José. **O caderno: textos escritos para o blog** (setembro de 2008-março de 2009). São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 18-19.

permeado pela imprecisão que podemos situar as falsas memórias, bem definidas por Ávila como “recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunha”³³, que não se confundem com as mentiras.

Sacks esclarece que memórias vívidas produzem uma ativação cerebral disseminada envolvendo áreas sensoriais, emocionais (límbicas) e executivas (lobos frontais) praticamente idêntica em memórias baseadas efetivamente em experiências e em falsas memórias, demonstrando, assim, que nas falsas memórias o sujeito realmente acredita que os fatos ocorreram:

Mesmo se o mecanismo subjacente de uma falsa memória for exposto, [...] isso pode não alterar a sensação de experiência realmente vivida ou “realidade” que essas memórias geram. Tampouco, aliás, as óbvias contradições ou absurdos de certas memórias podem alterar o sentimento de convicção ou crença. Grande parte das pessoas que dizem ter sido abduzidas por extraterrestres não está mentindo quando fala sobre suas experiências, e também não está consciente de que inventou uma história – elas realmente acreditam que isso aconteceu. [...]

Assim que uma história ou memória desse tipo é construída, acompanhada por imagens sensoriais vívidas e emoção forte, pode não haver um recurso interno, psicológico, para distinguir o verdadeiro do falso, nem algum modo neurológico externo. Os correlatos fisiológicos desse tipo de memória podem ser examinados com técnicas de imagem funcional do cérebro, as quais mostrarão que memórias vívidas produzem uma ativação cerebral disseminada envolvendo áreas sensoriais, emocionais (límbicas) e executivas (lobos frontais) — um padrão que é praticamente idêntico quer a memória se baseie em experiência, quer não.

Ao que parece, a mente ou o cérebro não possui um mecanismo para assegurar a verdade, ou pelo menos o caráter verídico das nossas recordações.³⁴

Conceito mais amplo e detalhado de falsas memórias foi apresentado por Kagueiama, em sua obra recentemente publicada, em que foi analisa-

33 ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104.

34 SACKS, Oliver. **O rio da consciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 90-91.

da detalhadamente a prova testemunhal no processo penal, com destaque para a contraposição das falsas memórias em relação à mentira:

As falsas memórias consistem no fenômeno de se lembrar de eventos que, em realidade, nunca ocorreram, ou que ocorreram apenas parcialmente da forma como se recorda. Portanto, a diferença entre as falsas memórias e as memórias verdadeiras está na correspondência entre seus conteúdos e a realidade, mas, no que tange às suas bases cognitivas e neurofisiológicas, as duas formas de memórias aproximam-se.

Importante adiantar que as falsas memórias não se confundem com as mentiras, uma vez que o indivíduo acredita verdadeiramente ter vivido a experiência ou presenciado o evento, objeto das falsas memórias. No caso da mentira, de fundamento social, o indivíduo falseia conscientemente a verdade, sabendo que os fatos narrados são dissonantes daqueles armazenados em sua memória.

Por sua vez, as falsas memórias não resultam de condições anormais e patológicas de funcionamento da memória; são frutos de erros de compreensão e processamento de informações que acometem, potencialmente, toda e qualquer pessoa.

As falsas memórias podem ser formadas tanto por distorções endógenas, ou seja, por força de interferências ou interpretações do próprio indivíduo, como podem ser decorrentes de sugestões externas, é dizer, de informações incorretas provenientes de terceiros ou outras fontes externas ao sujeito. Por essa razão, considera-se haver dois tipos de falsas memórias, a depender de sua origem: as ditas espontâneas e as sugeridas.³⁵

As falsas memórias espontâneas são aquelas formadas sem que haja qualquer interferência ou sugestão externa, pois são resultados de distorções mnemônicas exclusivamente endógenas, ocorridas por consequência de interferências, interpretações ou confusões feita pelo próprio indivíduo. São também denominadas falsas memórias endógenas ou autossugeridas.

Por outro lado, as falsas memórias sugeridas são aquelas cujas fontes de falsificação são externas ao indivíduo. Exemplo bastante ilustrativo de falsa memória sugerida é o episódio vivenciado pela psicóloga Elizabeth

35 KAGUEIAMA, op. cit., p. 112-113.

Loftus narrado no início deste tópico. As falsas memórias sugeridas podem derivar de conversas com outras pessoas sobre uma dada ocorrência, quando se é sugestivamente arguido ou interrogado ou mesmo quando se lê ou se assiste a uma cobertura midiática sobre evento vivenciado.

No que concerne às falsas memórias sugeridas, Neufeld, Brust e Stein esclarecem que:

[...] elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão de falsa informação, pode ocorrer tanto de forma acidental quando de forma deliberada. Nas FM sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e um aumento das FM.³⁶

5. DAS FALSAS MEMÓRIAS EM CRIANÇAS

Pessoas de todas as idades são passíveis de formarem falsas memórias, sejam espontâneas, pela autossugestão, sejam sugeridas, pela incorporação de informações falsas externas. Kagueiama³⁷ discorre acerca do dissenso entre os estudiosos quanto à maior suscetibilidade de crianças mais novas à formação de falsas memórias do que crianças mais velhas ou adultos, concluindo que diante da inexistência de consenso entre os estudiosos acerca dessa questão e em face dos óbices para realização de pesquisas empíricas, consistentes nas dificuldades em se criar tarefas com grau de compreensão suficiente para crianças novas, sem que o sugestionamento seja muito óbvio para crianças mais velhas, “não há como se afirmar categoricamente que as crianças sempre se apresentam mais sugestionáveis que os adultos, nem que as suas memórias são, em

36 NEUFELD; BRUST; STEIN, op. cit., p. 21.

37 KAGUEIAMA, op. cit., p. 121-122.

todo e qualquer contexto, menos confiáveis”. A própria autora ressalva, contudo, que:

Essa conclusão, porém, não afasta a possibilidade de as memórias infantis estarem sujeitas a um impacto mais intenso de certos fatores involuntários de contaminação. A imaginação fértil da criança e a menor capacidade de monitoração da fonte, por exemplo, podem levá-la a ter dificuldades em distinguir entre eventos presenciados ou meramente imaginados.³⁸

No mesmo sentido da ressalva feita por Kagueiama, o posicionamento de Fernandes que, com base nos estudos de Loftus, pontua que “Geralmente, crianças são mais suscetíveis à sugestibilidade que jovens adultos, que, por sua vez, são menos passíveis de produção de falsas memórias que idosos”³⁹.

A despeito dessa aparente suscetibilidade a falsas memórias, as crianças, assim, como os adolescentes, conforme ressaltado no tópico 3 deste artigo, têm o direito de serem ouvidos, em todo processo judicial ou administrativo que afete seus interesses. Assim, ao entrevistador incumbe municiar-se de conhecimento acerca da memória de crianças e de suas questões comportamentais, para que seus depoimentos sejam tomados de forma satisfatória, viabilizando também uma melhor compreensão da prova testemunhal infantil.

6. CONCLUSÃO

Em processos administrativos disciplinares que tenham por imputações ilícitos administrativos que também venham a consubstanciar violações a direitos de crianças e adolescentes, estes devem ser ouvidos durante a instrução probatória, seja como vítimas ou como testemunhas, sempre com a observância dos princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente.

Especificamente nos processos administrativos disciplinares e sindicâncias que têm origem no ambiente das escolas da rede estadual de

38 Ibidem, p. 122.

39 LOFTUS, 2005 apud FERNANDES, op. cit., p. 231.

ensino, alguns ilícitos administrativos, por sua natureza ou condição, não deixam resquícios materiais, sendo a palavra da vítima ou das testemunhas – normalmente crianças ou adolescentes – essencial para o deslinde do feito.

Muito embora a prova testemunhal tenha importância ímpar no processo administrativo disciplinar, não se pode ignorar sua fragilidade, ante a falibilidade da memória humana e mais, ante a existência de fenômenos que comprovadamente distorcem as lembranças, como as falsas memórias.

Apesar da suscetibilidade das crianças à formação de falsas memórias – que pode ou não ser superior à suscetibilidade dos adultos –, o testemunho infantil deve ocorrer nos processos administrativos disciplinares, seja por constituir direito da criança na hipótese de a demanda afetar seus interesses, seja porque alguns ilícitos administrativos, por sua natureza ou condição, não deixam resquícios materiais, sendo a prova testemunhal infantil a única prova a ser produzida.

O conhecimento acerca da memória de crianças e de suas questões comportamentais é essencial para a boa colheita da prova testemunhal infantil e também para que lhes seja assegurado o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, demonstrando, assim, não apenas o destaque da Psicologia do Testemunho nesse panorama, mas também a relevância da interdisciplinaridade enquanto método de integração do Direito e da Psicologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BOSI, Ecléa. **Memória e sociedade: lembrança de velhos**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2-7, 22 nov. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.431 de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da

Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-3, 5 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 0005560-87.2007.1.00.0000 DF 0005560-87.2007.1.00.0000**. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Edson Fachin, 1 de agosto de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105676202/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-17-df-0005560-8720071000000/inteiro-teor-1105676224>. Acesso em: 29 jun. 2022.

DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

GONÇALVES FILHO, José Moura. Olhar e memória. *In*: NOVAES, Adauto (org.). **O olhar**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. xx-yy.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Almedina, 2021.

NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SACKS, Oliver. **O rio da consciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SARAMAGO, José. **O caderno: textos escritos para o blog (setembro de 2008-março de 2009)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SCHMIDT, Maria Luisa Sandoval; MAHFOUD, Miguel. Halbwachs: memória coletiva e experiência. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 4, n. 1-2, p. 285-298, 1993.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais.

Revista Brasileiras de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 159, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado** (arts. 1º a 393). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAMLUTTI JÚNIOR, René. Subsunção e tipicidade no processo disciplinar. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 85, p. 25-44, 2017.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

O ASSÉDIO SEXUAL COMO INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Margarete Gonçalves Pedroso¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A violência contra a mulher como fator determinante ao assédio sexual; 3 – O assédio sexual em sentido amplo; 4 – Consequências físicas e psicológicas do assédio na vítima e implicações para a administração pública; 5 – O assédio sexual como crime; 6 – Outros tipos penais que tutelam a dignidade sexual; 7 – Assédio sexual como infração disciplinar; 8 – A produção de prova no assédio e a não revitimização; 9 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho trata da análise do assédio sexual como violência de gênero, decorrente de um problema estrutural, histórico e cultural, que alimenta a desigualdade entre homens e mulheres, especificamente, quando praticado por agente público no exercício de suas funções, e discute suas consequências no âmbito disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Sexual. Violência contra a Mulher. Infração Disciplinar.

1. INTRODUÇÃO

Embora o assédio sexual praticado por agentes públicos, no ambiente de trabalho, possa ser praticado contra homens, daremos ênfase, neste trabalho, à violência contra a mulher, considerando-se os dados

¹ Procuradora do estado de São Paulo, Especialista em Direito do Estado, Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina, Coordenadora do Núcleo de Acompanhamento Legislativo da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo (OAB/SP) e Membro da Primeira Turma Julgadora do Conselho de Prerrogativas da OAB/SP.

estatísticos disponíveis, explicitados ao longo do artigo, que apontam números alarmantes e refletem a desigualdade de gênero existente.

Em se tratando de uma sociedade patriarcal que anseia a manutenção de poder, a violência é utilizada como um mecanismo de controle e, evidentemente, isso se reflete no âmbito laboral, o que impede que as mulheres tenham maior ascensão, levando cada vez mais à impossibilidade de crescimento econômico e profissional em comparação aos homens; reflete-se, também, na prestação do serviço público, dificultando mulheres e meninas a terem acesso aos órgãos estatais e interferindo no acesso ao trabalho, à escola, à saúde e às políticas públicas de modo geral.

A discriminação de gênero tem dimensão social preocupante, o que é reforçado pela discriminação racial. Nesse diapasão, o assédio sexual, além de um mecanismo violento de dominação, também se configura, em regra, como meio de manutenção dos privilégios masculinos.

Assédio pode ser definido etimologicamente como: “insistência imperpetinente, em relação a alguém, com declarações, propostas, pretensões etc.”²

Em termos legais, o assédio sexual consiste numa manifestação sexual, alheia à vontade da vítima, sem seu consentimento, que lhe cause algum constrangimento, humilhação ou medo. Há, portanto, uma finalidade de cunho sexual para os atos de perseguição ou perturbação.

Ao falarmos do conceito jurídico explicitado, estamos compreendendo o sentido amplo de assédio, que é mais aberto do que aquele descrito na lei penal. Conforme veremos mais adiante, para o direito penal, o assédio sexual é crime e apresenta um tipo bem específico que restringe o conceito legal acima descrito apenas para os atos praticados por superior hierárquico no ambiente de trabalho.

Assim, para fins deste artigo, usaremos o termo assédio sexual em sentido amplo todas as vezes em que descrevermos a perturbação de cunho sexual, sem consentimento e que causa constrangimento à vítima, o que para o direito penal pode ser crime de assédio, importunação

2 ASSÉDIO. In: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos Ltda., 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ass%C3%A9dio/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

sexual, perseguição ou até mesmo irrelevante, mas que, para fins do direito administrativo disciplinar, há repercussão sempre.

A questão do assédio sexual, em sentido amplo, é considerada hoje mundialmente como uma pandemia, um comportamento silenciado, escondido e não denunciado. Somente modificações legislativas (que em muitas vezes foram historicamente imprescindíveis) não bastam, é urgente e imprescindível que se dê visibilidade à questão por meio da educação, informação e mudança de paradigmas culturalmente arraigados.

Na América Latina, o assédio tem sido um grande problema: o Peru tornou-se um dos primeiros países na América Latina a aprovar, em 2015, uma lei que prevê penas de 3 a 12 anos de prisão para quem cometer assédio sexual em locais públicos. “No México, pesquisa constatou que nos assédios sexuais as formas mais frequentes de violência foram os comentários sexuais ofensivos (74%), toque sem consentimento (58%) e o medo de sofrer assédio sexual (14%)”³.

Assim, muito embora o gênero da vítima não seja determinante para a caracterização do assédio como crime ou infração disciplinar, ou seja, possa ser praticado por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa independentemente de gênero, pelos dados estatísticos, conforme já dito, a imensa maioria das vítimas são mulheres.

Desse modo, para falarmos de assédio sexual é necessário contextualizarmos a violência praticada contra as mulheres na sociedade e o quanto isso reflete dentro do serviço público.

2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMO FATOR DETERMINANTE AO ASSÉDIO SEXUAL

Os números estatísticos da violência praticada contra a mulher no Brasil demonstram que se trata de um problema social grave. A violência demonstra-se como um elemento que cerceia a liberdade das mulheres e das meninas, e representa uma forma de controle de poder.

3 PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. Entenda as discussões sobre o feminismo nos cenários nacional e internacional. *Poder 360*, Brasília, DF, 5 fev. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opinia0/entenda-as-discuss0es-sobre-o-feminismo-no-cenario-nacional-e-internacional/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

Diante disso, para entendermos a problemática do assédio sexual praticado por agentes públicos, se faz imprescindível compreender a dimensão da violência dentro da sociedade, as razões pelas quais são historicamente naturalizadas e quais as soluções que podemos adotar em termos sancionatórios e de políticas públicas.

Inicialmente é importante dizer que, embora a violência contra as mulheres atinja indistintamente todas as pessoas do gênero feminino, alguns recortes de classe, raça e aspectos geográficos fazem com que algumas mulheres estejam mais expostas à violência do que outras. Assim, a análise sobre a violência contra as mulheres que se pretende universal é excludente, porque as opressões atingem as mulheres de modos diferentes, sendo necessário discutir gênero com um recorte de classe, raça e etnia, bem como especificidades geográficas.

Nesse passo, dizer que a evolução legislativa, em termos de proteção aos direitos das mulheres, por exemplo, atingiu todas as mulheres é uma leviandade, é universalizar as mulheres e não as distinguir em suas particularidades de raça, etnia, classe ou localização geográfica.

Não há dúvidas de que vários avanços que estão previstos pela legislação internacional e brasileira foram importantes, no entanto, não chegaram a muitas mulheres, incluindo as latinas, negras e transsexuais. Avanços não são iguais em todos os lugares, nem em todas as raças, ou classes sociais, ou territórios.

Temos uma herança de 300 anos de escravidão, período em que as mulheres negras eram estupradas pelos senhores como exercício de seu direito, por isso, não é possível falarmos em direitos ou violência contra a mulher sem fazermos uma relação com a colonização e o racismo, por exemplo⁴.

Djamila Ribeiro, em entrevista para o El País, pontuou que:

Todas as mulheres estão vulneráveis, suscetíveis à violência sexual. Mas quando falamos da mulher negra, existe esse componente a mais que é o racismo. Existe também a questão de ultra sensualizar a mulher

4 CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque. **Pensamento feminista: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 324-333.

negra, colocá-la como objeto sexual, como lasciva [...]. São tão desumanizadas que até a violência contra elas de alguma forma se quer justificar. Se eu luto contra o machismo, mas ignoro o racismo, eu estou alimentando a mesma estrutura [...].⁵

Desse modo, os “excluídos” e que se tornam os “desiguais”, dentro desse contexto, são todos aqueles que fogem do padrão social relacionado à titularidade do poder, ou seja, todos cujos corpos não têm seus espaços sociais garantidos para o pleno exercício de seus direitos com liberdade. Conforme já exposto, ao excluir grupos de pessoas ao acesso de direitos, alimenta-se a desigualdade e mantém-se um sistema de privilégios. Assim, a mulher, dentro dessa cadeia de privilégios e submetida aos marcadores de violência nos espaços públicos e privados, sempre estará submetida a um processo de desigualdade, por conseguinte, a mulher negra sofrerá mais.

Por isso tudo, para entender a desigualdade de gêneros e seus reflexos na violência contra a mulher, se faz necessário entender que houve uma construção histórica da inferioridade das mulheres.

Na antiguidade clássica, as mulheres não tiveram acesso aos mecanismos que transformaram a humanidade. No Egito antigo (4.000 a. c.-476 d. c.), as mulheres não tinham acesso à escrita e ficaram à margem na produção do conhecimento, tinham a única função de constituir família e podiam ser vendidas ou trocadas como objetos. Na Grécia antiga, também não tinham acesso à educação, nem participavam do debate político, ficando restritas exclusivamente ao ambiente doméstico. O período medieval foi dominado pelo poder da Igreja Católica e as mulheres sofreram perseguições e foram exterminadas pela Inquisição.

Silvia Chakian ressalta a crença de que a existência de feitiçaria estava diretamente ligada à natureza feminina, de modo que as mulheres passaram a ser vistas como perigosas, perversas e inimigas. A partir daí, deflagrou-se a era de perseguição às mulheres, ou “caça às bruxas” que durou quatro séculos⁶.

5 RIBEIRO, Djamila. “É preciso discutir por que a mulher negra é a maior vítima de estupro no Brasil”. [Entrevista cedida a] Marina Novaes. *El País*, São Paulo, 23 jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/14/politica/1468512046_029192.html. Acesso em: 30 jun. 2022.

6 CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019.

Desde gênese, os livros cristãos remontam regras bem definidas para as mulheres, como: submissão, castidade, silêncio e ignorância, e tudo que contrariasse essas regras era visto como ameaça e justificava o justicamento por meio de violência ou morte.

No século XIX, a inferioridade feminina foi caracterizada como doença psíquica e todas as mulheres que subvertiam as regras sociais ou morais a elas impostas, na época, eram tratadas como loucas e submetidas a tratamentos cruéis de “cura”.

Apenas com Freud, no início do século XX, que as mulheres passaram a ser vistas como um sujeito psíquico e a sexualidade feminina passou a ser estudada e normatizada.

Para Maira Zapater é:

[...] a partir da construção do modelo de dois sexos que as hierarquias sociais se localizam no corpo e a capacidade de gerar vidas da mulher passa a justificar a predisposição à domesticidade, assim a ordem divina justificada pela predisposição genética justifica a assimetria entre homens e mulheres. No modelo dos dois sexos, a mulher é o oposto do perfeito, ou seja, do homem – racional – adequado ao novo pensamento iluminista e pós iluminista.⁷

Ao observarmos todo contexto histórico, constatamos que as mulheres eram objetificadas, úteis apenas para a reprodução humana e permitidas a atuarem exclusivamente no campo privado da família. Qualquer tipo de contestação ou insubordinação era vista ora como ameaça, ora como doença, e a sexualidade feminina como algo perigoso, proibido e ameaçador.

Após a segunda guerra mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, reconhecendo sua universalidade e estabelecendo um sistema universal de proteção desses direitos, constituindo um marco no direito internacional de proteção à dignidade humana. Entretanto,

7 ZAPATER, Maíra Cardoso. A constituição do sujeito de direito “mulher” no direito internacional dos direitos humanos. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 59-60.

não previu uma proteção específica para as mulheres, nem fixou diretrizes para minimizar a desigualdade entre os gêneros.

Os direitos das mulheres foram, pela primeira vez, expressamente reconhecidos como direitos humanos na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993. Antes, tivemos dois importantes instrumentos jurídicos: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (em dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em fevereiro de 1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará (em junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em novembro de 1995).

Até pouco tempo, os atos de violência contra as mulheres, em particular a violência doméstica, sequer eram considerados como violações aos direitos humanos, isso porque os direitos humanos eram vistos apenas como tendentes a prevenir e coibir a violência exercida pelo Estado contra os cidadãos.

A evolução histórica dos direitos das mulheres no Brasil chegou a passos lentos. O direito ao voto feminino só foi conquistado em 1932. Até 1962, as mulheres eram consideradas incapazes, o que significava, entre outras coisas, a necessidade de autorização do marido para trabalhar, alienar bens e ter a guarda dos filhos. Somente em 1977, a mulher brasileira pôde ter a opção de adotar ou não o nome do marido ao contrair casamento. A igualdade de direitos entre homens e mulheres somente foi legalmente reconhecida em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal. E só tivemos uma lei específica tratando de violência doméstica em 2006 (Lei Maria da Penha). O assédio sexual praticado por superior hierárquico somente foi criminalizado em 2001 (Lei nº 10.224/2001) e a Importunação Sexual foi tipificada em 2008.

Fato incontroverso é que o exercício pleno de direitos nunca foi concedido para todos. Homens, brancos, heterossexuais, cisgêneros, durante séculos foram os titulares do poder e, portanto, durante toda a história, decidiram quais corpos valem mais do que outros e quais espaços podem ocupar.

O sistema que sustenta a sociedade e garante o exercício do poder é formado para garantir a manutenção de privilégios; nesta estrutura patriarcal, branca e cisgênera, os espaços a serem ocupados não são igualitários e a violência sempre foi utilizada como um sistema de controle.

Para o Conselho Nacional de Justiça:

A violência sexual é, sem dúvida, algo que atenta à liberdade e à dignidade do ser humano. Entretanto, essa visão é limitada e obscurece o fato de que esse tipo de violência ocorre, antes de mais nada, porque vivemos em uma sociedade patriarcal. Prova disso é o fato de a grande maioria das vítimas desse tipo de violência serem meninas e mulheres e a grande maioria dos perpetradores, homens. A violência sexual – assim como todas as que compõem o espectro da violência de gênero – é um sintoma de uma sociedade estruturalmente desigual.⁸

Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁹, no Relatório Anual sobre Violência de 2021, 37,9% das brasileiras sofreram algum tipo de assédio sexual, o que significa 26,5 milhões de mulheres assediadas no país. Somente no ano de 2021, 22,3 milhões de mulheres ouviram comentários desrespeitosos andando na rua, 8,9 milhões de mulheres receberam cantadas ou comentários desrespeitosos no ambiente de trabalho, 5,5 milhões foram assediadas fisicamente no transporte público e 3,7 milhões foram beijadas ou agarradas sem consentimento. Vivemos em um país em que uma mulher é estuprada a cada oito minutos. Anualmente, em média, há 527 mil casos de estupros (tentados ou consumados) no Brasil.

Em pesquisa reproduzida pela Agência Patrícia Galvão¹⁰, 53% das brasileiras com idade entre 14 e 21 anos convivem diariamente com medo de ser assediadas, 56% confirmaram assédio sexual por parte de professores, estudantes e técnicos administrativos em instituições de ensino; 98% das mulheres brasileiras já sofreram assédio em público e sentiram-se violadas por isso; 81% mudam a rotina de suas vidas por medo do assédio; 16% das mulheres relatam terem sido assediadas antes dos 10 anos de idade; e 55% sofreram situações abusivas antes dos 18 anos.

8 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022, p. 31.

9 BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Relatório visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. Brasília, DF: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021b. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

10 INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Assédio sexual. **Dossiê Violência Sexual**. São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-sexual/tipos-de-violencia/assedio-sexual/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

A principal causa de morte violenta de mulheres no Brasil é a violência doméstica. O número de mortes violentas de mulheres negras aumentou, em 10 anos, em 54%. Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), uma em cada cinco estudantes, com idades entre 13 e 17 anos, já sofreu violência sexual¹¹.

No Brasil, a violência contra as mulheres ainda não comove, é tratada (quando reconhecida) como um problema pontual e o agressor, muitas vezes, é visto simplesmente como um doente. Não se reconhece a violência como fruto de um problema estrutural, por isso que o máximo que se chega é na exigência de punição do agressor e não na discussão acerca das relações patriarcais que geram essa violência.

3. O ASSÉDIO SEXUAL EM SENTIDO AMPLO

Como já mencionado, vamos abordar a questão do assédio sexual de modo amplo e não somente nos termos restritos da legislação penal.

Silvia Chakian explica que:

O assédio sexual acontece sempre que houver uma manifestação sexual ou sensual não consentida pela pessoa a quem essa manifestação se destina. Pode abranger cantadas grosseiras, ofensivas, ou situações em que há intuito de intimidação e conotação sexual, podendo ou não haver contato físico. Portanto, o assédio nunca se confunde com a paquera, por exemplo, em que há uma relação mútua e uma intenção recíproca de aproximação.¹²

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Convenção sobre a eliminação da violência e do Assédio no mundo do Trabalho (Convenção nº 190)¹³, define Assédio Sexual no artigo 1º da seguinte forma:

11 CRELIER, Cristiane. Uma em cada cinco estudantes já sofreu violência sexual. **Agência IBGE Notícias**, Brasília, DF, 10 set. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31579-uma-em-cada-cinco-estudantes-ja-sofreu-violencia-sexual>. Acesso em: 30 jun. 2022.

12 CHAKIAN, op. cit., p. 235.

13 A Convenção nº 190 foi adotada na Conferência Internacional da OIT em 21 de junho de 2019 e entrou em vigor em 25 de junho de 2021, já foi ratificada por dez países. O Brasil até a conclusão deste artigo não a havia ratificado.

a) o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou se suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero;

b) o termo “violência e assédio no gênero” significa violência e assédio dirigido às pessoas em virtude do seu sexo ou gênero, e inclui o assédio sexual.¹⁴

A dúvida que sempre vem à tona é sobre qual a diferenciação entre assédio e paquera, ou seja, qual a diferença entre uma relação normal, consentida entre duas pessoas que se desejam e o que é violência. Para melhor esclarecer, é importante termos em mente que a paquera é sempre recíproca e consensual. O assédio é unilateral, invasivo. Portanto, as diferenças principais são: o consentimento e o constrangimento. Vale ressaltar que o assédio não diz respeito à sedução, não é sobre desejo. Assédio é sobre violência, sobre uso de poder, sobre medo.

O assédio sexual pode acontecer por atos explícitos ou velados, pode ser insinuação, escritos, gestos, não é preciso haver contato físico. A doutrina estabelece as seguintes espécies de assédio: chantagem ou coação, e pode ser vertical ou horizontal¹⁵.

Assédio por chantagem, também conhecido como “*quid pro quo*” (isto por aquilo), se sustenta na oferta de vantagens em troca de favores sexuais ou de ameaças com prejuízos. Acontece por meio de chantagens, insistências e importunação.

Assédio por coação, também chamado de assédio sexual ambiental, ocorre quando o assediador busca criar condições de trabalho ruins, abusivas ou ofensivas.

Assédio vertical é aquele praticado por superior hierárquico, valendo-se da sua posição para constranger, intimidar, pressionar com o objetivo de obter algum favorecimento sexual. É exatamente a descrição típica do crime de assédio sexual (artigo 216A, do Código Penal) que veremos a seguir.

14 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. C190: violence and harassment convention, 2019 (no. 190). **International Labour Organization**, Geneva, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 30 jun. 2022, tradução nossa.

15 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório V: acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho**. Genebra: OIT, 2018.

Assédio horizontal acontece quando não há diferenças de posição hierárquica entre assediador e assediado, como por exemplo, o assédio praticado por um colega de trabalho que exerce a mesma função da vítima. Do ponto de vista do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, o assédio sexual horizontal pode ser reconhecido e gerar responsabilidade para o assediador e para o empregador/Administração Pública, ainda que por omissão, por não ter garantido um ambiente de trabalho saudável.

Todas as formas de Assédio Sexual são ilícitas e merecem sanção que pode ser administrativa, cível ou criminal (por chantagem e horizontal).

Algumas condutas que podem indicar assédio sexual: chantagem ou intimidação; propostas indesejadas de caráter sexual (“convites”); olhares insinuantes, invasivos e persistentes; contatos físicos (toques, abraços, beijos); questionamentos ofensivos sobre a vida privada, preferências e práticas sexuais; compartilhamento de imagens ou vídeos íntimos do autor ou da vítima; pedido de favores sexuais em troca de alguma vantagem relacionada ou não com o cargo ou emprego; ameaças de perda da condição de trabalho ou serviço público ou de prejuízo; piadas ou comentários de natureza sexual (sobre roupas, identidade de gênero, orientação sexual, aspectos físicos); mensagens com conotação sexual através de e-mail, SMS, WhatsApp, redes sociais, de modo público ou privado.

Embora seja condição para a ocorrência do assédio sexual a ausência de consentimento da pessoa assediada, para fins do direito administrativo, importante apontar que algumas relações por si só podem viciar, prejudicar o consentimento ou torná-lo impossível, mesmo ao tratar-se de vítima maior de 14 anos e capaz (com consentimento válido). É o caso da relação professor/aluno. Tais situações devem ser bem avaliadas de acordo com as provas colhidas.

O artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais”¹⁶,

16 BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 13563-13577, 16 jul. 1990, Art. 15.

esse direito consiste “ao respeito na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”¹⁷. Acrescenta, ainda, no artigo 18, que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”¹⁸. E que a criança e o adolescente têm o direito de “ser educados sem o uso de tratamento cruel ou degradante pela pessoa encarregada de educá-los”¹⁹.

Lembramos que ao professor é incumbida a tarefa de educar e orientar, de modo que os alunos estão naturalmente em uma posição subordinada e, por isso, mais vulneráveis.

4. CONSEQUÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS DO ASSÉDIO NA VÍTIMA E IMPLICAÇÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O assédio gera na vítima um grande sofrimento, em alguns casos provoca danos físicos e psicológicos incalculáveis, como alterações no sono, palpitações, sentimento de vergonha, isolamento, irritabilidade, redução da autoestima, hipertensão arterial, depressão, síndrome do pânico, e reflexos na vida familiar, social e afetiva, por isso o assédio é tratado como uma violência grave. Os reflexos na saúde da vítima de assédio podem ocasionar incapacidade laborativa temporária ou permanente ou até mesmo a morte (índices de suicídio).

Desse modo, para a Administração Pública há um prejuízo direto, pois o ambiente em que existe assédio fica circundado de hostilidade, desconfiança e desconforto, refletindo diretamente na produtividade, não somente da vítima, mas de todos do setor, do que decorre aumento de rotatividade de pessoal; elevação da possibilidade de erros e acidentes; absenteísmo; aposentadoria prematura; licenças-médicas; aumento de doenças profissionais e acidentes de trabalho; demissões; pagamento de indenizações; e evasão escolar (no caso de assédio praticado em

17 Ibidem, Art. 17.

18 Ibidem, Art. 18.

19 Ibidem, Art. 18A.

escolas ou universidades). Todas essas consequências evidentemente oneram a sociedade, tanto do ponto de vista orçamentário quanto pela deficiência na prestação do serviço público.

Além disso, há a consequência para a Administração Pública que pode afetar ou comprometer a confiança da sociedade em relação à sua imagem e reputação.

5. O ASSÉDIO SEXUAL COMO CRIME

O crime de assédio sexual foi introduzido no Código Penal (artigo 216-A) pela Lei nº 10.224/2001 e caracteriza-se por constrangimentos e ameaças, com a finalidade de obter favores sexuais, praticados por alguém de posição superior à vítima.

Assim, o artigo 216A do Código Penal dispõe:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena de 1(um) a 2 (dois) anos de reclusão.²⁰

Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

Assediar sexualmente, sob o aspecto criminal, significa constranger alguém, com o fim especial de obter concessões sexuais, abusando de sua condição de superioridade ou ascendência decorrentes de emprego, cargo ou função. Destacam-se, fundamentalmente, quatro aspectos: a) ação de constranger (constranger é sempre ilegal ou indevido); b) especial fim (favores ou concessões libidinosas); c) existência de uma relação de superioridade ou ascendência; d) abuso dessa relação e posição privilegiada em relação à vítima.²¹

20 BRASIL. Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 16 maio 2001a, art. 216A.

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial (arts. 213 1 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.4, p. 132.

São requisitos do tipo penal: o dolo, a finalidade específica de obtenção de vantagem sexual, a ausência de consentimento da vítima e relação hierárquica entre autor e vítima.

Portanto, para a configuração de crime de assédio sexual é necessário que haja relação de trabalho e subordinação entre o assediador e a pessoa assediada, ou seja, as relações entre a vítima e o agressor devem decorrer do trabalho.

No Brasil, as mulheres ingressaram de maneira mais maciça no mercado de trabalho apenas na década de 1970, sendo que a participação efetiva de mulheres em entidades sindicais apenas passou a existir nos anos 1980²². Esse contexto histórico particular apenas agravou a situação de desigualdade que traz como consequência direta a desproporcionalidade salarial e a menor ocupação de cargos de chefia.

Como já vimos anteriormente, o assédio é definido como um constrangimento com conotação sexual e no ambiente de trabalho, como regra, o agente usa de sua posição hierarquicamente superior para atingir os seus fins.

Para Angela Davis:

A existência generalizada do assédio sexual no trabalho nunca foi um grande segredo. De fato, é precisamente no trabalho que as mulheres – em especial quando não estão organizadas em sindicatos – são mais vulneráveis. Por já terem estabelecido a dominação econômica sobre suas subordinadas do sexo feminino, empregadores, gerentes e supervisores podem tentar reafirmar sua autoridade em termos sexuais. O fato de que as mulheres da classe trabalhadora são mais intensamente exploradas do que os homens, contribui para sua vulnerabilidade ao abuso sexual, enquanto a coerção sexual reforça, ao mesmo tempo, sua vulnerabilidade à exploração econômica.²³

Entretanto, embora para a caracterização do crime de assédio sexual seja imprescindível a existência de hierarquia entre autor e vítima, isso não

22 GIULANI, Paola Cappellin. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997. p. 640-669.

23 DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 201/202.

significa que não exista assédio sexual, fora da definição dada pelo Direito Penal. O assédio, para fins trabalhistas ou administrativos disciplinares, não está apenas circunscrito às posições de chefia ou comando, é constituído por constrangimentos, incômodos, ameaças que constroem a vítima dentro ou fora (mas decorrente do labor) do seu ambiente de trabalho.

Para além das posições hierárquicas de chefe e subordinado, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de ser possível a configuração do crime de assédio sexual, também na relação entre professor e aluno, por estarem presentes as duas condições exigidas na norma penal: hierarquia e ato praticado ser inerente ao exercício de emprego, no caso o magistério.

Nesse diapasão, destaco a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Assédio sexual. Art. 216-A, § 2º, do CP. Súmula n. 7 do STJ. Não aplicação. Palavra da vítima. Harmonia com demais provas. Relação professor-aluno. Incidência. Recurso especial conhecido e não provido.

1. Não se aplica o enunciado sumular n. 7 do STJ nas hipóteses em que os fatos são devidamente delineados no voto condutor do acórdão recorrido e sobre eles não há controvérsia. Na espécie, o debate se resume à aplicação jurídica do art. 216-A, § 2º, do CP aos casos de assédio sexual por parte de professor contra aluna. 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se preva-lece de sua autoridade moral e intelectual – dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal – para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica

inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. 4. É patente a aludida “ascendência”, em virtude da “função” desempenhada pelo recorrente – também elemento normativo do tipo –, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação. Logo, a “ascendência” constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes. Interpretação teleológica que se dá ao texto legal. 5. Recurso especial conhecido e não provido.²⁴

Como acima explicitado, independentemente de ser fato típico nos termos da legislação penal, no âmbito administrativo disciplinar o que importa para a caracterização da infração é comprovação de conduta reprovável, inaceitável e improba, consistente em ter o agente público, no exercício do cargo, em ambiente escolar, feito uma manifestação sexual não consentida contra discente.

Anota-se que, em qualquer hipótese, se houver a prática de violência ou de grave ameaça com a consequente conjunção carnal, ou outro ato libidinoso, haverá a configuração do crime de estupro²⁵.

6. OUTROS TIPOS PENAIS QUE TUTELAM A DIGNIDADE SEXUAL

Como dissemos no início, ao tratarmos de assédio sexual em sentido amplo praticado na Administração Pública, não estamos abordando unicamente o tipo penal descrito no artigo 261A, vez que outros crimes também podem ser praticados ao haver constrangimento de alguém com o fim de obter favorecimento sexual.

Dessa forma, outras condutas tipificadas pela lei penal, por também atingirem o bem jurídico da dignidade sexual, merecem ser tratadas neste artigo.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso especial 1759135/SP**. Art. 216-A, § 2º do Código Penal. Recorrente: E A dos S. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859837568/recurso-especial-resp-1759135-sp-2018-0168894-7/inteiro-teor-859837578>. Acesso em: 1 jul. 2022, p. 1.

25 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2391-2413, 31 dez. 1940, art. 213.

Para Bitencourt:

A liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, independente, distinto da liberdade geral, com idoneidade para receber, autonomamente, a proteção penal. No entanto, reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras (não jurídicas) que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente.

Pois é exatamente esse contexto valorativo de regras (normas não jurídicas) que disciplina o comportamento sexual nas relações interpessoais e estabelece os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente. É esse contexto normativo cultural que estabelece os limites toleráveis de nosso comportamento social sexual e nos recomenda respeitar a liberdade do outro, que tem o direito de preservar a sua privacidade, liberdade e dignidade sexuais, as quais, sendo desrespeitadas, transformam seus violadores em verdadeiros infratores penais, devendo responder criminalmente pela violação desses bens jurídicos sagrados e consagrados na própria Constituição Federal. Por isso, sua violação constitui crime não apenas contra a liberdade sexual – livre direito de escolha –, como também contra a própria dignidade sexual, que é maior e mais abrangente, aliás, tanto que abrange a própria dignidade humana.²⁶

Assim, é o caso do crime de “*stalking*” ou perseguição, disposto no artigo 147A do Código Penal (introduzido pela Lei nº 10.132/21), que pune a conduta de quem perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção, ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

26 BITENCOURT, op. cit., p. 53.

Se além da importunação, houver também a prática de ato libidinoso com o objetivo de satisfação da libido, como beijo, passada de mão, masturbação, poderá estar configurado o crime descrito no artigo 215A, a Importunação Sexual.

7. ASSÉDIO SEXUAL COMO INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Ainda são escassos os estudos acerca do assédio sexual na Administração Pública, entretanto, é indiscutível a existência persistente de condutas que caracterizam o assédio sexual perpetrado por agentes públicos, primeiro porque a Administração Pública está inserida dentro do contexto social e histórico exaustivamente descrito neste artigo, e segundo, porque é nas instituições de Estado que as relações de poder e hierarquia estão arraigadas.

Embora o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261/1968) e a Consolidação das Leis do Trabalho não abordem explicitamente, nem definam o assédio sexual, a conduta do servidor público assediador pode e deve ser punida, pois afronta a moralidade da Administração Pública e viola vários deveres estabelecidos em lei.

A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.973/1996, dispõe nos artigos 1 e 2, “c”, o que se entende por violência contra a mulher: “[...] violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”²⁷. O artigo 3 dispõe que “toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”²⁸.

Prevê ainda expressamente no artigo 7 que:

Os Estados partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

27 BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 14471-14472, 2 ago. 1996, art. 2.

28 Ibidem, art. 3.

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; [...] ²⁹

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e o seu artigo 37 dispõe, expressamente, que a administração pública direta e indireta deverá obedecer ao princípio da moralidade.

O Decreto Estadual nº 63.251/2018, no seu artigo 1º, determina que o assédio sexual praticado pelo agente público do estado de São Paulo deve ser punido com pena de demissão ou demissão por justa causa, nos termos da Lei nº 10.261/1968 e da Consolidação das Leis do Trabalho, nos seguintes termos:

Artigo 1º. O assédio sexual praticado pelo agente público que, valendo-se de sua condição funcional, constrange alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual para si ou para outrem, poderá caracterizar procedimento irregular de natureza grave, passível de punição com a pena de demissão, nos termos do artigo 256, inciso II, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, ou justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, nos termos do artigo 482, alínea “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho. ³⁰

Como exposto anteriormente, para a configuração do assédio sexual, no âmbito civil, trabalhista ou administrativo, não é necessária a existência de relação hierárquica, podendo ser praticado por qualquer pessoa e contra quem quer que seja, servidor, superior, subordinado, prestador terceirizado, usuário do serviço público. Somente no âmbito penal a ascendência entre autor e vítima, na relação de laboral, é imprescindível.

O assédio sexual não tem uma descrição específica na legislação trabalhista ou administrativa sancionadora, mas conforme vimos, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo

²⁹ Ibidem, art. 7.

³⁰ SÃO PAULO. Decreto nº 63.251 de 8 de março de 2018. Disciplina a instauração e o processamento de apuração preliminar na hipótese de assédio sexual praticado por agente público no âmbito da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 1, 9 mar. 2018, art. 1º.

(Lei nº 10.261/1968) descreve no artigo 241, inc. VI, inc. XII, inc. XIII e inc. XIV e art. 256, inc. II, condutas que perfeitamente se encaixam como prática de assédio no serviço público.

O artigo 241 determina quais são os deveres dos servidores estatuais estatutários, que entre outros, constam: tratar com urbanidade os colegas de trabalho e as partes (inciso VI), cooperar e manter um ambiente solidário no trabalho (artigo XII), estar em dia com leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço (inciso XIII) e proceder na vida pública e privada de modo que dignifique a função pública (inciso XIV), bem como preservação da moralidade administrativa. Também constitui como procedimento irregular de natureza grave (artigo 256, inc. I), estando sujeito à pena de demissão.

No caso de empregado público, submetido às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, o assédio sexual constitui-se causa para a justa causa nos termos do artigo 482, inciso *b*, pois configura incontinência de conduta.

No que tange à tipificação do ato como causa para a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, destacamos os seguintes julgados:

Assédio sexual. Tipificação como incontinência de conduta. Requisitos. O assédio grosseiro, rude e desrespeitoso, concretizado em palavras ou gestos agressivos, já fere a civilidade mínima que o homem deve à mulher, principalmente em ambientes sociais de dinâmica rotineira e obrigatória. É que nesses ambientes (trabalho, clube, etc.), o constrangimento moral provocado é maior, por não poder a vítima desvencilhar-se definitivamente do agressor.³¹

Constitui justa causa o assédio entre colegas de trabalho, quando a um deles causa constrangimento, é repellido, descambiando o outro para a vulgaridade e ameaças, em típica má conduta.³²

31 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO apud LIPPMANN, Ernesto. Advogado discute valor de indenização por assédio sexual após nova lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 maio 2001. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mai-20/fica_punicao_assedio_sexual_lei_10224?pagina=3. Acesso em: 1 jul. 2022.

32 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 5ª REGIÃO apud LIPPMANN, Ernesto. Advogado discute valor de indenização por assédio sexual após nova lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 maio 2001. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mai-20/fica_punicao_assedio_sexual_lei_10224?pagina=3. Acesso em: 1 jul. 2022, grifo do autor.

Para a doutrina trabalhista, o assédio sexual define-se como:

A conduta de importunação maliciosa e reiterada, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, de uma pessoa física em relação a outra. Trata-se de uma ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ostentar também dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988 fez esta situação de dano moral transbordar do acanhado conceito de incontinência de conduta (infração do trabalhador: art. 482, “b”, *ab initio*, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, “e”, da CLT (infração empresarial: “ato lesivo à honra e boa fama”). Embora, é claro, o fato ou a conduta que denotem assédio sexual possam ser enquadrados nesses dispositivos, para os fins jurídicos previstos pela CLT, sua caracterização é, efetivamente, ainda mais ampla.³³

Ressalte-se que, nos termos da legislação trabalhista, o empregador deve adotar posturas para evitar constrangimentos e violência no ambiente de trabalho, pois é sua obrigação “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”³⁴.

No âmbito da Administração Pública, portanto, o assédio sexual pode ser considerado tanto crime, quanto infração disciplinar, sendo que a apuração dos fatos é dever e não faculdade³⁵. A autoridade administrativa que tem ciência de uma situação de assédio deve adotar as medidas legais para sua apuração, mesmo sem autorização da vítima. O assédio é um mal para a toda a Administração e atenta contra a moralidade e o interesse público.

Dadas as peculiaridades da infração disciplinar, a autoridade administrativa que tem ciência de uma situação de assédio deve providenciar as seguintes medidas legais para sua apuração: instauração de apuração preliminar, sigilo e prioridade de tramitação, acolhimento da vítima, cuidado com a escuta tanto da vítima como das testemunhas e, se necessário,

33 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1394.

34 BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho – CLT e normas correlatas*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017, p. 35, art. 157, inc. I.

35 SÃO PAULO. Lei nº 10.261 de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 2-8, 29 out. 1968, art. 264.

deve determinar o afastamento preventivo do servidor (prazo máximo de 180 dias prorrogáveis)³⁶. Se a conduta também for crime, a autoridade deve providenciar para que se instaure, simultaneamente, o inquérito policial, nos termos do artigo 302 da Lei nº 10.261/1968.

É importante anotar que, para a tipificação criminal, é necessário o enquadramento estrito dos termos elencados na norma penal, a chamada tipificação, que nem sempre é a mesma para a configuração do ilícito administrativo e que nos termos do artigo 250, parágrafo 1º, da Lei nº 10.261/68, a responsabilidade administrativa é independente da civil e criminal.

No campo disciplinar, o agente público que praticar assédio sexual em razão de seu cargo, emprego ou função, mesmo que fora do seu local de trabalho, poderá estar sujeito, conforme a natureza do seu cargo, às penas de demissão³⁷, cassação de aposentadoria³⁸, dispensa³⁹ ou demissão por justa causa – no caso de empregado público⁴⁰.

Frise-se novamente que, se além do assédio, houver a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, estaremos diante do crime de estupro⁴¹, que, em razão de ser crime hediondo, para o direito administrativo disciplinar, implicará na demissão a bem do serviço público⁴² ou dispensa agravada⁴³.

8. A PRODUÇÃO DE PROVA NO ASSÉDIO E A NÃO REVITIMIZAÇÃO

No que tange à instrução do processo disciplinar, nos casos de assédio, há uma grande dificuldade na produção das provas, pois os atos

36 Ibidem, art. 266, inc. I.

37 Ibidem, art. 256, inc.II.

38 Ibidem, art. 259, inc. I.

39 SÃO PAULO. Lei nº 550 de 13 de novembro de 1974. Institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, p. 3-4, 14 nov. 1974, artigo 35, inc. IV.

40 BRASIL, 2017, p. 80, art. 482, “b”.

41 Idem, 1940, art. 213.

42 SÃO PAULO, 1968, art. 257, inc. XI.

43 Idem, 1974, art. 35, § 1º.

normalmente são praticados de maneira privada, ardilosa, escondida, sem a presença de testemunhas.

Pode-se provar o assédio sexual por todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente por meio de bilhetes, cartas, mensagens eletrônicas, áudios, vídeos, ligações telefônicas, mensagens ou postagens em redes sociais, testemunhas.

Ressaltamos que, nos processos disciplinares em que se apura a ocorrência de assédio sexual, assim como ocorre nos processos criminais envolvendo crimes sexuais, a palavra da vítima é de extrema importância e deve ser ouvida e valorada, isso porque em situações de assédio ou outras infrações contra a dignidade sexual, dificilmente o agente pratica os atos na presença de testemunhas ou de modo a ser publicamente notado.

Nesse sentido têm se firmado a Jurisprudência:

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. Nessa linha, sendo a mãe, representante da ofendida, não há qualquer ilegalidade em seu depoimento, mesmo sendo ela a assistente da acusação. Prosseguindo, conforme consignado pela Corte de origem, no processo penal, não há vedação legal para a oitiva da vítima ou sua representante legal, quando figuram como Assistentes de Acusação, podendo suas declarações serem valoradas para formação do livre convencimento motivado do Magistrado, em busca da verdade real, tanto que a jurisprudência é remansosa em admitir o depoimento da vítima e de seus parentes como meio de prova, pois, caso contrário todos os crimes praticados na clandestinidade (sem testemunhas presenciais), ficariam impunes, mormente em relação aos cometidos contra a dignidade sexual, como no caso.⁴⁴

Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligadas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1594445/SP. Agravante: I dos S. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Agravado: I C F dos S (menor). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de fevereiro de 2020. *Diário da Justiça eletrônico*, 14 fev. 2020.

expôs os fatos em conformidade com os demais elementos provatórios.⁴⁵

Assédio Sexual – Prova – Exigir-se a prova cabal e ocular para vislumbrar o assédio sexual é simplesmente impossibilitar a prova em Juízo, e assim contribuir para que ilicitude de tanta gravidade continue ocorrendo.⁴⁶

Outro ponto importante a ser tratado é a respeito do método de colheita de provas. É sabido que o número de subnotificações de casos em que se tem como objeto infrações que atentem contra a dignidade sexual se dá, principalmente, pelo medo da vítima em ser julgada ou revitimizada no curso do processo.

Diante disto, o processo não pode ser mais um instrumento para a violência de gênero e não deve ser usado para violentar mais uma vez, revitimizando a pessoa que sofreu o assédio.

Ressaltamos que a tentativa de culpabilizar a vítima de assédio, por exemplo, com insinuações ou perguntas acerca da roupa que usava, do comportamento, do estado civil ou orientação sexual não são condizentes ao exercício ético que deve nortear a autoridade apuradora e a defesa.

É indiscutível que a garantia da ampla defesa está assegurada pela Constituição Federal e inserida no rol das garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, entretanto, o uso de argumentos ofensivos é uma estratégia no mínimo cruel e atentatória a outras garantias fundamentais que também são asseguradas constitucionalmente: a dignidade da pessoa humana, o direito à não discriminação e o direito à igualdade.

Fábio Medina Osório, ao citar Georges Dellis, enfatiza que:

O direito de defesa não significa um direito radical e absoluto a proteção de interesses ilegítimos, ou um direito que se possa exercer sem limites temporais, racionais, legais ou judiciais. Não se trata de um direito

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 727704/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi 7 de junho de 2016. *Diário da Justiça eletrônico*, 13 jun. 2016.

46 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região (10. Turma). Recurso Ordinário 20000383150/SP. Recorrente: MBR comércio de calçados LTDA. Recorrido: Darlene Barbosa Vieira. Relatora: Juíza Vera Marta Publio Dias, 14 de agosto de 2001. TRT-2, 31 ago. 2001b.

supremo, superior a todos os demais direitos envolvidos em um litígio de ordem administrativa.⁴⁷

O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero traçou importantes diretrizes para a instrução processual com perspectiva de gênero:

Em casos que envolvem desigualdades estruturais, a audiência é um ponto nevrálgico, na medida em que, se não conduzida com perspectiva de gênero, pode se tornar um ambiente de violência institucional de gênero [...]. A situação de subordinação de um grupo pode gerar um sentimento de desconfiança por parte de autoridades públicas que, muitas vezes, ocupam posições sociais diferentes das vítimas e, por conta disso, têm maior dificuldade de se colocar no lugar daquela pessoa que tem experiências de vida diferentes das suas. Em vista dessa situação, **o(a) julgador(a) atento(a) a gênero é aquele(a) que percebe dinâmicas que são fruto e reprodutoras de desigualdades estruturais presentes na instrução do processo e que age ativamente para barrá-las.**

Assim como no caso das audiências, **provas periciais** devem ser produzidas com atenção a desigualdades estruturais que possam ter um papel na demanda. É imprescindível que peritos(as) e outros atores (assistentes sociais, policiais) sejam capacitados(as) para perceber essa situação e tentar neutralizá-la. Isso significa dizer que, para além de conhecimentos específicos, o gênero deve ser utilizado como lente para a leitura dos acontecimentos, em todas as etapas da instrução. O papel de juízes(as), nesse contexto, é o de circunscrever quesitos que tracem as motivações decorrentes dos processos interseccionais de opressão, como raça e orientação sexual. Ademais, **a atenção ao gênero demanda uma postura ativa dos(as) julgadores(as) quando da análise de laudos técnicos.** As ciências podem ser tão enviesadas quanto o direito e isso é algo que, em muitos casos, passa despercebido.

A questão-chave nesse ponto é: a instrução processual está reproduzindo violências institucionais de gênero? A instrução está permitindo um ambiente propício para a produção de provas com qualidade?

47 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 269.

Subquestões incluem, por exemplo:

- Perguntas estão reproduzindo estereótipos de gênero? (ex.: questionam qualidade da maternidade ou o comportamento da mulher a partir de papéis socialmente atribuídos?)
- Perguntas estão desqualificando a palavra da depoente de alguma maneira? (ex.: questionam os sentimentos da depoente com relação à atual esposa de seu ex-marido ou qualquer ressentimento que possa existir entre as partes?).
- Perguntas podem estar causando algum tipo de revitimização? (ex.: perguntas que exponham a intimidade da vítima, perguntas que façam a mulher revisitar situações traumáticas).
- O ambiente proporciona algum impedimento para que a depoente se manifeste sem constrangimentos e em situação de conforto? (ex.: a depoente encontra-se cercada por homens? O acusado encontra-se na sala?).
- A depoente está sofrendo algum tipo de interrupção ou pressão que a impeça de desenvolver seu raciocínio?
- Laudos de caráter técnico-científico ou social podem estar impregnados de estereótipos, dando excessiva importância para pontos que só importam por conta de desigualdades estruturais ou então deixando de fora questões que só são percebidas quando há atenção a dinâmicas de desigualdades estruturais?⁴⁸

Neste contexto, o Código de Processo Penal, em seu artigo 400A, cuja redação foi alterada pela Lei nº 14.245/2021, dispõe que:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

48 BRASIL, 2021a, p. 47-48, grifos do autor.

II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.⁴⁹

Embora as normas disciplinares sejam omissas a respeito do tema, entendemos que em uma interpretação sistemática e conforme a Constituição Federal, não é possível admitir que durante a produção de provas, ocorram ofensas à dignidade humana e a autoridade administrativa deve atuar para coibir condutas desse tipo.

A tentativa de produção de provas baseada em uma avaliação moralista ou ideológica, nada mais é do que a reafirmação da desigualdade entre os gêneros que impera na sociedade patriarcal e que tenta justificar violências cotidianas, ou desacreditar denúncias e que afetam tão-somente as mulheres. O foco da prova, articulada pela defesa ou pela autoridade, baseado em argumentos morais e de gênero que impõe uma avaliação crítica ao comportamento ou condutas privadas de uma vítima, normalmente acontece pelo simples motivo de ela ser do sexo feminino, o que provavelmente não aconteceria com uma vítima do sexo masculino.

Segundo a professora Silvia Pimentel:

Estereótipos, preconceitos e discriminações contra homens tanto quanto em relação às mulheres interferem negativamente na realização da Justiça. Entretanto, há evidências de que o impacto negativo desse tipo de viés recai de maneira mais intensa e frequente sobre as mulheres. Estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero estão presentes na nossa cultura e profundamente indultados nas (in) consciências dos indivíduos; são, portanto, absorvidos também pelos operadores do direito e refletidos em sua prática jurídica. Essa absorção, por vezes, implica em uma verdadeira “inversão de atores” nos processos, vale dizer, através dos discursos proferidos pelos operadores do Direito, vítimas transformam-se em réus e vice-versa.⁵⁰

Silvia Chakian, por sua vez, nos ensina que:

Não se pode perder de vista a necessidade de avanço na mudança

49 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941, art. 400-A.

50 PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 203.

de posturas sobre a forma como a sexualidade feminina é julgada, a partir de uma dupla moral, para homens e mulheres, na qual delas se espera, ainda hoje, o papel de recato, do comportamento sexual “adequado”, discreto e tradicional. Afinal, são essas expectativas sobre o comportamento feminino “adequado”, sedimentadas ao longo de séculos de dominação masculina, que têm autorizado a absurda responsabilização da mulher pela própria violência que a vitimou, como se tivesse contribuído para sua ocorrência, ao mesmo tempo em que tem a vida exposta e devastada [...].⁵¹

Inadmissíveis, portanto, as narrativas ou provas, no bojo do processo disciplinar, que reforçam estereótipos morais e de gênero, que revitimizam a vítima de assédio sexual ou de qualquer outro ato atentatório à dignidade sexual, sob pena de se constituir em nova violência de gênero, travestida de violência processual.

9. CONCLUSÃO

É preciso estabelecer um debate sério na sociedade e na Administração Pública sobre o assédio, não apenas para apreciarmos estatísticas ou números. Precisamos estabelecer uma profunda discussão a respeito da violência estrutural que sustenta a sociedade patriarcal e que não enxerga a mulher como sujeito.

Combater o assédio sexual dentro do serviço público faz parte da luta por igualdade de gênero, pois é por meio do trabalho e do acesso às políticas públicas que se garantem condições para a ocupação de importantes espaços na sociedade.

Dessa forma, somente teremos uma sociedade igualitária quando promovermos efetivamente o combate à violência de gênero, de raça e de classe, isso porque o acesso à cidadania de grupos minoritários, como é o caso das mulheres, depende de condições isonômicas de acesso ao trabalho, à educação, ao espaço público e ao poder.

Embora ainda não se tenha uma lei específica, no direito administrativo ou no direito do trabalho, que defina o assédio sexual, ele já pode ser

51 CHAKIAN, op. cit., p. 255.

tipificado como crime, conforme explanado neste artigo, mas também como infração disciplinar, já que se constitui como ofensa aos deveres funcionais.

Por outro lado, entendemos que é necessária a adoção de medidas não somente para apurar e tornar possível a punição de assediadores, pois, como vimos, trata-se de um fenômeno estrutural, que não será modificado apenas por soluções punitivistas, é preciso mais.

Entendemos que o Estado deva atuar, também, no aperfeiçoamento das políticas públicas que garantam a educação, a informação aos agentes públicos e a prevenção do assédio sexual no serviço público, bem como na criação de estruturas de acolhimento que assegurem que as mulheres/vítimas tenham acesso a canais de denúncia e, posteriormente, encontrem pontos de apoio em seus locais de trabalho, de estudo ou de atendimento ao cidadão.

Em suma, a prevenção e o combate ao assédio sexual devem ser um compromisso da Administração Pública, pois é o modo de atingirmos a igualdade de direitos entre homens e mulheres e, conseqüentemente, construirmos uma sociedade mais justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDET, Hannah. **Sobre a violência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ASSÉDIO. In: **MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos Ltda., 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ass%C3%A9dio/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

AZIN, Diana Guimarães. **Assédio moral e sexual nas instituições federais de ensino**. Brasília, DF: Advocacia Geral da União, 2021. Disponível em: <https://www.ifb.edu.br/attachments/article/21279/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20-%20ass%C3%A9dio%20sexual%20e%20moral.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial** (arts. 213 1 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho** – CLT e normas correlatas. Brasília, DF: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14471-14472, 2 ago. 1996.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Relatório visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. Brasília, DF: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021b. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13563-13577, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 16 maio 2001a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 727704/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi 7 de junho de 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 13 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1594445/SP. Agravante: I dos S. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Agravado: I C F dos S (menor). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de fevereiro de 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, 14 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso especial 1759135/SP**. Art. 216-A, § 2º do Código Penal. Recorrente: E A dos S. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/859837568/recurso-especial-resp-1759135-sp-2018-0168894-7/inteiro-teor-859837578>. Acesso em: 1 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região (10. Turma). **Recurso Ordinário 20000383150/SP**. Recorrente: MBR comércio de calçados LTDA. Recorrido: Darlene Barbosa Vieira. Relatora: Juíza Vera Marta Publio Dias, 14 de agosto de 2001. TRT-2, 31 ago. 2001b.

CALDEIRA, Michelle Gomes Heringer. **Assédio na administração pública: combate e prevenção**. Brasília, DF: Escola de Governo do Distrito Federal. Disponível em: <https://egov.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/Apresentacao.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2022.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. *In*: HOLLANDA, Heloísa Buarque. **Pensamento feminista: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 324-333.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2019.

CRELIER, Cristiane. Uma em cada cinco estudantes já sofreu violência sexual. **Agência IBGE Notícias**, Brasília, DF, 10 set. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31579-uma-em-cada-cinco-estudantes-ja-sofreu-violencia-sexual>. Acesso em: 30 jun. 2022.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GIULANI, Paola Cappellin. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1997. p. 640-669.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Assédio sexual. **Dossiê Violência Sexual**. São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-sexual/tipos-de-violencia/assedio-sexual/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. C190: violence and harassment Convention, 2019 (no. 190). **International Labour Organization**, Geneva, 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190 in https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_806107/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

LIPPMANN, Ernesto. Advogado discute valor de indenização por assédio sexual após nova lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 maio 2001. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mai-20/fica_punicao_assedio_sexual_lei_10224?pagina=3. Acesso em: 1 jul. 2022.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte**. 2. ed. São Paulo: M-1 edições, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres. **Nações Unidas Brasil**, 25 jul. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80616-oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres>. Acesso em: 1 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório V: Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho**. Genebra: OIT, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. Entenda as discussões sobre o feminismo nos cenários nacional e internacional. **Poder 360**, Brasília, DF, 5 fev. 2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opinioao/entenda-as-discussoes-sobre-o-feminismo-no-cenario-nacional-e-internacional/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

PRATES, Ana Laura. **Feminilidade e experiência psicanalítica**. 2. ed. São Paulo: Agente Publicações. 2017.

RIBEIRO, Djamila. “É preciso discutir por que a mulher negra é a maior vítima de estupro no Brasil”. [Entrevista cedida a] Marina Novaes. *El País*, São Paulo, 23 jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/14/politica/1468512046_029192.html. Acesso em: 30 jun. 2022.

SÃO PAULO. Decreto nº 63.251 de 8 de março de 2018. Disciplina a instauração e o processamento de apuração preliminar na hipótese de assédio sexual praticado por agente público no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 1, 9 mar. 2018.

SÃO PAULO. Lei nº 550 de 13 de novembro de 1974. Institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 3-4, 14 nov. 1974.

SÃO PAULO. Lei nº 10.261 de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 2-8, 29 out. 1968.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski; RÊ, Eduardo; BARROSO, Mariana Contreras; MARQUES, Marina Dutra. A história dos direitos das mulheres. **Politize!**, Florianópolis, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 1 jul. 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2017.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **A constituição do sujeito “mulher” no direito internacional dos direitos humanos**. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

REPERCUSSÕES DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E DAS JURISPRUDÊNCIAS ADMINISTRATIVA E PRETORIANA

Melissa Di Lascio Sampaio¹

Suzane Ramos Rosa Esteves²

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Principais alterações introduzidas pela nova Lei de Improbidade Administrativa; 3 – O princípio da retroatividade benéfica e a jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo; 4 – A atual tendência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca do princípio da retroatividade das normas cíveis mais benéficas; 5 – Em caso de revisitação da jurisprudência administrativa, quais seriam o instrumento procedimental e o recorte temporal adequados para a aplicação do princípio da retroatividade benéfica aos processos administrativos disciplinares?; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: No presente artigo, pretende-se analisar os efeitos retroativos da Lei Federal nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade

-
- 1 Procuradora do estado, em exercício na Assessoria Jurídica do Gabinete do procurador-geral do estado. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.
 - 2 Procuradora do estado em exercício na Assessoria Jurídica do Gabinete do procurador-geral do estado. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Administrativa (LIA), em relação aos processos administrativos disciplinares. Nesse sentido, analisam-se a jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em cotejo com a literatura jurídica. Em seguida, passa-se a examinar, em caso de revisitação da jurisprudência administrativa a respeito da aplicabilidade do princípio constitucional da retroatividade benéfica, se haveria instrumento legal adequado e qual seria o recorte temporal para revisão de penalidades administrativas fundamentadas em ato definido em lei como improbidade.

PALAVRAS-CHAVE: Alteração da Lei de Improbidade Administrativa. Lei Federal nº 14.230/2021. Processos Administrativos Disciplinares. Princípio da retroatividade benéfica. Jurisprudência administrativa e pretoriana. Instrumento processual e prazo legal.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2021 foi marcado por uma intensa produção legislativa que, sem dúvida, tem provocando fortes impactos na atuação da Procuradoria-Geral do Estado e, em especial, no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Nesse contexto, tivemos a alteração do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, por meio da Lei Complementar estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, que trouxe importantes inovações na parte disciplinar, principalmente introduzindo instrumentos de justiça restaurativa. Já no plano federal, contamos com mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, promovidas pela Lei federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Em especial no que se refere à improbidade administrativa, o Estatuto estadual tem importante janela, por meio da qual as alterações da referida Lei federal alcançam os processos disciplinares em que se apuram a prática de ato definido em lei como de improbidade (artigo 257, inciso XIII, da Lei estadual nº 10.261/1968).

A questão que se apresenta é entender em qual medida será possível o alcance das disposições benéficas das alterações da Lei de Improbidade Administrativa aos processos disciplinares. Discutem-se, na doutrina e na

jurisprudência, duas correntes principais: a restritiva e a expansiva quanto à aplicabilidade ao direito sancionador do princípio constitucional da retroatividade benéfica da lei penal (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal).

O tema está em debate no Supremo Tribunal Federal, tendo sido reconhecida a Repercussão Geral, sob o tema nº 1.199.

No âmbito da jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado, por ora, temos nos manifestado, em precedentes que serão analisados neste artigo, pela inaplicabilidade do princípio penal da retroatividade benéfica na esfera disciplinar. Entretanto é oportuno destacar que a questão ainda não foi objeto de análise sob o enfoque das alterações da Lei de Improbidade Administrativa.

Por fim, cabe também a discussão, caso aplicável o princípio da retroatividade benéfica aos processos administrativos disciplinares – a depender do julgamento do Supremo Tribunal Federal e de eventual revisitação da matéria pela Procuradoria Administrativa – a respeito da extensão de sua incidência.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Historicamente, a Lei nº 8.429/1992, em sua redação original, representou importante marco no combate à corrupção. Na ocasião, por não haver instrumentos processuais semelhantes em nosso ordenamento jurídico, o legislador optou pela utilização de tipos abertos e não taxativos, conferindo aos órgãos de persecução (legitimados à propositura da ação de improbidade) e ao Poder Judiciário ampla margem no enquadramento das condutas dos agentes públicos nos tipos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

No decorrer dos anos, entretanto, restou demonstrado que o quadro legal viabilizou a imputação a agentes públicos pela prática de atos que, a princípio, não poderiam ser considerados como de improbidade administrativa, por carecerem de má-fé qualificada, provocando, como consequência, o “apagão das canetas”, consoante abordado por Carlos Ari Sundfeld e Ricardo Alberto Kanayama:

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/1992) foi elaborada como resposta a antigos problemas na gestão pública brasilei-

ra. Quando seu projeto foi encaminhado ao Congresso pelo Presidente da República da época, foi justificado como um “marco do processo de modernização do país” e como medida indispensável para conter “a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos”.

[...]

Diante da inadequação, para esse fim, de antigos instrumentos de controle da gestão pública (ação popular, ação penal, ação de responsabilidade e punição do enriquecimento ilícito da Lei nº 3.502/1958) uma das estratégias da nova Lei foi optar por tipos muito abertos, vagos e abrangentes, “um tipo de técnica legislativa [que] vê a Administração Pública e seus gestores com grande desconfiança, defendendo como ideais medidas que importem a máxima ampliação de seus riscos”.

[...]

Na expectativa de virar o jogo na luta contra a corrupção e a má gestão, a LIA confere grande discricionariedade a quem acusa e a quem julga, confiando que as características institucionais do Ministério Público e do Judiciário, liberados de amarras legais muito cerradas quanto à tipificação de infrações e à imposição de sanções, serão suficientes para garantir a consistência dessa luta. Não são desprezíveis os riscos assumidos por esse modelo normativo. O perigo é as facilidades da lei – que orienta pouco a propositura e o julgamento das ações de improbidade – abrirem caminho para práticas inspiradas em idealizações, intuições, desconfianças de princípio contra a gestão política e a política, razões midiáticas, personalismo, reações imprudentes, inércia, etc. Resultado desses desvios são a perda de foco da ação punitiva estatal e o desperdício: Ministério Público e Justiça passam a se empenhar no aumento do número de ações e de condenações judiciais, sem muito aprofundamento quanto aos casos concretos e sem medir o efeito real de todo esse esforço sobre o ambiente político. O efeito pode ser ruim: inseguros diante do risco de se tornarem alvo de ações de improbidade com resultados imprevisíveis e dispondo de estruturas públicas frágeis, os agentes administrativos se intimidam, passam a priorizar sua segurança pessoal e, com frequência, cruzam os braços (o famoso “apagão das canetas”). Os números são fortes: entre 2010 e 2015, impressionantes 27% do orçamento dos municípios do estado

de São Paulo ficaram sem execução. Ao longo do tempo, os prefeitos municipais se tornaram os principais alvos, de modo que as ações de improbidade podem ter a ver com a paralisia administrativa.³

Diante desse cenário, houve certo consenso de que havia chegado a hora de uma alteração substancial na Lei de Improbidade Administrativa, conferindo-se densidade às suas normas, tanto no que diz respeito às infrações como às sanções.

Em resposta aos anseios doutrinários e aos novos contornos dados por nossos Tribunais aos atos de improbidade administrativa, o legislador, ao aprovar a Lei nº 14.230/2021, viu por bem: i) estipular tipos fechados e taxativos no rol do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, afastando a possibilidade de condenação dos agentes públicos pela prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública, pura e simplesmente; ii) excluir a previsão de atos de improbidade culposos; e iii) exigir a comprovação do dolo específico para a caracterização dos atos de improbidade administrativa elencados nos artigos 9º, 10 e 11, nos termos do que prevê o artigo 11, §2º.

Referidas alterações legislativas, embora tenham causado intensos debates no meio acadêmico, tiveram como finalidade adequar o texto legal aos princípios norteadores do **Direito Administrativo Sancionador**, aplicáveis ao sistema de improbidade administrativa, por expressa previsão legal (artigo 1º, §4º – inovação também da nova legislação). Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica, “a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microsistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no campo do ‘direito sancionador’”⁴.

3 SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 2. p. 409-426, maio-ago. 2020, p. 411-412.

4 YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reposicionamento da ação de improbidade administrativa, **Consultório Jurídico**, [s. l.], 26 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jn-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 8 mar. 2022.

A respeito do assunto, a Procuradoria Administrativa, já nos idos de 2000, entendeu que a improbidade administrativa demandaria do agente público a prática de **ilegalidade qualificada pela má-fé**. Nesse sentido, cumpre destacar trecho do Parecer PA-3 nº 43/2002, de autoria do procurador do estado aposentado Carlos Ari Sundfeld:

A Constituição, ao tratar da Administração Pública, implicitamente delimitou o conceito de improbidade administrativa. De um lado, estabelecendo uma relação entre ela e o princípio da moralidade; de outro, indicando que o ato de improbidade constitui conduta especialmente contrária ao Direito (sendo passível, inclusive, de ação penal – CF, art. 37, §4º, *in fine*), de maneira a gerar como consequências a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §4º).

[...]

Já por aí se percebe que a mera ação em desacordo com a lei não pode, por si só, configurar ato de improbidade administrativa. Classificar toda conduta ilegal como improbidade seria generalizar indevidamente as consequências que a própria Constituição restringiu a uma espécie qualificada de comportamentos. Seria, portanto, incidir em inconstitucionalidade. O ato de improbidade, por imposição constitucional, deve ser caracterizado levando-se em conta a *intenção* em praticar a ilegalidade ou qualquer outra conduta contrária aos princípios básicos da Administração. Há, portanto, um aspecto subjetivo inafastável na composição da hipótese do ato de improbidade administrativa. O agente público que, em virtude de mera interpretação equivocada da lei, pratica ato inválido, mas o faz com a convicção de estar dando fiel cumprimento à regra de competência, obviamente não pratica ato de improbidade. É ímprobo o agente que viola o ordenamento jurídico de modo desonesto; que busca, com o exercício de sua autoridade, deliberadamente desviar-se dos fins traçados na lei. Desta forma, a simples ação em desacordo com a lei não implica a prática de conduta ímproba. Esta só se faz presente quando houver, por assim dizer, uma nulidade qualificada pela *má-fé* do agente.

[...]

Conforme já dito, para que um ato seja considerado ímprobo precisa desatender mais do que a objetiva desconformidade com a lei. É necessário

que o agente, ao praticá-lo, tenha apresentado o *ânimo* de violar a lei ou assumido conscientemente o risco de fazê-lo; a *intenção* de desatender aos princípios norteadores da atividade administrativa; tenha, enfim, praticado ato de *má-fé*, especialmente repugnado pelo Direito. A improbidade se constata na análise subjetiva do móvel do agente e não no simples confronto objetivo com a lei.⁵

O entendimento de que o ato de improbidade administrativa seria incompatível com a mera ilegalidade foi tomando forma nos nossos tribunais. A análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos últimos anos, demonstra que o Poder Judiciário afastou a incidência da responsabilidade objetiva⁶ em matéria de improbidade administrativa,

5 SÃO PAULO. Parecer PA-3 nº 43/2002. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2002, grifos do autor.

6 De acordo com a lição de Vivian Maria Pereira Ferreira: “Em uma proposta de sistematização dogmática do conceito, o autor sugere a existência de duas ‘moralidades’ distintas, protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira delas, prevista no art. 5º da CF/1988, refere-se à legalidade interna do ato praticado pelo agente público, em relação ao qual seria necessário perquirir eventual desvio de finalidade. Ou seja, o controle de legalidade do ato pode se dar a partir de sua legalidade externa – em razão da existência de vícios de incompetência, procedimento ou forma – ou da sua legalidade interna – diante de vícios de conteúdo, de motivos e de intenção. E, justamente, ao controlar a legalidade interna do ato é que se investigam os desvios de finalidade, como forma de proteção da moralidade (GIACOMUZZI, 2002, p. 298-299). Já a segunda moralidade está prevista no art. 37 da CF/1988 e tem por função veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que é tanto objetiva, consubstanciada na proteção da confiança, quanto subjetiva, materializada na vedação e na repressão da improbidade administrativa (GIACOMUZZI, 2002, p. 300-301). A distinção é útil, pois fornece uma base mais sólida para a compreensão da LIA como integrante de um sistema normativo de proteção da moralidade administrativa, por meio do controle da boa-fé subjetiva daqueles que integram ou contratam com o Poder Público. [...] As sanções associadas às condutas tidas como ímprobas têm cunho punitivo e revestem-se de especial gravidade, podendo resultar até mesmo na suspensão dos direitos políticos do cidadão, que fica, portanto, impedido de votar e ser votado. Em razão disso, parte da doutrina administrativa vem aproximando esse conjunto de normas do Direito Penal, informada pela necessidade de se garantir ao acusado o respeito aos seus direitos fundamentais e as garantias da ampla defesa e contraditório (GARCIA; ALVES, 2014, p. 431; COSTA, 2014, p. 112; NEISSER, 2018, p. 103-104). Um dos princípios norteadores do Direito Penal, que, de maneira geral, vem se admitindo ter aplicação no campo da improbidade administrativa, por seu caráter sancionador, é o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da sua atuação com dolo ou culpa. Assim, a LIA prevê apenas hipóteses de responsabilidade subjetiva, sendo impossível a responsabilização do agente público (NEISSER, 2018, p. 71; CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.157; JUSTEN FILHO, 2016, p. 948-949; DI PIETRO, 2017, p. 1023-1024). Assim, não bastaria a existência de nexo causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental o exame da subjetividade do agente” (FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma

exigindo a comprovação do dolo ou, excepcionalmente, da culpa grave para a configuração do ato ímprobo, em razão da natureza sancionatória da LIA.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de ser necessária a comprovação do dolo, ainda que genérico, para a configuração do ato de improbidade previsto no artigo 11 da LIA⁷.

Ao demais, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática, em medida cautelar, do ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 6.678, deferiu liminar, em 1 de outubro de 2021, ou seja, dias antes da promulgação da Lei nº 14.230/2021, para:

- a) conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; e
- b) suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração pública. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019, p. 7-9).

- 7 “PROCESSUAL CIVIL.ADMINISTRATIVO.IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC/1973. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 83/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 515 DO CPC/1973. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.ALEGADA AFRONTA AO ART.535 DO CPC/1973.NÃO OCORRÊNCIA. INOVAÇÃO DE TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO BANCÁRIO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, SEM PRÉVIO PROCESSO LICITATÓRIO. DANO IN RE IPSA. DOLO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que ‘não há que se falar em julgamento *extra petita* na hipótese de decisão que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, pois a defesa atém-se aos fatos, cabendo ao juiz a sua qualificação jurídica’ (AgInt no REsp 1.618.478/PB, Rel. ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/6/2017). Incidência da Súmula 83/STJ. [...] 6. É pacífica nesta Corte a orientação no sentido de que ‘o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico’ (REsp 951.389/SC, Rel. ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 7. Caso concreto em que a revisão do entendimento firmado pelo Tribunal de origem acerca da existência de conduta dolosa da parte ora agravante demandaria o reexame de matéria fática, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.676.613/MG, Rel. ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16/11/2017. 8. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp 1580393/RJ, Rel. ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 17/12/2021).

A nova Lei de Improbidade Administrativa, porém, foi além dos precedentes jurisprudenciais, na medida em que tornou atípica a conduta culposa⁸ e passou a exigir o dolo específico para configuração do ato ímprobo.

Para além de fixar os contornos da responsabilidade subjetiva, o legislador, reconhecendo a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade administrativa e a gravidade das sanções impostas, viu por bem prever tipos fechados para o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, acompanhados de um rol taxativo das hipóteses que poderiam configurar o ato de improbidade, evitando, assim, prejuízos à ampla defesa e condenações genéricas.

Dessa maneira, considerando que a prática de ato definido em lei como de improbidade administrativa está prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (artigo 257, inciso XIII) como modalidade de infração disciplinar sujeita à pena de demissão a bem do serviço público, a demandar respeito ao princípio da tipicidade, parece razoável que a Lei de Improbidade Administrativa preveja, de forma clara e precisa, quais são os atos considerados ímprobos, sob pena de se permitir grande margem aos operadores da norma.

Resta indene de dúvidas, entretanto, que referidas alterações legislativas causarão impacto direto na instrução dos processos administrativos

8 Cumpra anotar que parte da doutrina, antes mesmo dos debates da Nova Lei, defendia que a improbidade administrativa era incompatível com a conduta culposa: “No caso de improbidade administrativa, tendo em vista que o mesmo é caracterizado pela desonestidade do agente, é imprescindível para a configuração da ofensa à probidade que haja uma conduta dolosa, ou seja, que o agente tenha por objetivo uma conduta que é contrária à moralidade administrativa. Tal raciocínio aplica-se a todas as capitulações da LIA, não se admitindo a configuração da improbidade administrativa por culpa, mesmo que grave. A culpa somente caracteriza um ato ilícito quando a conduta prevista pelo agente tem um objetivo lícito e, no caminho escolhido para alcançar tal objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia do agente, ficar materializado um resultado ilícito perante a ordem jurídica. No caso de improbidade administrativa, isso não ocorre, haja vista que não existe desonestidade culposa. O direito comporta várias formas de adequação do comportamento humano às necessidades da convivência social, de sorte que o fato de a conduta culposa não configurar improbidade administrativa não implica que o agente não seja obrigado a ressarcir o dano ou que não possa sofrer outras consequências jurídicas, até mesmo a demissão, devido à ação culposa que ofende a norma jurídica” (ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público**: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99-100).

disciplinares que versam sobre improbidade administrativa, exigindo da autoridade processante mais rigor no enquadramento da conduta em um dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA e na comprovação do elemento subjetivo do agente.

Cumpra lembrar, ainda, que “por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados”⁹.

Dessa maneira, consoante abordado pela Procuradoria Administrativa, no Parecer PA-3 nº 43/2002, a autoridade processante deverá analisar aspectos do ato que possam ter relação com a intenção do agente, fazendo prova indireta do elemento subjetivo:

É certo que, na maioria das vezes, a intenção do agente é um dado de difícil verificação. Não obstante isso, a caracterização da improbidade exige seu exame. É injurídico, por violar o próprio conceito constitucional de improbidade, tentar caracterizá-la de modo puramente objetivo. A solução para contornar essa dificuldade é verificar aspectos do ato praticado que possam ter relação com o móvel do agente, ou, quando menos, que possam servir de indício forte e seguro para inferi-lo. Saber se a decisão foi motivada; quais as razões invocadas para a decisão; se o procedimento de instrução seguiu o rito previsto; se a matéria sob apreciação era razoável do ponto de vista operacional e legal; se a decisão, independentemente das circunstâncias, implicaria benefício indevido a terceiros; se a Administração realmente necessitava deliberar a matéria em questão; todos esses são caminhos para revelar o móvel do agente na prática de ato. Esses, aliás, são dados que se esperam disponíveis em processo administrativo ou judicial, destinado à verificação de improbidade.

Resta claro, assim, que as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 aproximaram o sistema de improbidade administrativa dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal, entre eles a culpabilidade e a tipicidade, exigindo da autoridade processante, no

9 FERREIRA, Vivian Maria Pereira. Op. cit., p. 23.

bojo dos processos administrativos disciplinares correlatos, cautela no enquadramento da conduta e na instrução do feito.

3. O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA E A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Consoante retro mencionado, a Lei nº 14.230/2021 trouxe alterações substanciais ao regime de improbidade administrativa, sendo importante analisar se as modificações benéficas ao acusado poderão ser aplicadas aos processos administrativos disciplinares, com efeitos retroativos.

Parte da doutrina sustenta que as normas benéficas introduzidas pela nova Lei de Improbidade Administrativa não se aplicam retroativamente, quer porque a Constituição prevê que o princípio da retroatividade benéfica é aplicável apenas ao Direito Penal, quer porque o objeto do Direito Penal e o do Direito Administrativo Disciplinar não se confundem (corrente restritiva)¹⁰. Outra parte, entretanto, sus-

10 “Embora haja, como aponta Cino Vita, uma plêiade de renomados autores que sustentam a absoluta afinidade entre o Direito Disciplinar e o penal (tais como: Mittermayer, Mayer, Von Bar, Seydel, Zorn, Hariou, Jèze, Vaccheli, Presutti e Cammeo), despontam com exuberante evidência substanciais distinções entre os ilícitos penal e disciplinar. Conquanto haja certa aproximação conceitual entre o Direito Penal e o Direito Disciplinar, vale destacar que são bem distintas essas duas categorias de ilicitude – ainda que ambas pertençam ao gênero jurídico do direito punitivo geral. Este, por constituir matéria de reserva de lei, se sujeita a certas exigências, a saber: a) observância da garantia constitucional do devido processo legal; b) somente admite interpretação escrita; c) não comporta analogia, a não ser para beneficiar o acusado; e d) observância do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade [...]. Destaquem-se, ainda, essas diferenciações: a) o ilícito penal é rigorosamente típico, devendo estar previamente definido em lei (no sentido formal), enquanto o ilícito disciplinar, nem sempre, exige anterior definição legal, a não ser nos casos de punições mais severas; b) requer a infração penal que haja entre a discriminação da lei (tipo penal) e a conduta do agente quase absoluta correspondência, ao passo que a transgressão disciplinar necessita apenas de que haja entre a hipótese descrita na norma e a conduta do servidor faltoso uma certa aproximação; c) a infração penal contraria todo o corpo social da comunidade em que ocorreu; já a falta disciplinar afeta tão somente o círculo funcional a que pertence o funcionário transgressor; d) para o comportamento delituoso a lei, em princípio, comina pena muito mais grave do que para a conduta que transgredir a ordem disciplinar do serviço público; e) o procedimento investigatório do ilícito penal é bem mais complexo e formal do que o apuramento das infrações disciplinares; f) finalmente acentue-se que a infração penal é apreciada e decidida pelo órgão judicial (com as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento); g) enquanto a falta disciplinar é apurada e sancionada pela própria administração, cujos componentes não têm as mesmas garantias dos membros da magistratura, não dispondo,

tenta que, muito embora o Direito Penal e o Direito Administrativo Disciplinar tutelem bens diversos, ambos pertencem ao grande campo do Direito Administrativo Sancionador, justificando-se a aplicação dos princípios constitucionais aos processos administrativos disciplinares (corrente expansiva)^{11 12}.

consequentemente, da mesma independência do Poder Judiciário. De efeito, pode-se assentar que, na verdade, não há razão para que se confunda delito disciplinar com delito penal, pelo menos em sentido formal. Já que, ontologicamente, não se distinguem as várias modalidades de ilicitude” (COSTA, José Armando da. **Direito Disciplinar**: temas substanciais e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129-130).

- 11 “Indagação relativa à atenuação da pena surge também no tocante à aplicação da lei disciplinar no tempo, ou seja, no caso de sucessão de leis disciplinares. Conquanto nem sempre os preceitos que disciplinam a lei penal encontrem adequada aplicação no âmbito da responsabilidade disciplinar, tem se admitido que, por analogia, tenha vigência o princípio da retroação das disposições mais benignas [...]. Assim, embora não pacífica a doutrina no que tange à retroatividade da nova sanção disciplinar – admitem-na, por exemplo, Bielsa e Nézard – aceita-se, de um modo geral, o princípio da aplicação da pena mais benigna, como parece razoável fazê-lo, em face da mudança legislativa e como consequência da inevitável afinidade que há entre o direito disciplinar e o penal. Destarte, se dúvida e divergências ocorrem, quanto à retroatividade de uma sanção nova para atingir fato anteriormente não previsto expressamente como infração, parece até certo ponto pacífico o entendimento de que a lei mais favorável se aplica sempre. Assim, se um fato era punido de determinado modo pela lei disciplinar vigente na época em que a falta foi cometida, e sobrevém norma posterior, mais rigorosa, aplica-se a norma anterior; por sua vez, se a norma posterior é mais favorável, aplica-se esta [...]. Está claro que se examinam, aqui, as hipóteses de faltas ocorridas, sob vigência de lei anterior, modificada, ou de falta não prevista em lei anterior. Porquanto, se a falta é cometida depois da alteração da lei, será esta a aplicável, ainda que mais rigorosa. É o que assinalam Cino Vitta e Achille Guerra, ao explicar que, se o empregado entrou em serviço sob a vigência de determinada norma disciplinar, e se após alteração desta é que veio a cometer infração, dúvida não subsiste que à transgressão se aplica a norma posterior” (BARROS JUNIOR, Carlos S. de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 81/53). No mesmo sentido: “Caso haja alteração do regime jurídico, pode beneficiar-se o infrator com a retroação benigna. Aplica-se o inc. XL do art. 5º da CF, porque a norma constitui-se em garantia constitucional, não se limitando seu conteúdo a albergar o *fato criminal*, mas também o *administrativo*. É dedutível do ordenamento jurídico o entendimento. Isto é, se houver redução da penalidade imposta, beneficiar-se-á o infrator, ou então, quando a infração legal deixar de existir. Por exemplo, se alguém foi multado pela venda de remédio nocivo à saúde e, posteriormente, a própria Administração entende que o mesmo remédio não produz qualquer dano, ao contrário, é ato recomendável no tratamento de moléstia, poderá haver, também, a retroação da norma administrativa. Nesse sentido o parágrafo único do art. 2º do CP. Assim, se um fato era punido de certo modo pela lei vigente quando de sua ocorrência e sobrevém norma mais rigorosa, prevalece a norma anterior, vigente ao tempo do cometimento da infração. Se a norma posterior é mais favorável, aplica-se esta. É o que decorre do preceito constitucional mencionado” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 86-87).

- 12 Conferir também YARSHELL, Flávio Luiz e SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Reposicionamento da ação de improbidade administrativa**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022->

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo firmou-se o entendimento de que não se aplica aos processos administrativos disciplinares o princípio da retroatividade benéfica, previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, por se entender que existem diferenças substanciais entre o ilícito penal e o ilícito administrativo¹³.

O primeiro precedente que trataremos à colação é o Parecer PA nº 257/2003, que analisou a incidência do princípio da irretroatividade da norma menos benéfica em razão da alteração legislativa do prazo prescricional previsto

jn-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade. Acesso em 8.3.2022: “Acham-se englobados no chamado ‘Direito sancionador’ as diversas expressões do jus puniendi estatal, que não se esgotam no Direito Penal, e se espraiam para o Direito Administrativo Sancionador e para outras manifestações do que se poderia denominar ‘processo judicial punitivo não penal’ (na expressão usada por Sarah Merçon-Vargas, na obra ‘Teoria do processo judicial punitivo não-penal’, Salvador: Juspodium, 2018), em especial a ação de improbidade administrativa e a ação prevista na Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013). Todos esses fenômenos compartilham os mesmos princípios de proteção ao acusado, tais como irretroatividade da lei mais severa, retroatividade da lei mais benéfica, presunção de inocência, *ne bis in idem*, mínima intervenção, insignificância, legalidade, tipicidade, entre outros. A inequívoca opção legislativa se manifesta precipuamente em dois dispositivos: o artigo 1º, §4º (“*aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*”), e o artigo 17-D, p.ú. (“*ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*”). O primeiro dispositivo (re)aproxima a ação de improbidade administrativa do campo do Direito sancionador. O segundo sepulta o entendimento de que a ação de improbidade administrativa seria espécie do gênero ação civil pública. Assentada essas premissas, compreendem-se com facilidade diversas inovações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021”.

- 13 Há quem sustente que as diferenças entre os ilícitos penais e administrativos não são ontológicas, mas meramente formais: “Não há diferença de conteúdo entre crime, contravenção e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa. Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto a decisão administrativa tem caráter tão só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal. Em suma, o fundamental para a distinção é o regime jurídico e, em especial, a específica eficácia jurídica do ato produzido” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed., 2012, pp. 72-73).

na Lei Orgânica da Polícia Civil. Na ocasião, a Lei Complementar estadual dilatou o prazo de prescrição do artigo 80, inciso I, da LOP¹⁴, de um para dois anos, para apuração de faltas puníveis com advertência.

Interpretou-se, à luz do caso concreto, que não seria aplicável a norma anterior e mais benéfica, mesmo os fatos tendo sido praticados antes da alteração legislativa, porquanto tanto a Lei de Introdução ao Código Civil¹⁵ quanto as disposições transitórias da Lei Complementar nº 922/2002 consagravam o princípio da aplicabilidade imediata da lei. A ilustre parecerista, dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, destacou, alinhando-se à tendência da jurisprudência pátria naquela época, o seguinte raciocínio:

17. A aplicação de princípios próprios do direito penal ao direito administrativo sancionatório é muitas vezes justificada e explicada pela invocação da analogia. Não obstante, parece mais preciso afirmar que se deve buscar regras próprias de um direito sancionatório de caráter geral, gênero do qual o Direito Penal e o Direito Administrativo Disciplinar seriam espécies.

[...]

22. Dessa forma, ainda que se reconheça a existência de uma base principiológica comum decorrente da expressão do poder punitivo estatal, não se pode singelamente transplantar os princípios de Direito Penal e aplicá-los ao Direito Administrativo Sancionador, sem que se considerem as características próprias e peculiaridades de cada um desses ramos jurídicos.

23. Tanto assim é que em matéria de Direito Administrativo Disciplinar não se dá aplicação ao princípio da tipicidade com os idênticos parâmetros aplicáveis ao Direito Penal.

[...]

28. Se o Direito Administrativo de caráter sancionatório tem seu campo de incidência delimitado pelo próprio Direito Administrativo, refletindo ofensa

14 Artigo 80. Extingue-se a punibilidade pela prescrição: I – da falta sujeita à pena de advertência, em 1 (um) ano;

[...].Artigo 80 . Extingue-se a punibilidade pela prescrição: (NR) I – da falta sujeita à pena de advertência, repreensão, multa ou suspensão, em 2 (dois) anos; [...].

15 Atualmente, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

a bens jurídicos que digam respeito ao exercício da função administrativa, o Direito Penal destina-se a proteger valores jurídicos de grau superior, tutelando bens jurídicos fundamentais, como vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc.

29. No Direito Penal, a aplicação da regra constitucional prevista no artigo 5º, inc. XL, da Lei Maior, de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, é regra geral que se justifica pela própria natureza desse ramo do Direito.

[...]

31. Em consequência desse maior rigor punitivo, o Direito Penal se caracteriza por voltar-se com acentuado destaque para os direitos do acusado, enquanto o Direito Administrativo Sancionador, embora igualmente salguarde as garantias individuais, destina-se primordialmente a proteger e fomentar os interesses gerais e coletivos.¹⁶

Da leitura do trecho citado extrai-se o entendimento de que as diferenças substanciais existentes entre os ilícitos penal e administrativo não permitiriam a aplicação automática dos princípios constitucionais de Direito Penal, entre eles o princípio da retroatividade das normas mais benéficas, aos processos administrativos disciplinares¹⁷.

16 SÃO PAULO. Parecer PA nº 257/2003. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2003.

17 Sobre o tema: “O poder disciplinar tem feição essencialmente apenadora, pois é destinado a reprimir os desvios de comportamento dos servidores públicos por meio da imposição de correspondentes sanções aos transgressores. A punição dos culpados é fundamental, porquanto atua como fator de exemplo para os demais agentes públicos e termina por desencorajar o descumprimento das regras de conduta funcional. Na verdade, o aspecto repressivo do direito administrativo disciplinar reflete o ideal do ordenamento jurídico de, mediante a previsão em lei de punições para condutas consideradas indesejáveis, proteger os valores fundamentais para o bom funcionamento da Administração Pública, assim como assegurar o respeito aos princípios constitucionais e legais que a regem. [...] Cumpre dissociar o poder disciplinar, aquele exercido pelas autoridades administrativas para aplicar punições aos agentes públicos, em caso de violação das regras de conduta funcional, do direito de punir estatal, nas hipóteses de cometimento de crimes. O poder disciplinar é exercitado no âmbito da função administrativa do Estado sobre as pessoas que se vinculam à Administração Pública por um elo jurídico especial (estatutário) e decorre da quebra das normas de disciplina na função pública, sendo manejado por autoridades administrativas hierarquicamente superiores ao acusado e inserido no campo do direito administrativo. O direito de punir no caso de crimes é pertinente à função jurisdicional do Estado e efetivado por um membro do Poder Judiciário; decorre da prática de condutas classificadas em lei como típicas, correspondentes a um tipo criminal, a um modelo de comportamento punido, sujeitando-se às regras do direito penal (por exemplo: ‘Matar alguém’ é o tipo do homicídio: art. 121, Código Penal)”. (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual*

No mesmo ano, a Procuradoria Administrativa foi instada a se manifestar sobre os efeitos intertemporais da alteração legislativa promovida pela Lei Complementar estadual nº 942/2003 às disposições da Lei nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado), em específico, o termo inicial de contagem do prazo prescricional (artigo 261¹⁸). Na oportunidade, foi editado o Parecer PA nº 306/2003, de autoria da mesma parecerista retro mencionada, que, por uma questão de coerência, manteve a tese afirmada no Parecer PA nº 257/2003:

19. Como já assinalado no precedente Parecer PA nº 257/2003, discute-se se há ou não identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito civil. A tese da identidade é defendida, por exemplo, por Régis Fernandes de Oliveira. Edmir Netto de Araújo, acolhendo lição de José Cretella Júnior, sustenta a existência de diferenças substanciais entre as duas categorias jurídicas. A tese da unidade do poder punitivo estatal, no entanto, é majoritária na doutrina europeia, como noticia Fábio Medina Osório.

20. De qualquer forma, ainda que se acolha a tese da identidade do jus puniendi estatal, não se pode concluir que são idênticos os princípios regedores da matéria. Nesse sentido, reconhece a doutrina que estão eles submetidos a regimes jurídicos diversos.¹⁹

Interessante o corte temporal estabelecido nesse precedente, a seguir em destaque:

43. Nessa linha exegética, com relação às infrações cometidas anteriormente à alteração legislativa, importa considerar que a edição da Portaria relativa à Sindicância ou ao Processo Administrativo Disciplinar antes da lei nova interromperá a prescrição, contado como termo inicial desta a data em que a Administração tomou conhecimento da falta, como

de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 90/96).

18 Artigo 261 – Prescreverá a punibilidade: [...] Parágrafo único – O prazo da prescrição inicia-se no dia em que a autoridade tomar conhecimento da existência da falta e interrompe-se pela abertura de sindicância ou quando for o caso, pela instauração do processo administrativo. – Artigo 261 com redação dada pela Lei Complementar nº 61, de 21/08/1972. Artigo 261 – Extingue-se a punibilidade pela prescrição: [...] § 1º – A prescrição começa a correr:

1 – do dia em que a falta for cometida; 2 – do dia em que tenha cessado a continuação ou a permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

19 SÃO PAULO. Parecer PA nº 306/2003. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2003.

regido pelo texto original do artigo 261, parágrafo único, da Lei Estadual nº 10.261/1968. Nessa hipótese, a aplicação imediata da lei não poderá alterar a situação jurídica já consolidada com a edição da Portaria, qual seja, a interrupção do prazo prescricional.

44. Nas situações em que a Portaria da Sindicância ou do Processo Administrativo Disciplinar é posterior à LCE nº 942/2003, devem ser consideradas para computo do termo inicial do prazo prescricional as regras da lei nova, consubstanciadas na redação dada ao artigo 261, § 1º, '1' e '2', da Lei nº 10.261/68, pela LCE nº 942/2003.

Muitos anos após a edição dos Pareceres PA nº 257 e 306, ambos de 2003, o tema foi novamente objeto de análise pela Especializada, no bojo do Parecer PA nº 129/2011²⁰, reafirmando-se, *a latere*, a mesma tese.

E mais recentemente, tivemos o Parecer PA nº 3/2022, da lavra do ilustre dr. Adalberto Robert Alves, que analisou consulta advinda da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, em face da nova redação do artigo 269, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, introduzida pela Lei Complementar estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021.

Segundo a recente previsão estatutária, “não será instaurada sindicância em face de funcionário já exonerado, aposentado, anteriormente demitido ou que, por qualquer razão, tenha deixado de manter vínculo com a Administração Pública”. Assim, indagou a unidade especializada em

20 Ementa do Parecer PA nº 129/2011, de autoria do dr. Demerval Ferraz de Arruda Júnior: “AGENTE PÚBLICO. Servidor público. Processo disciplinar. Infração disciplinar também prevista em lei como infração penal. Prescrição punitiva disciplinar que se regula, invariavelmente, pela pena criminal em abstrato. Descabimento, no âmbito administrativo, do cômputo da prescrição pela pena concretamente fixada pelo juiz. Princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal. Precedentes: Pareceres PA nº 120/1999, nº 257/2003, nº 306/2003, nº 92/2004 e nº 221/2004. Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário. Autoridade relativa desse conjunto de julgados. Existência de divergência na mesma corte. Necessidade de que o debate seja travado em torno dos fundamentos e não, apenas, à vista das conclusões dos acórdãos que formam a posição majoritária. Ponto de vista da persuasão. Interesses primários do Estado cujo atendimento depende da boa interpretação da lei. Jurisprudência como auxiliar de exegese. Tese da Administração bem recebida pelo Tribunal de Justiça. Farta e convincente fundamentação de parte a parte. Proposta de manutenção da posição atualmente defendida pelo Estado de São Paulo”.

matéria disciplinar, se seria possível “o dispositivo legal em apreço abarcar também as hipóteses envolvendo as sindicâncias disciplinares já em curso”²¹.

Pelos mais diversos e bem embasados fundamentos, interpretou-se que não seria possível a extinção de sindicâncias instauradas sob a égide das leis anteriores – destacando-se, entre os motivos, o princípio da irretroatividade da lei (*tempus regit actum*):

[...] o último argumento que alinhavo como impeditivo da proposta formulada no seio da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares é o da irretroatividade da lei (*tempus regit actum*) que, somado ao princípio (ou sistema) de isolamento dos atos processuais, resulta na necessidade de processamento e conclusão das sindicâncias

21 Cumpre anotar que a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, em 2018, requereu autorização para deixar de instaurar sindicância em face de pessoas que não mais mantivessem vínculo funcional com a Administração Pública, bem assim para a imediata extinção das sindicâncias instauradas em face de pessoas nas mesmas condições, sob o argumento de que as penas corretivas cabíveis à espécie não teriam efeito jurídico. Na ocasião, a Procuradoria Administrativa, por intermédio do Parecer PA nº 14/2018, firmou o entendimento de que a instauração ou prosseguimento da sindicância tinha como finalidade assegurar o respeito ao requisito da boa conduta, nos seguintes termos: “19. No entanto, há que se atentar para o fim protetivo dos processos disciplinares, ponto em relação ao qual divergimos, em parte, das conclusões desenvolvidas pela Especializada em procedimentos disciplinares. É certo que nos casos sujeitos a penas expulsórias, que se processam mediante processo administrativo disciplinar, a própria legislação encarregou-se de fixar como consequência da condenação a impossibilidade de reingresso no serviço público por determinado período, tendo em vista a maior gravidade das infrações (art. 307, parágrafo único, da Lei nº 10.261/1968). 20. De fato, não existe disposição com idêntico teor, que se destine às penas de suspensão ou repreensão, aplicáveis a infrações de menor potencial lesivo, e que se processam mediante sindicância. Contudo, remanesce a necessidade de atendimento ao requisito de boa conduta para a posse em cargo público (art. 47, V, da Lei nº 10.261/1968), a recomendar a instauração ou prosseguimento da sindicância, ainda que o servidor deixe os quadros da Administração Pública; posto que, não obstante reste inócua a aplicação da pena, eventual condenação será registrada em prontuário, com potenciais reflexos na configuração do aludido requisito. 21. Este ponto, aliás, consiste diferença relevante entre a proposta ora em exame e a situação analisada no Parecer PA nº 95/2013, que envolvia prescrição da pretensão punitiva, e que, portanto, não poderia ter caráter desabonador para o servidor. 22. Vale notar que a vedação temporária ao reingresso do servidor demitido no serviço público foi inserida no parágrafo único, do artigo 307, do Estatuto do Funcionalismo Paulista, por alteração introduzida pela Lei Complementar nº 942/2003. Entretanto, muito antes da edição deste diploma legal, diversos precedentes exarados por esta Procuradoria Administrativa já reconheciam, com amparo no requisito da boa conduta (art. 47, V), que a prévia exoneração do servidor responsável pela irregularidade não obstava a instauração ou o prosseguimento do processo disciplinar, ante o interesse da Administração em formalizar o ato punitivo, consignando-o no prontuário do infrator para preservar a segurança do serviço público. Nesse sentido: PA-3 nº 315/1990, PA-3 nº 346/1993, PA-3 nº 333/1995, PA-3 nº 302/2001”.

disciplinares instauradas quando da edição da Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021.²²

Da análise desses precedentes, nota-se que a jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo tem por atual posicionamento institucional a inaplicabilidade do princípio penal da retroatividade benéfica das normas aos processos administrativos disciplinares, alinhando-se à corrente restritiva.

4. A ATUAL TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DAS NORMAS CÍVEIS MAIS BENÉFICAS

O Superior Tribunal da Justiça, que até outrora tendia a adotar um entendimento restritivo acerca da incidência dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, também tem proferido decisões especificamente no que se refere ao princípio da retroatividade benéfica das normas, interpretando ser aplicável no âmbito dos processos administrativos disciplinares. Nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal nº 8.979/1979. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008

22 SÃO PAULO. Parecer PA nº 3/2022. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2022.

(fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal nº 13.530/2003, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal nº 13.530/2003, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.

IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenes os demais atos processuais.

V – A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

VI – Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo.

2. O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa.

3. Contudo, o processo administrativo foi instaurado em 11 de abril de 2013 pela Portaria n. 247/2013. Independente da modificação do termo inicial para a instauração do processo administrativo disciplinar

advinda pela LCE nº 744/2013, a instauração do PAD ocorreu oportunamente. Ou seja, os autos não revelam a ocorrência da prescrição durante o regular processamento do PAD.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS 65.486/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021).

Consoante se depreende da análise dos precedentes acima destacados, a ministra Regina Helena Costa, no julgamento do RMS nº 37.031-SP, partiu da premissa de que a inexistência de diferenças substanciais entre os ilícitos penal e administrativo autorizaria a aplicação do princípio da retroatividade benéfica aos processos administrativos disciplinares. De igual modo, o ministro Mauro Campbell Marques, no julgamento do AgInt no RMS nº 65486-RO, reconheceu o caráter sancionador dos processos administrativos disciplinares e a consequente aplicabilidade dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal.

Dessa maneira, de acordo com as citadas decisões do C. Superior Tribunal de Justiça, a aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica aos processos administrativos disciplinares encontraria fundamento na **unidade do direito punitivo estatal** e na necessidade de se garantir aos acusados, em processos judiciais ou administrativos, um sistema mínimo de proteção individual.

Nas palavras de Fábio Medina Osório, cuja doutrina serviu de fundamento para as mencionadas decisões do C. Superior Tribunal de Justiça pela aplicabilidade dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal ao campo dos processos administrativos disciplinares:

10. Ainda que se faça uma análise crítica à unidade do ius puniendi estatal, não se pode negar que ambos campos de incidência do poder punitivo do Estado estão impregnados de postulados e garantias constitucionais de proteção aos administrados e jurisdicionados, cuja inobservância deslegitima a aplicação de qualquer sanção.

[...]

11. Aplicando-se os princípios e garantias informadores do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, inegável a incidência da

retroatividade da lei mais benigna.

[...]

Ademais, a adoção dos princípios penais, com matizes, ao direito administrativo sancionador, além de se encontrar sedimentada na jurisprudência do STJ e do STF, decorre da compreensão acerca da estrutura normativa do Direito Administrativo Sancionador. Nesse passo, fiz um histórico importante sobre essa matéria na obra *Direito Administrativo Sancionador*, em 2000: Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.²³

Dessa maneira, tal posicionamento indica que “a unidade do Direito sancionador repousa nas cláusulas constitucionais comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, pois, ainda que tais cláusulas não veiculem conteúdos idênticos, ‘também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias básicas aos acusados em geral’”²⁴.

5. EM CASO DE REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA, QUAIS SÉRIAM O INSTRUMENTO PROCEDIMENTAL E O RECORTE TEMPORAL ADEQUADOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES?

Temos por certo que, nos dias atuais, a matéria está sendo debatida e que a solução da questão, em muito, dependerá do que o Supremo Tribunal Federal vier a decidir no julgamento da já referida Repercussão Geral – tema nº 1.199.

23 OSORIO, Fabio Medina. *Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília, DF, 29 out. 2021, p. 11-15.

24 OSORIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 132.

Caso prevaleça a tese da aplicabilidade retroativa das normas mais benéficas aos acusados e condenados por improbidade administrativa, e tal entendimento também seja aplicado em processos administrativos disciplinares, caberá também o questionamento acerca do limite temporal para o alcance retroativo da novel legislação, pois temos alguns cenários possíveis:

- a) Ilícitos praticados antes da Nova Lei, mas apurados após sua entrada em vigor (instauração da Portaria depois de 25 de outubro de 2021);
- b) Ilícitos praticados e com apuração em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021;
- c) Ilícitos praticados e punidos antes da Nova Lei, mas com recurso hierárquico pendente de julgamento;
- d) Ilícitos praticados e punidos sob a égide da vetusta legislação, sem recurso pendente de julgamento (coisa julgada administrativa²⁵).

Nas hipóteses em que o ilícito foi praticado antes da edição da nova Lei de Improbidade Administrativa, mas a Portaria editada somente após sua publicação, o debate cabível é se a autoridade processante deverá descrever e classificar a conduta levando em consideração os contornos estabelecidos pelas novas regras, acerca da tipicidade e do elemento subjetivo.

Não obstante, cabe lembrar que a ausência de enquadramento legal da conduta como ato de improbidade administrativa, por si só, não impede a condenação do agente com fundamento no artigo 257,

25 Conforme ensinamento de Edmir Netto de Araújo: “Segundo Cretella Jr., a existência da coisa julgada administrativa não é uma fantasia: o que se deve questionar é sua extensão e as condições de sua existência. Nem é mera transposição do direito processual: a categoria jurídica ‘coisa julgada’ é que, neste ramo específico do Direito (o Administrativo), assume características especiais que, todavia, não a apartam de suas linhas mestras. Consideremos, então, partindo do geral para o particular, dois sentidos para a coisa julgada: o sentido amplo, que significa a imutabilidade genericamente considerada, de decisão sobre controvérsia, e os sentidos estritos e específicos, da coisa julgada processual, oponível erga omnes, quando material, ou no processo, quando formal, com todas as consequências anteriormente descritas; e da coisa julgada administrativa, que é restrita ao âmbito da Administração, sujeita ao controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) e eventual revisão. Neste último sentido, a mutabilidade da decisão da Administração, em seu âmbito, só seria possível através de decisão judicial: esta, em certos casos, não poderia mais rever seu ato, em termos de revogabilidade, após a exaustão dos recursos, esgotamento de seus prazos ou não previsão legal”. (ARAÚJO, Edmir Netto de. O ilícito administrativo e seu processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 160-161).

inciso XIII, do EFP, na medida em que o acusado se defende dos fatos e não especificamente das normas legais que teriam sido violadas. Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do **Parecer PA nº 219/2002**²⁶, de autoria da dra. Dora Maria de Oliveira Ramos:

18. Assim, a portaria inicial do processo disciplinar deve descrever de forma precisa a conduta irregular atribuída ao servidor, de forma a permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa. No entanto, o servidor defende-se dos fatos e não especificamente da indicação das normas legais que teriam sido violadas. Decorre daí que a descrição da conduta irregular do servidor na portaria inicial do processo disciplinar é em princípio suficiente para garantir-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo irrelevante a circunstância de terem ou não sido mencionados como violados dispositivos da lei de improbidade.

19. Se no curso do processo administrativo disciplinar for apurada a prática de atos irregulares, deve ser cominada a penalidade correspondente pela autoridade administrativa que, nos termos da lei, detém o poder disciplinar.

20. As penas relativas aos atos de improbidade são de competência do Poder Judiciário, devendo ser aplicadas no seio de ação civil pública que poderá ser ajuizada pelo Estado. Compete à Procuradoria Geral do Estado o ajuizamento da ação respectiva, nos termos do artigo 99, inciso VII, da Constituição do Estado e artigo 2º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº 478, de 18 de julho de 1986. Assim, apurados os fatos, se constatada conduta passível de caracterização de improbidade administrativa, pode e deve a Procuradoria-Geral do Estado adotar as

26 EMENTA: “SERVIDOR PÚBLICO. Apropriação de dinheiro público. Apuração em processo disciplinar da conduta da servidora envolvida. Atos enquadráveis como violadores da lei de improbidade administrativa. Questão não apreciada no curso do processo disciplinar. Questionamento da Procuradoria Judicial acerca da possibilidade de ajuizamento de ação para responsabilização da servidora nos termos da lei de improbidade administrativa. Sanções da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que não se confundem com as penas disciplinares previstas na Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Instâncias sancionatórias diversas. Inexistência de obrigatoriedade de enquadramento da conduta irregular na lei de improbidade administrativa quando da elaboração da portaria inicial do processo disciplinar. Penas da Lei de Improbidade a serem cominadas pelo Poder Judiciário, no seio de ação a ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela Procuradoria-Geral do Estado. Processo administrativo prévio que não é condição para ajuizamento da ação pela Procuradoria-Geral do Estado”.

providências cabíveis, independente de conclusão expressa nesse sentido pela autoridade administrativa que exerce o poder disciplinar.

Caso a autoridade competente ainda não tenha proferido decisão final, o questionamento que surge é se devem se aplicar ao caso, de ofício ou por provocação da parte, as regras mais benéficas ao acusado introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, com a consequente improcedência das acusações, em razão da atipicidade dos fatos, ou a desclassificação da infração, mitigando-se a sanção²⁷.

De igual modo, havendo decisão final ainda não definitiva, poderá a parte interessada alegar a retroatividade da nova LIA, em sede recursal, sendo possível, em caso de omissão, que a autoridade competente enfrente, de ofício, o tema acerca da aplicabilidade das normas mais benéficas ao acusado.

Dúvida mais polêmica surge, entretanto, nas hipóteses de ilícitos praticados e punidos sob a égide da vetusta legislação, sem recurso pendente de julgamento (formação da coisa julgada administrativa).

27 Sobre o tema, conferir: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza; BORGES, Sabrina Nunes. Caminhos para tratamento adequado aos processos em curso a partir da nova LIA. *Consultório Jurídico*, [s. l.], 16 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-16/opinioao-tratamento-aos-processos-curso-partir-lia>. Acesso em: 9 mar. 2022.. “Para um entendimento adequado do estado da arte dessa discussão, parece correto dividir o tema sob três perspectivas: a dos processos em curso, que versem sobre condutas ou sanções que tenham sido total ou parcialmente suprimidas pela nova LIA; a dos processos em curso, cujos contornos da atividade sancionatória do Estado sofreram modificações, suprimindo determinadas espécies de sanção, restringindo os limites de condenações, ou definindo modalidades diversas de cômputo da prescrição; e os processos já decididos, com sentenças transitadas em julgado. Para o primeiro grupo, nota-se que as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/2021 impactam frontalmente o interesse processual. Nessas situações, o processo deixa de ser juridicamente útil, sobretudo nas hipóteses em que as condutas típicas de improbidade assim deixaram de ser consideradas, ou nas hipóteses em que o legislador passou a exigir a demonstração de um elemento volitivo específico para a prática do ato ímprobo. Não sendo hipótese de extinção, e estando a ação de improbidade em termos (isto é, o tipo permanece vigente, a prática imputada operou a título doloso e a modalidade sancionatória ainda é juridicamente possível), caberá ao Estado-juiz acerbarse de não ser hipótese de prescrição da pretensão condenatória, na forma definida pelo artigo 23 da LIA, respeitada a nova ‘prescrição interfases’, em feliz expressão de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. Para essa categoria de processos, caberá ao magistrado, na prolação da sentença, atentar-se não só ao que contém o pedido formulado pelo autor à época do ajuizamento da ação de improbidade, mas também aos limites fixados pela nova lei, cujos efeitos retroagirão em benefício do réu”.

A questão vem sendo debatida no campo das ações de improbidade administrativa, divergindo a doutrina não apenas quanto à viabilidade de reabertura da discussão após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias, como também em relação ao instrumento processual mais adequado, caso a retroatividade seja possível.

Ricardo de Barros Leonel sustenta não ser viável a aplicabilidade da norma mais benéfica após o trânsito em julgado da sentença, em razão do disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal²⁸.

Para aqueles que entendem que a coisa julgada material não é impeditiva para a revisão do julgado, resta saber se os fatos novos, no caso da superveniência de norma mais benéfica ao acusado, deveriam ser veiculados por meio de ação rescisória, com fundamento no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, ou da ação prevista no artigo 501, inciso I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido:

Mas uma questão se coloca: qual o efeito da alteração legal diante de decisões condenatórias transitadas em julgado? Evidentemente que no espaço deste artigo não é possível desenvolver à exaustão o tema. Mas cabem algumas pinceladas.

Nos termos do artigo 966, V, do CPC, é cabível rescindir a decisão de mérito que “*violar manifestamente norma jurídica*”, sendo que uma das normas jurídicas é justamente, nos termos do atual artigo 1º, §4º, da Lei nº 8.429/92, a retroatividade da lei benigna, fruto da aplicação às ações de improbidade dos ditames e dos princípios do DAS, com amparo em todo o exposto nesta oportunidade.

Além disso, à luz dos princípios da razoabilidade e da isonomia, não afigura sensato e plausível que alguns continuem a sofrer os impactos das sanções, quando eventuais novos investigados, à luz da Lei nº 14.230/21, não mais serão condenados (ou nem sequer processados) caso pratiquem as mesmas condutas objeto da sentença condenatória. A lógica subjacente a tal raciocínio é a mesma aplicável aos casos de *abolitio criminis* em seara penal, quando mesmo a coisa julgada

28 LEONEL, Ricardo de Barros. Nova LIA: aspectos da retroatividade associada ao Direito Sancionador. *Consultório Jurídico*, [s. l.], 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/Leonel-lia-retroatividade-associada-direito-sancionador>. Acesso em: 8 mar. 2022

é relativizada para alcançar aqueles condenados por condutas que, hoje, são atípicas; e é a mesma pelo fundamento inicial deste trabalho.

De todo modo, reconhecemos que a questão não é simples. Se de um lado a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória ora defendida privilegia a retroatividade benigna, direito fundamental de raiz constitucional, de igual modo a coisa julgada, corolário da segurança jurídica, é também valor constitucionalmente protegido que não pode ser ignorado. É o caso, pois, para alguns, de colisão entre princípios e direitos fundamentais, a ser vislumbrado sob o prisma da técnica da proporcionalidade, mediante sopesamento a ser realizado pelo Poder Judiciário, quando do julgamento e da fixação de teses.

Aliás, diante da certa repetição de processos afetos à temática, somada ao risco à isonomia e à segurança jurídica que entendimentos jurisdicionais diversos podem causar, o ideal é que a questão do cabimento da ação rescisória ora posta seja decidida e consequentemente uniformizada em sede de IRDR — quando houver efetiva repetição de processos, porque é descabido o referido incidente preventivo —, nos termos do artigo 976 e seguintes do CPC ou de afetação de recursos especiais e extraordinários repetitivos quando houver a efetiva repetição de demandas, nos termos do artigo 1.036 do mesmo estatuto²⁹.

Posto isso, reitera-se como: aplicar as disposições mais benéficas contidas na lei nº 14.230/21 a processos em que já houve decisão transitada em julgado?

Uma solução intuitiva seria fazer uso da ação rescisória e invocar o artigo 966, V, do CPC.

Entretanto, é preciso pontuar que se a revisão criminal (instituto muito mais próximo do direito administrativo sancionador que a ação rescisória) pode ser interposta a qualquer tempo após o trânsito em julgado, inclusive após ter sido extinta a pena do réu (art. 622 do CPP), a ação rescisória possui prazo decadencial de 2 anos após o trânsito em julgado (art. 975 do CPC).

29 FORTINI, Cristina; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado. *Consultório Jurídico*, [s. l.], 17 fev. 2022. Disponível em: <https://conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 8 mar. 2022.

E aqui temos o primeiro problema, pois adotar a ação rescisória redundaria em amesquinhar ou mesmo emascular a retroatividade da lei mais benigna, vez que confere aplicação a um direito fundamental por meio de um instrumento que claramente está cerceado por uma interpretação restritiva, no caso o possui prazo decadencial de 2 anos após o trânsito em julgado.

O segundo problema decorre do fato de que o artigo 966, V, do CPC, dispõe que é cabível rescindir a decisão de mérito que “violar manifestamente norma jurídica”.

Ora, quando da prolação da decisão rescindenda claramente não havia um claro e incontestável “vício qualificado” que desse azo à rescisão. Entender que tal vício se deu de forma superveniente, com a edição de uma lei mais benéfica, seria desnaturar a ação rescisória.

Não sendo a ação rescisória a via adequada para aplicar os efeitos retroativos da legislação mais benigna às ações de improbidade administrativa com decisões transitadas em julgado, uma solução mais adequada para emular o regime jurídico do direito penal e processual penal no direito administrativo sancionador é o de entender que a aplicação de penalidade no bojo de tais ações constitui uma relação jurídica continuada que deve ser desconstituída na forma do art. 501, I do CPC que estabelece que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Portanto, o art. 501, I do CPC contempla expressamente a possibilidade do ajuizamento de uma ação revisional que exponha uma modificação no estado de fato ou de direito superveniente ao trânsito em julgado da decisão, o que é justamente o caso do surgimento da norma mais benéfica com o condão de retroagir.

Por fim, como a ação prevista no art. 501, I do CPC não está limitada ao prazo decadencial bienal previsto no art. 975 do CPC, ela se aproxima muito mais do racional da revisão criminal prevista no art. 622 do CPP³⁰.

30 ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. Da inadequação da ação rescisória para aplicar a retroatividade benigna da Lei 14.230/21 às decisões transitadas em julgado. *Migalhas*, [s. l.],

No caso das sanções impostas com base nas disposições legais mais gravosas, se considerada a legislação superveniente, a permanência dos respectivos efeitos configura a *continuidade* acima mencionada. Se ela não reside exatamente na relação jurídica que foi objeto do julgamento originário, ela está presente no prolongamento da eficácia da sentença, isto é, da oneração decorrente da vigência da pena aplicada. Portanto, se e enquanto persistam os efeitos das sanções aplicadas, suposto sejam elas incompatíveis com as novas e mais benéficas disposições legais, é precisamente do problema cronológico da eficácia da sentença e da respectiva imutabilidade que se está a tratar (retroatividade *in mellius*). E isso autoriza que o interessado demande a adequação do que se julgou, de um lado, à regulação jurídica atual, de outro lado.

Aqui se chega, então, à dupla questão posta inicialmente: *qual a via processual adequada e como se determina a competência para tanto*.

Quanto ao primeiro dos temas propostos, a hipótese encaixa-se perfeitamente na previsão do inciso I do artigo 505 do CPC (que substancialmente reeditou a regra constante do artigo 471, I, do diploma processual precedente): sobre- vindo modificação no Estado de Direito (repita-se, na premissa de que a lei mais benéfica retroage), a parte pode pedir “*a revisão do que foi estatuído na sentença*”. A causa de pedir da demanda consiste na desconformidade entre o que se decidiu com base na lei antiga e as disposições mais benéficas, constantes da lei nova. É ônus do interessado alegar e demonstrar que o objeto do julgamento original — sua parte dispositiva à luz dos respectivos fundamentos de fato e de direito — não se compadece com as regras vigentes.

Não se trata propriamente de invalidar atos do processo anterior porque os fundamentos da demanda não residem em erro — de processo ou de julgamento — que teria sido cometido no processo originário. Trata-se de rever o que foi decidido e, portanto, considerar de que forma as novas disposições legais aproveitam à parte condenada e, portanto, são capazes de levar ao afastamento ou redução da sanção anteriormente aplicada. Disso se extrai, portanto, que não se afigura cabível a propositura de ação rescisória, que pressupõe invalidade da decisão originária, conforme hipóteses do ar-

21 fev. 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360212/acao-rescisoria-para-aplicar-a-retroatividade-benigna-da-lei-14-230-21>. Acesso em: 8 mar. 2022.

tigo 966 do CPC, que nenhuma correspondência guarda com a situação examinada. Na pretensão revisional, não se cogita de erro contemporâneo à edição da decisão originária; seus fundamentos são lógica e juridicamente supervenientes à imposição da sanção e mesmo à formação da coisa julgada.

Se a fase de liquidação ou cumprimento de sentença condenatória do processo sancionador estiver ainda em curso, a modificação (redução) das sanções ou mesmo a extinção da punibilidade pode ser reconhecida no próprio processo. A fim de se evitar tumulto processual e viabilizar-se uma melhor tramitação, é conveniente que tal demanda seja autuada separadamente, como medida incidental.³¹

Outrossim, há quem sustente que a alegação da aplicação da retroatividade benéfica às ações de improbidade administrativa não demandaria rigor formal, nos moldes da revisão criminal. De fato, afirmam que, uma vez transitada em julgado a sentença que aplicou ao agente a penalidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa e sobrevindo norma mais benéfica, seria suficiente a apresentação de petição ao juízo da execução, com a abertura de prazo para o Ministério Público se manifestar:

Mas como oportunizar tratamento adequado aos processos em curso, e como proceder em relação aos processos cujas decisões já transitaram em julgado?

[...]

Finalmente, para os casos já decididos, com sentenças transitadas em julgado, a solução nos parece bastante mais simples, sendo que os subscritores deste trabalho, Diogo de Araújo Lima e Rogério Favreto ofereceram as primeiras linhas de uma proposta de entendimento sobre o tema, ao afirmar que não se trataria de hipótese que desafiaria a propositura de ação rescisória, “*bastando manifestação, com o contraditório do Ministério Público, com futura decisão*”.

Parece-nos que o raciocínio está correto, e há elementos que o confirmam:

1) Como já se demonstrou, o tratamento a ser conferido

31 YARSHELL, Flávio Luiz; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A via processual adequada para a revisão de sanções decorrentes de improbidade. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/yarshell-lucon-revisao-sancoes-decorrentes-improbidade>. Acesso em: 8 mar. 2022.

à Lei de Improbidade Administrativa deve ser semelhante ao conferido às demais normas de índole sancionadora, o que significa que a norma mais benéfica retroage para alcançar posições jurídicas pretéritas;

2) Segundo a jurisprudência do STF a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica, “*ficando reservado ao juízo da execução o dever de promover a correta individualização da pena*”;

3) Nos termos da Súmula 611 do STF, “*transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna*”(grifo dos autores);

4) Se a competência para aplicar retroativamente a lei mais benéfica é do juízo da execução, então definitivamente não se trata de hipótese de ação rescisória, cuja competência é devolvida ordinariamente ao tribunal ao qual pertença o juízo prolator da decisão rescindenda.

5) A desconstituição da sentença transitada em julgado, por força da retroatividade da norma mais benéfica, não se insere em nenhuma das hipóteses que justificariam o ajuizamento da ação rescisória, previstos taxativamente pelo artigo 966 do CPC, como bem lembrado por Fernando da Fonseca Gajardoni.

Diante dessas premissas, é seguro afirmar que a competência para promover a aplicação da lei mais benéfica aos casos já decididos, com trânsito em julgado, sob a vigência da Lei nº 8.429/92, pertence ao juízo responsável pelo cumprimento da sentença, ao qual caberá, dadas as circunstâncias do caso concreto: a) reduzir as sanções impostas, na mesma proporção em que reduzidos os limites abstratos previstos a partir da nova lei ou; b) extinguir a execução: b.1) nas hipóteses em que a sanção já tiver sido integralmente cumprida, segundo os limites da nova lei; b.2) quando o ato considerado ímprobo, e que subsidiou a condenação, tenha sido revogado pela lei nova; ou b.3) quando a espécie de pena aplicada ao agente, pelo cometimento de determinado ato de improbidade, tenha sido suprimida pela nova legislação. De fato, as mudanças imprimidas pela nova Lei de Improbidade Administrativa são muitas, mas oferecer tratamento adequado aos processos vigentes, a fim de assegurar tratamento justo ao jurisdicionado, frente à existência de norma mais benéfica, deve ser o primeiro passo. A diretriz central é uma só: “*As novas normas da Lei de Improbidade, desde que mais benéficas, devem incidir*

*não só nos processos em curso, mas também naqueles transitados em julgado, na linha de pacífica orientação da doutrina e da jurisprudência em torno das diretrizes de aplicação das regras do Direito Sancionador”.*³²

Feitas estas considerações, no campo dos processos administrativos disciplinares, cabe analisar qual seria o mecanismo adequado para invocação, pelo servidor público, da tese de retroatividade benéfica introduzida pelas novas normas de improbidade administrativa.

Ao contrário do que ocorre no Direito Processual Civil, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo prevê a revisão como o único instrumento capaz de veicular a pretensão de reconhecimento de fatos novos, capazes de justificar a redução ou anulação das penalidades impostas nos processos administrativos disciplinares, a teor do artigo 315, *in verbis*:

Artigo 315. Admitir-se-á, a qualquer tempo, a revisão de punição disciplinar de que não caiba mais recurso, se surgirem fatos ou circunstâncias ainda não apreciados, ou vícios insanáveis de procedimento, que possam justificar redução ou anulação da pena aplicada.

§ 1º – A simples alegação da injustiça da decisão não constitui fundamento do pedido.

§ 2º – Não será admitida reiteração de pedido pelo mesmo fundamento.

§ 3º – Os pedidos formulados em desacordo com este artigo serão indeferidos.

§ 4º – O ônus da prova cabe ao requerente.

Nota-se a partir do texto legal que, para o deferimento do processamento de revisão administrativa de processos disciplinares, é necessário o surgimento de fatos ou circunstâncias não apreciados – chamados de “fatos novos” – ou vícios insanáveis de procedimento. Necessário, portanto, entender se a lei nova mais benéfica poderia ser tida como fato ou circunstância “novos”, aptos a justificar o processamento de revisões administrativas.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Ferraz e de Adilson Dallari:

O pedido de revisão não é exatamente uma manifestação de inconformidade com os fundamentos e a motivação da decisão que se deseja

32 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza; BORGES, Sabrina Nunes. Op. cit., grifo nosso.

modificar. Por meio do pedido de revisão o que se pretende é alterar a situação jurídica decorrente de decisão definitiva no âmbito administrativo, mas em função do surgimento ou da descoberta de fatos novos, de novas provas, que justifiquem a modificação pretendida. [...] A revisão não é um pedido de anulação da decisão proferida anteriormente; não se alega vício jurídico naquela decisão anterior. O que se alega é a inadequação ou a inconveniência da manutenção da penalidade imposta, em função de dados fáticos novos, que ensejam uma distinta configuração da base empírica da decisão revisanda, privando-a de um de seus lastros fundamentais.³³

Com base nessa premissa, “à luz do referido requisito [fatos novos], não basta que da revisão conste alegação de fato novo ou de circunstância não apreciada, sendo imperioso que os fatos e as circunstâncias novéis apresentados tenham a aptidão probatória de demonstrar a inadequação da pena aplicada” (Parecer AJG nº 490/2021).

Portanto, por essa linha de entendimento, a alteração legislativa não seria considerada propriamente “fato novo” apto a ensejar o processamento de revisão de processos disciplinares.

A propósito do assunto, no ano de 2003, foi alterado o Estatuto Funcional, por força da Lei Complementar estadual nº 942, suprimindo-se a parte do dispositivo que previa a contrariedade à texto legal. Confira-se a redação original do artigo 312 do diploma:

Artigo 312. Dar-se-á revisão dos processos findos, mediante recurso do punido:

I — quando a decisão for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos;

II — quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados; e

III — quando, após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido ou de circunstância que autorize pena mais branda.

33 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 306-307.

Parágrafo único — Os pedidos que não se fundarem nos casos enumerados no artigo serão indeferidos “in limine”.

Por outro lado, muito embora a redação atual não preveja, expressamente, a possibilidade de revisão quando a decisão punitiva for contrária ao texto expresso de lei, nos moldes da ação rescisória, pode-se entender ser cabível o pedido revisional nas hipóteses de superveniência de lei mais benéfica, interpretando-se de forma mais ampla o artigo 315 do Estatuto quanto ao conceito de “fato novo”.

Dessa maneira, tornando-se definitiva a decisão punitiva, em processo disciplinar no qual se discutia a prática de ato definido em lei como de improbidade administrativa, caberia ao interessado arguir a tese de superveniência de norma mais benéfica, capaz de anular ou reduzir a penalidade imposta, por meio de revisão.

Restaria, ainda assim, analisar se tal pedido encontraria limites temporais, uma vez que o artigo 315, do EFP menciona que a pretensão poderá ser apresentada a qualquer tempo.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê, em seu artigo 54, que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Assim, de acordo com a legislação federal, o servidor público teria o prazo de cinco anos, a contar da publicação da lei mais benéfica, para requerer a revisão da decisão punitiva. Nessa linha de raciocínio manifestou-se o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 33.484/RS, que tratava de prescrição, sedimentando o entendimento de que a admissibilidade de revisão da penalidade imposta, a qualquer tempo, criaria “hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do *due process*”.

A respeito do assunto, merece destaque a lição de Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Efetivamente, o instituto revisional do feito administrativo, em que pese alguma divergência doutrinária, encabeçada pela figura de José Armando da Costa, que defende a inexistência de prazo peremptório para o respectivo requerimento, não pode, *concessa venia*, ser eternizado além do óbice prescricional quinquenal, no que concerne a seus efeitos financeiros, opinião que é sufragada por doutrinadores do porte de Caio Tácito, Themístocles Cavalcanti e Alberto Bonfim, citados pelo também administrativista Palhares Moreira Reis, os quais confirmam o juízo de que a flexibilidade temporal somente se estende além do prazo prescricional quanto aos efeitos extrapatrimoniais da decisão apenadora, no campo moral, mas sem surtir efeitos financeiros contra a Fazenda Pública.

[...]

Parece que a observância do prazo prescricional quinquenal se afigura razoável como parâmetro para admissão, ou não, dos pedidos de abertura de processo de revisão, ressalvados os casos em que o novo meio de prova surja após cinco anos da aplicação da pena de demissão ou na hipótese de superveniência de sentença penal absolutória vinculante da esfera administrativa (inexistência do fato ou negativa de autoria, desde que ausente falta residual), contando-se o prazo a partir do trânsito em julgado do decreto judicial alforriador.^{34 35}

Fazendo um paralelo entre as legislações federal e estadual, que tratam da revisão administrativa com contornos semelhantes, resta perquirir se o prazo decadencial de cinco anos se aplica, de igual modo, aos processos administrativos disciplinares no âmbito do estado de São Paulo.

A Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelecia, no artigo 10, inciso I, em sua redação original, que a Administração teria o prazo de 10 (dez) anos para anular seus atos inválidos. Tal dispositivo, entretanto, foi julgado inconstitucional pela ADI nº 6.019,

34 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Op. cit., p. 1.316-1.318.

35 No mesmo sentido, cf.: STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar**: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 131-133.

com modulação de efeitos, para que: i) sejam mantidas as anulações já realizadas pela Administração até a publicação da ata do julgamento de mérito da ADI (23 de abril de 2021), desde que tenham observado o prazo de 10 (dez) anos; ii) seja aplicado o prazo decadencial de 10 (dez) anos aos casos em que, em 23.4.2021, já havia transcorrido mais da metade do tempo fixado na lei declarada inconstitucional (aplicação, por analogia, do art. 2.028 do Código Civil); e iii) para os demais atos administrativos já praticados, seja o prazo decadencial de 5 (cinco) anos contado a partir da publicação da ata do julgamento de mérito da ADI (23 de abril de 2021).

Adotando-se a posição da admissibilidade da revisão das decisões punitivas transitadas em julgado, poder-se-ia argumentar que muitos servidores condenados pela prática de ato de improbidade administrativa poderiam ser reintegrados ao serviço, nos cargos outrora ocupados, em prejuízo ao interesse público. Não se pode olvidar, entretanto, que, na maioria dos casos, o servidor é condenado pela prática de procedimento irregular de natureza grave, de ato definido em lei como de improbidade administrativa e de ato definido em lei como crime, podendo a descaracterização da improbidade implicar a desclassificação da conduta (para afastar a demissão agravada), mas não de improcedência das acusações.

Na hipótese de a temática ser levantada em algum caso concreto, será uma oportunidade para a manifestação da Procuradoria Administrativa, acerca da adequada interpretação do artigo 315 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, em face de alteração legislativa mais benéfica a condenados em processos disciplinares pela prática de ato definido em lei como improbidade administrativa, assim como eventualmente o limite temporal para a apresentação do pedido administrativo.

6. CONCLUSÃO

Neste artigo, fizemos um breve retrospecto das jurisprudências administrativa e pretoriana acerca da aplicação do princípio da retroatividade benéfica no campo do Direito Sancionador, à luz das recentes alterações produzidas na Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei Federal nº 14.230/2021.

Como visto, a referida Lei trouxe diversas disposições mais benéficas aos acusados por improbidade administrativa, entre elas:

a exigência do dolo específico para configuração do ato de improbidade, em qualquer de suas modalidades, a exclusão da conduta culposa e a redução do prazo prescricional.

Se a incidência (ou não) das normais mais favoráveis será aplicável aos processos em curso ou findos, quando da entrada em vigor da nova Lei, é um tema que, espera-se, venha a ser definido com a maior brevidade possível pelo Supremo Tribunal Federal. E, a depender do resultado do julgamento da Repercussão Geral – tema nº 1199, é possível que ocorra também uma revisitação da jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Por outro lado, mesmo que haja eventual definição da aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica aos processos administrativos disciplinares, notamos que restaria ainda outro debate quanto aos processos já decididos e sem mais pendência de recurso. Nesse ponto já há divergência doutrinária instalada, na esfera do processo civil, quanto ao instrumento adequado quando há condenação judicial: ação rescisória (artigo 966, CPC), revisão de sentença sobre relação jurídica de trato continuado (artigo 505, inciso I, CPC) ou manifestação simples, perante o juízo da execução.

Já no campo disciplinar, apesar de não termos profícua produção literária a respeito do assunto, certo é que se esbarra nas disposições do artigo 315 do Estatuto local, que traz os requisitos para a revisão administrativa. A solução, no estado de São Paulo, nessa hipótese, dependerá do sentido a ser conferido na interpretação do requisito “fato novo”.

Por fim, buscamos analisar possível recorte temporal, caso venha a ser admitido o processamento de revisão administrativa para análise da tese de aplicação retroativa das normas de improbidade administrativa mais benéficas aos servidores condenados em processos disciplinares, pois, em que pese a norma prever que o pedido possa ser apresentado “a qualquer tempo”, entendemos que seria necessária uma análise sistêmica do ordenamento jurídico, para que se garanta um mínimo de estabilidade e segurança jurídica à Administração Pública. Nesse sentido, destacamos o prazo quinquenal decorrente da Lei estadual nº 10.177/1998, conjugada com o julgamento da ADI nº 6.019, pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. Da inadequação da ação rescisória para aplicar a retroatividade benigna da Lei 14.230/21 às decisões transitadas em julgado. **Migalhas**, [s. l.], 21 fev. 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360212/acao-rescisoria-para-aplicar-a-retroatividade-benigna-da-lei-14-230-21>. Acesso em: 8 mar. 2022.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROS JUNIOR, Carlos S. de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BRASIL. Nota técnica nº 1/2021 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2021.

CAOP – PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E À ORDEM TRIBUTÁRIA. **Primeiras leituras da nova Lei de Improbidade Administrativa**. Análise preliminar das alterações da Lei de Improbidade Administrativa promovidas pela Lei nº 14.230/2021, publicada em 26 de outubro de 2021. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 8 nov. 2021. Disponível em: https://patrimonio-publico.mppr.mp.br/arquivos/File/Alteracoes_da_LIA/Primeiras_leituras_da_nova_Lei_de_Improbidade_Administrativa_-_Caoppot.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COSTA, José Armando da. **Direito Disciplinar**: temas substanciais e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE JUNIOR, Ricardo. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**: breves comentários sobre as principais alterações da Nova Lei de Improbidade Administrativa. [S. l.]: Autor, 2021. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/u9ni84qnirzrlx6/ebook%20improbidade%20administrativa%20-%20ricardo%20duarte.pdf?dl=0#>. Acesso em: 8 mar. 2022.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019.

FORTINI, Cristina; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 17 fev. 2022. Disponível em: <https://conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 8 mar. 2022.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza; BORGES, Sabrina Nunes. Caminhos para tratamento adequado aos processos em curso a partir da nova LIA. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 16 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-16/opinioao-tratamento-aos-processos-curso-partir-lia>. Acesso em: 9 mar. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada**: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEONEL, Ricardo de Barros. Nova LIA: aspectos da retroatividade associada ao Direito Sancionador. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021>

-nov-17/Leonel-lia-retroatividade-associada-direito-sancionador. Acesso em: 8 mar. 2022

LESSA, Sebastião José. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Mandado de segurança**. 35. ed. São Paulo: Medeiros, 2013.

MENEGAT, Fernando. **A retroatividade das normas de improbidade mais benéficas**. *Consultório Jurídico*, [s. l.], 29 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/menegat-retroatividade-normas-improbidade-beneficas>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSORIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília, DF, 29 out. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/11/C1A0B519BC5D7E_RetroativededanovaLeideImpro.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

PEDROSO, Margarete Gonçalves. A observância dos princípios processuais penais no processo administrativo disciplinar. In: SERRANO, Monica de Almeida Magalhães; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Alteração da Lei de Improbidade Administrativa: necessário remédio legislativo para um problema cultural. *Migalhas*, São Paulo, 21 jul. 2021. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/347324/ateracao-da-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 8 mar. 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira. Retroatividade de benéfica na Nova Lei de Improbidade Administrativa. **Blog Mizuno**, [s. l.], 1 nov. 2021. Disponível em: <https://blog.editoramizuno.com.br/retroatividade-benefica/#:~:text=Trata%2Dse%20de%20imposi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional,1%C2%AAedi%C3%A7%C3%A3o%2C%202021%2C%20p>. Acesso em: 29 jun. 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto (coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROSA, Carla Maria Elias. Processo Administrativo e os Ilícitos da Lei nº 8.429/92. In: SERRANO, Monica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013.

STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar**: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 2. p. 409-426, maio-ago. 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A via processual adequada para a revisão de sanções decorrentes de improbidade. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-17/yarshell-lucon-revisao-sancoes-decorrentes-improbidade>. Acesso em: 8 mar. 2022.

YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reposicionamento da ação de improbidade administrativa. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 26 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jn-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 8 mar. 2022.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL

José Carlos Cabral Granado¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Improbidade administrativa; 2.1 – Conceito; 2.1.1 – Sujeitos; 2.1.2 – Elemento subjetivo; 2.1.3 – Elementos objetivos; 2.1.4 – Tipicidade; 2.2 – Natureza jurídica; 2.3 – Improbidade administrativa e infração disciplinar; 3 – Evolução patrimonial incompatível; 3.1 – Ato de improbidade que cause enriquecimento ilícito; 3.2 – Enriquecimento ilícito por evolução patrimonial incompatível; 3.2.1 – Generalidades e histórico; 3.2.2 – Incidência da evolução patrimonial incompatível; 3.2.3 – Ônus da prova; 3.2.4 – Declaração de bens; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho trata de uma exposição da improbidade administrativa e da evolução patrimonial incompatível do agente público, à luz da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/92, bem como as grandes alterações contidas na recente Lei nº 14.231/21. Por outro lado, procurar-se-á analisar a possibilidade da evolução patrimonial, também, como uma infração disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Enriquecimento ilícito. Evolução patrimonial incompatível.

¹ Procurador do Estado de São Paulo desde 1994. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho inicia-se com o conceito de improbidade administrativa, seus elementos e sua natureza jurídica, fazendo uma comparação dessa improbidade com a infração disciplinar.

Posteriormente, será analisada a evolução patrimonial incompatível como ato de improbidade por enriquecimento ilícito, verificando se é possível sua incidência como falta disciplinar pura, ou se é necessária uma exata coincidência com a previsão constante do artigo 9º, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Conceito

Já na época do antigo Império Romano, o pensador Júlio César expressava a célebre frase: “A mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”.

Essa ideia de honestidade sempre irradiou intensamente para o serviço público, posto lidar invariavelmente com bens e direitos pertencentes a toda a sociedade, sendo obrigação daqueles que exercem suas funções, direta ou indiretamente, possuir cuidado redobrado no trato da coisa pública, de forma, inclusive, mais acentuada do que na área privada, posto que, nesta, eventual prejuízo será arcado pelo patrimônio individual, pertencente a pessoa física ou jurídica, e naquela prejudicará toda a sociedade.

Por tudo isso, todo o servidor público possui o dever de probidade no exercício de suas funções, que, no mais das vezes, significa honestidade. Esse dever abarca tanto o zelo pelo patrimônio público como o comportamento íntegro, no sentido de seus atos sempre visarem o interesse público, deixando de lado a satisfação de eventuais predileções, suas ou de terceiros.

Evidente que o rompimento ao dever de probidade é um dos mais graves dentro do serviço público, cuja incidência deve ser exemplarmente punida.

Costuma-se chamar de improbidade administrativa exatamente o rompimento ao dever de probidade no serviço público.

A ideia de improbidade administrativa está diretamente ligada à corrupção no serviço público, cujo sentido é mais amplo do que aquele

definido pelo artigo 317 do Código Penal, posto se tratar da utilização da função pública para angariar benefícios para si ou para outrem, o que convencionou-se chamar de vantagem indevida.

Igualmente, a improbidade administrativa deve abarcar a má gestão da coisa pública, ou seja, a ineficiência administrativa, aqui, evidentemente, como nos ensina Fabio Medina Osório, deve ser separada para “aqueles fenômenos mais graves, aproximando-se dos casos de desonestidades funcionais”².

Não é só: a improbidade administrativa também deve encampar o comportamento que viola os princípios mais importantes para a administração pública, como a própria honestidade, legalidade, moralidade, imparcialidade e lealdade.

Nossa legislação, como se verá mais adiante, somente passou a exigir um tratamento específico para a improbidade administrativa na Constituição Federal de 1988. Sem embargo, anteriormente, já havia leis que tratavam do tema, destacando-se a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, confeccionada por Bilac Pinto, resumida, abaixo, pelo autor já citado:

A Lei nº 3.502, de 21.12.1958, de plausível influência anglo-saxônica, confeccionada pelo saudoso Bilac Pinto, tratou dos casos de enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, no exercício das funções. Não se tratou expressamente da improbidade, mas sim dos casos de corrupção, que julgamos ser uma espécie de improbidade administrativa, tipificando-se as condutas corruptas desde uma perspectiva extrapenal. Seus tipos sancionadores constituem, entretanto, a base da legislação que posteriormente tratou do tema da improbidade. A única “sanção” prevista era a perda dos bens adquiridos ilicitamente e o ressarcimento ao erário. Bilac Pinto, com nítida inspiração no direito norte-americano, valendo-se de cláusulas gerais e usando o modelo dos Códigos de Conduta, buscou institucionalizar uma ferramenta anticorrupção no sistema brasileiro.³

2 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 63.

3 *Ibidem*, p. 135.

Como foi dito, apesar de nossa legislação reprimir o comportamento ímprobo, foi com a constituição cidadã que houve expressa referência à improbidade administrativa como a mais grave violação aos deveres do servidor público, merecendo as penas mais severas, assim determinando em seu artigo 37, § 4º:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Referido dispositivo constitucional, de eficácia limitada, criou o termo atos de improbidade administrativa, cuja incidência importará suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário sem, contudo, tipificá-los, deixando essa missão para a lei infraconstitucional.

Passados quase quatro anos de nossa Constituição Federal, em cumprimento à determinação acima, entrou em vigor a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que tratou dos atos de improbidade administrativa.

Recentemente, referida lei foi extensamente alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que, quanto aos atos de improbidade administrativa, dentre outras mudanças, retirou a modalidade culposa na descrição de seus tipos, exigindo, sempre, comportamento doloso.

A referida lei não se preocupou em definir a improbidade administrativa, cabendo à doutrina e jurisprudência sua conceituação.

Marçal Justen Filho, já com base nessa nova lei, assim define a improbidade administrativa:

A improbidade pode ser definida como uma ação ou omissão dolosa, violadora do dever constitucional de probidade no exercício da função pública ou na gestão de recursos públicos, que acarreta a imposição pelo Poder Judiciário de sanções políticas diferenciadas, tal como definido em lei.⁴

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 33.

Dessa forma, podemos conceituar a improbidade administrativa como um comportamento doloso, mediante ação ou omissão, definido em lei, que viola o dever de probidade do servidor público, importando na obtenção de vantagem indevida, ineficiência na gestão com lesão ao erário ou violação aos princípios de honestidade, legalidade, moralidade, imparcialidade e lealdade, cuja sanção administrativa será aplicada pelo Poder Judiciário.

Com o desmembramento desse conceito, temos as seguintes figuras a serem analisadas: a) sujeitos; b) elemento subjetivo; c) elementos objetivos; d) tipicidade.

2.1.1. Sujeitos

A vítima nos atos de improbidade será sempre o ente lesado, abarcando as pessoas jurídicas de direito público da União, Estados e Municípios, bem como a administração indireta nos exatos termos do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 8.429/92⁵, além das empresas privadas que recebam dinheiro público dessas entidades⁶.

Os autores do ato de improbidade serão as pessoas elencadas pelo artigo 2º, *caput*, deste diploma legal, que abarcam “agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei”⁷.

5 “Art. 1º, § 5º. Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992, art. 1º, § 5º).

6 “§ 6º. Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo” (Ibidem, art. 1º, § 6º).

7 Ibidem, art. 2º.

A Lei nº 14.230/21 inovou ao ampliar como sujeito ativo o particular, pessoa física ou jurídica, que receba valores das vítimas acima elencadas “na celebração de convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente”⁸.

É possível a existência de concurso de pessoas com a participação de particular que, de qualquer forma, auxilie o agente público na prática de ato de improbidade administrativa, nos termos previstos pelo artigo 3º.

2.1.2. Elemento subjetivo

Houve várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de sancionar o comportamento culposos na improbidade administrativa, prevalecendo o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça de que somente os atos de improbidade que importem em malversação da coisa pública, definido no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, tendo em vista sua expressa disposição legal, poderiam ser apenados nessa modalidade⁹. No entanto, mesmo assim, era exigível a configuração de, no mínimo, culpa grave¹⁰.

8 Ibidem, art. 2º.

9 “O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incursa nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do artigo 10” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso especial 1820364/MT. Recorrente: Evandro Bendito Escorisa; Vilma Vaete Sasso; Claudio Salles Picchi; Wanderlei Farias Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2 de março de 2021. Diário da Justiça eletrônico 1 jul. 2021, p. 1).

10 O termo culpa grave é muito genérico, sendo preferível adotar a ideia de culpa consciente, na exata definição de Zaffaroni:

“Chama-se culpa com representação, ou culpa consciente, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora a tenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evitá-lo ou simplesmente ele não ocorrerá. Este é o limite entre a culpa consciente e o dolo (dolo eventual, ver n. 265). Aqui há um conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos, que não se deve confundir com a aceitação da possibilidade de produção do resultado, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não ao cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual. Na culpa com representação, a única coisa que se conhece efetivamente é o perigo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 517).

No entanto, este autor partilha do entendimento de que a improbidade, por se tratar da violação administrativa mais grave praticada pelo servidor público no exercício de suas funções, e que, segundo entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, deve ser seguida de má-fé, há incompatibilidade entre o simples rompimento ao dever de cuidado, mesmo que haja representação da possibilidade da ocorrência do resultado, com a prática do ato de improbidade administrativa, devendo-se sempre exigir um comportamento doloso.

Nesse sentido, em boa hora, a Lei nº 14.230/21 vedou a possibilidade de punição ao comportamento culposos, expressando em todos os seus tipos que ele somente incide na forma dolosa, afirmando no seu artigo 1º, § 2º, que o dolo se consubstancia na “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”¹¹.

Como nos ensina Marçal Justen Filho:

Apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado. Ou seja, a improbidade é uma conduta necessariamente dolosa. Assim se impõe porque a configuração da desonestidade depende da consciência e da vontade de violar um dever moral.¹²

2.1.3. Elementos objetivos

A improbidade administrativa possui elementos que sempre a integram e outros que aparecem conforme a espécie do ato improprio.

Segundo nos ensina Fábio Medina Osório:

Toda e qualquer conduta ímproba reflete uma forma de ilegalidade, imoralidade e de deslealdade institucional, eis uma das fundamentais assertivas deste trabalho, rumo a uma conceituação mais densa e consistente do dever de probidade.¹³

11 BRASIL, 1992, art. 1º, §2º.

12 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 44.

13 OSÓRIO, 2020, p. 160.

Dessa forma, a improbidade sempre viola o dever de legalidade, posto que toda a administração deve ser regulada por normas, que incluem da Constituição Federal a uma mera portaria, sendo conhecida a expressão que ela “não pode fazer nada a não ser o que a lei determina”¹⁴. Assim, é inconcebível que o ato improbo se dê em conformidade com a lei, não sendo possível que o comportamento pautado na norma configure em desonestidade ou grave ineficiência.

Do mesmo modo, a improbidade sempre configura uma imoralidade e deslealdade administrativa, sendo que o agente, ao praticar um ato improbo “traí o dever de lealdade institucional, incorrendo em uma vulneração de normas de moral administrativa”¹⁵.

Outros elementos podem ou não aparecer, em conjunto ou separado, conforme a espécie do ato de improbidade administrativa. Assim, na existência de enriquecimento ilícito sempre haverá a presença da vantagem indevida; a ineficiência, na lesão ao erário público; a violação aos princípios da honestidade e imparcialidade nos atos definidos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

2.1.4. Tipicidade

Por se tratar da espécie mais grave de ilícito administrativo, é imprescindível que haja previsão legal quanto aos atos de improbidade administrativa; nesse sentido, o exige a própria Constituição Federal em seu artigo 37, § 4º.

Via de regra os atos de improbidade administrativa estão previstos nos artigos 9º, 10 e 11, formando três grupos: a) produção de enriquecimento ilícito¹⁶; b) lesão patrimonial ao erário público¹⁷; infração aos princípios fundamentais da administração¹⁸.

Observa-se, no entanto, que a própria LIA, em seu artigo 1º, § 1º, admite a possibilidade de eles serem previstos em leis especiais.

14 Ibidem, p. 153.

15 Ibidem, p. 163.

16 BRASIL, 1992, art. 9º.

17 Ibidem, art. 10.

18 Ibidem, art. 11.

A técnica da criação dos tipos de improbidade em seus dois primeiros grupos admite ampliação das hipóteses, posto que há uma descrição geral no *caput* e exemplos específicos dos atos nos demais incisos, o que não ocorre no último, em que somente ocorrerá a infração nas descrições constantes nos incisos.

De qualquer forma, tendo em vista que o ato de improbidade importa em violação à legalidade, diante das inúmeras disposições normativas espalhadas em todos os entes da federação, os referidos tipos são normas em branco, ou seja, sua constatação não se limita à simples subsunção aos artigos 9º a 11, sendo imprescindível que, antes da incidência do específico ato de improbidade, seja verificada qual a ilegalidade praticada em face da legislação que rege a atividade do agente público.

Este é o ensinamento de Fábio Medina Osório, do qual este autor compartilha:

Conceituamos a LGIA como um instrumento composto de normas sancionadoras em branco, aptas a absorver a incidência das legislações setoriais.

Não existe improbidade administrativa sem que haja, antes, subjacentemente, uma violação das normas setoriais. Não pode existir improbidade administrativa por meio da violação direta das normas da própria LGIA. Se aceitássemos tal hipótese, estaria aberta a via de uma grave insegurança jurídica. Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle da validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92.¹⁹

2.2. Natureza jurídica

Quando se fala da natureza jurídica da improbidade administrativa, deve-se olhar em direção à espécie de sanção que ela produz e, por conta disto, analisar qual o nível de garantias que deverá ser dado para aplicá-las.

¹⁹ OSÓRIO, 2020, p. 331.

Nesse sentido, segundo o Ministro José Augusto Delgado²⁰, existem três correntes firmadas: a) trata-se de sanção administrativa e patrimonial, isto é, cível em sentido lato; b) encerra preponderantemente conteúdo de Direto Penal; c) mista, ou seja, depende do sujeito ativo que praticar o ato improprio: caso seja autoridade passível da prática de crime de responsabilidade será penal; nos demais, administrativa e patrimonial.

José Armando da Costa²¹, defensor da primeira corrente, ensina que em nosso ordenamento jurídico possuímos cinco espécies de improbidade: a) improbidade trabalhista; b) improbidade político-administrativa; c) improbidade disciplinar; d) improbidade penal; e) improbidade civil ou administrativa.

Com relação a esta última, que vem prevista na Lei nº 8.429/92, referido autor pontua:

Agora, sim, a improbidade administrativa adquiriu realmente feitiço legal de infração jurídica-disciplinar capaz de ensejar a demissão do servidor público que exterioriza desvio de conduta enquadrada no domínio de incidência dos tipos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da mencionada lei.²²

A corrente que defende a natureza jurídica penal da improbidade administrativa é francamente minoritária, podendo-se citar, conforme informado pelo Ministro José Augusto Delgado, quando cita obra de Fábio Medina Osório, a existência do “Habeas Corpus nº 69680355, apreciado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Des. Luiz Ubirajara Machado, julgado em 17.12.1996, como tendo adotado essa linha de entendimento”²³.

Segundo consta, referida ação determinou o trancamento da ação civil pública contra Prefeito Municipal, tendo por fundamento que a Lei nº 8.429/92 teria natureza criminal, aplicando em favor do autor o

20 DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, p. 21-42, 2002.

21 COSTA apud DELGADO, op. cit.

22 Ibidem, p. 22.

23 OSÓRIO apud DELGADO, op. cit., p. 24.

disposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Porém, essa decisão foi reformada pelo pleno desse Tribunal, em julgamento de conflito de competência, fixando entendimento de que sua natureza era civil e que a Vara Criminal era incompetente para seu julgamento.

Ainda sob o aspecto jurisprudencial, José Augusto Delgado informa que o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, afastou a tese da natureza penal da improbidade administrativa, sendo que no Julgamento da Reclamação 591/SP, por meio do voto de desempate do Ministro Nilson Naves, afastou o foro de prerrogativa de função de Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho, fixando o seguinte entendimento:

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil competência, portanto, de juiz de primeiro grau.²⁴

Importante destacar que há tendência nos Tribunais Superiores de assumir a posição mista, considerando o ato de improbidade das autoridades passíveis de responder por crime de responsabilidade, como se praticassem esse delito, devendo o processamento e julgamento ser remetido às respectivas cortes, conforme se vê em interessante artigo do Ministro Gilmar Mendes²⁵.

Este subscritor conclui que, apesar das penas impostas no artigo 12 da LIA, elas não possuem natureza penal, pois não impõem ao condenado a submissão à perda de liberdade, não se tratando de pena privativa.

O fato dessas penalidades aproximarem-se dos efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e seguintes do Código Penal não interferem em sua natureza de sanção administrativa, posto que a improbidade visa diretamente a aplicação das penas de perda da função pública ou

²⁴ BRASIL apud DELGADO, p. 26.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo supremo tribunal federal. In: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controversos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 113-141.

mandato, suspensão dos direitos políticos, valores acrescidos ilicitamente com a prática do ato, multa civil e proibição de contratar e receber incentivos fiscais, aplicadas conjunta ou separadamente, não se tratando de efeito secundário de uma sentença condenatória.

Apesar de, indiscutivelmente, tratar-se de uma ação civil, há uma peculiaridade na improbidade administrativa, muito bem observada por Fábio Medina Osório.

Referido autor afirma que o Estado exerce seu poder punitivo de diversas formas, sendo a sanção administrativa uma delas, ao lado do próprio Direito Penal. De qualquer forma, todas as vezes em que a administração aplica uma punição, ela está exercendo o que chamamos de *jus puniendi*.

Por isso, ele defende que o tratamento da sanção administrativa deve ser destacado em um ramo próprio, denominado Direito Administrativo Sancionador.

Quanto à sanção administrativa propriamente dita, afirma que:

Antes de analisar o conceito mencionado, cabe reconhecer que tal proposta teórica sinaliza quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, numa dimensão tipicamente europeia, da qual, a priori, somos herdeiros: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afliitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico, em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).²⁶

Especificamente quanto às penas impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, apesar de sua aplicação ser realizada por uma autoridade judicial²⁷, em uma ação civil, o autor defende que, mesmo

26 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 91.

27 Quanto à possibilidade de a autoridade judiciária eventualmente aplicar uma sanção administrativa, assim nos ensina Fábio Medina Osório: “Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que

assim, se trata de uma sanção administrativa, abarcada pelo Direito Administrativo Sancionador.

A própria LIA em sua mais recente reforma deixou expressamente assentado que “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”²⁸.

Dessa forma, apesar de não se tratar de direito penal, a sanção na improbidade administrativa, por exteriorizar o *jus puniendi* do Estado, deve absorver a maioria de suas garantias, mormente o devido processo legal.

Nesse sentido, importante lição trazida pelo autor citado:

A improbidade contemplada no art. 37, § 4º, da Magna Carta, é disciplinada pelo direito administrativo sancionador, ao passo que a ação civil pública de improbidade administrativa tem natureza punitiva, inserindo-se nos domínios do Direito Processual Civil Público Punitivo, o que significa submetê-la explicitamente, por força do devido processo legal, à garantia de interdição à arbitrariedade e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito, aos direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados em geral e aos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador. Refiro-me, mais concretamente, aos princípios da legalidade, culpabilidade, tipicidade, especialidade, subsidiariedade, alternatividade, consunção, proporcionalidade, isonomia, razoabilidade, contraditório, ampla defesa, individualização da pena e presunção de inocência, além do devido processo legal.²⁹

2.3. Improbidade administrativa e infração disciplinar

Grande parte dos servidores públicos, ao ingressarem na administração, seja por meio de concurso público ou cargo comissionado, faz adesão a um estatuto, que regula seus direitos e deveres, tais quais,

podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo” (Ibidem, p. 99).

28 BRASIL, 1992, art. 1º, § 4º.

29 OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controversos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 94.

forma de exercício, contagem de tempo de serviço, promoção, vantagens pecuniárias, licenças, férias etc.

Além desses direitos, invariavelmente, esses estatutos possuem uma parte que se dedica às hipóteses de rompimento com os deveres e proibições e a prática de condutas tidas como intoleráveis pela administração pública, bem como suas consequências, que, no mais das vezes, variam desde uma mera repreensão, advertência ou censura, passando pela pena de suspensão, até a demissão ou cassação da aposentadoria, sendo que algumas leis, como no caso do estado de São Paulo, criam, ainda, a figura da demissão a bem do serviço público.

Chama-se de infração disciplinar o rompimento desses deveres, proibições e a prática de condutas tidas como intoleráveis pela administração pública, com a consequente punição.

Essa infração é uma espécie de ilícito administrativo, que apresenta a mesma estrutura do ilícito civil, na exata definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano³⁰.

Evidente que, por se tratar de uma estrutura semelhante ao ilícito civil, ela não exige, tal qual o crime, a presença da tipicidade, bastando que o servidor público descumpra algum dever ou proibição imposto na legislação, como por exemplo, “ser assíduo e pontual”³¹, sem a necessidade de uma descrição de como se dará a infração disciplinar, com a explicitação dos elementos subjetivos e objetivos.

Mais uma vez reporta-se aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o tema:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida

30 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 520.

31 SÃO PAULO. Lei nº 10.261 de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 2, 29 out. 1968, art. 241, inc. I.

com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaçaõ no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.³²

A consequência da prática da infração disciplinar, que será apurada mediante regular processo, importa uma sanção administrativa e, por isso, como já referido acima, trata-se do exercício do *jus puniendi* estatal, fazendo parte daquilo que se convencionou enquadrar como Direito Administrativo Sancionador, com todos os reflexos das garantias constitucionais, muitas delas importadas do Direito Penal, como o devido processo legal, direito ao contraditório e ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, individualização da pena, presunção de inocência, entre outros.

Os atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, sem exceção, importam em infração disciplinar, sendo que várias leis, como o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, tratam especificamente deles, determinando aplicação da pena de demissão a bem do serviço público³³. No entanto, diante da atipicidade da infração disciplinar, é possível a prática da chamada improbidade disciplinar, sem que tal ato esteja especificamente descrito na LIA, como ocorre, explicitamente, no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, que já previa o ato de improbidade como causa de demissão no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90.

No caso do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261/1968), apesar de não haver menção expressa à improbidade como infração disciplinar, independentemente da LIA, ela ocorre diante da violação ao dever de honestidade, seja por meio do rompimento dos deveres dispostos no artigo 241, destacando-se o de guardar sigilo sobre os assuntos da administração (inc. IV e art. 257, inc. III³⁴) e proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função (inc. XIV);

32 DI PIETRO, op. cit., p. 520.

33 A Lei Estadual nº 10.261/68 prevê como pena de demissão a bem do serviço público praticar ato definido em lei como de improbidade (SÃO PAULO, op. cit., art. 257, inc. XIII).

34 Dependendo do grau da violação pode haver incidência no artigo 257, inc. III, da Lei nº 10.261/68.

nas proibições dos artigos 242 e 243, como empregar material do serviço público em serviço particular (art. 242, inc. VIII) e lograr proveito por meio do exercício do cargo (art. 243, inc. XI e art. 257, inc. VIII); bem como nos atos intoleráveis descritos no artigo 257, como a prática de crimes contra a administração e fé pública (inc. II e inc. IX), lesar o patrimônio e cofres públicos (inc. VI), recebimento de propinas (inc. VII); e prática de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores (inc. XII).

Sendo infração disciplinar, é possível que o servidor público responda cumulativamente, pelo mesmo ato de improbidade, tanto na esfera civil como na disciplinar, podendo perder o cargo naquela e ser demitido nesta, o que não representará *bis in idem*.

Isso ocorre em razão da independência dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal. No caso do estado de São Paulo, há previsão expressa no artigo 250, § 1º, de que “a responsabilidade administrativa é independente da civil e da criminal”³⁵.

Evidente que essa independência não pode ser encarada de forma absoluta, havendo casos em que a decisão judicial repercute na administrativa, nos exatos termos previstos pelo artigo 935 do Código Civil, ao afirmar que haverá repercussão desta naquela quando, de forma absoluta e definitiva, o juízo criminal afastar a autoria ou a existência do fato, sem prejuízo de, na decisão administrativa, haver algum resíduo da falta, ou seja, a sanção administrativa não se conter tão somente no crime analisado pelo Poder Judiciário, nos exatos termos da Súmula 18 do STF.³⁶

A par da independência das instâncias, é imprescindível a existência de colaboração entre as autoridades que apuram o ato de improbidade administrativa, auxiliando na produção de provas, a fim de que, dentro do possível, se harmonizem as decisões, evitando contrariedade entre ambas.

Além da improbidade como infração disciplinar, ela também pode ser considerada como justa causa para o rompimento do contrato de trabalho, prevista no artigo 482, alínea “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, que diz:

35 Ibidem, art. 250.

36 “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;³⁷

É o que a doutrina convencionou chamar de improbidade trabalhista, que possui uma conceituação mais ampla do que a administrativa, pois se relaciona a todos os atos desonestos praticados pelo empregado durante o contrato de trabalho, como furto, adulteração de documentos pessoais ou pertencentes ao empregador, recebimento de propina etc.

No caso de empregado público contratado no estado de São Paulo, na administração direta, autárquica e fundacional, que pratique ato de improbidade administrativa previsto na LIA, além de poder responder pela respectiva ação civil de improbidade, concomitantemente, sofrerá processo sancionatório previsto nos artigos 62 e seguintes da Lei Estadual nº 10.177/98, visando a rescisão do contrato por justa causa.

3. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL

3.1. Ato de improbidade que cause enriquecimento ilícito

O artigo 9º da Lei nº 8.429/92 inaugura a descrição dos tipos de improbidade administrativa, mais comumente chamados de atos de improbidade administrativa, sendo que o *caput* traça seus elementos essenciais e os incisos seguintes descrevem doze formas específicas de sua incidência, sem, contudo, esgotá-las.

Essa espécie de ato de improbidade é a mais grave de todas, pois, nos dizeres de Marino Pazzaglini Filho, “contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral”³⁸.

Apesar de necessariamente não constituir elemento do tipo, como ocorre no artigo 11 dessa mesma lei, o dever de honestidade, que caracteriza

37 BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho – CLT e normas correlatas*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017, p. 80.

38 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

a própria probidade, é frontalmente violado, pois, nesse caso, o autor do ato faz do serviço público um balcão de negócios, deturpando a finalidade última do exercício de suas funções, que é a concretização do interesse público.

Trata-se do agente público que trai o mais comezinho dever para com a Administração Pública, buscando potencializar seus ganhos por meio da venda do seu serviço em favor de interesses espúrios de particulares, que buscam facilidades perante a Administração Pública, ou mediante apropriação do erário público, infringindo os princípios basilares insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Atualmente, após a edição da Lei nº 14.230/21, assim reza o artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente [...].³⁹

O artigo acima trouxe poucas alterações com relação à redação anterior, sendo que a mais expressiva é a afirmação de que o ato de improbidade somente se dará “mediante a prática de ato doloso”, questão que já era pacificada pela doutrina e jurisprudência, como se vê do ensinamento de Marçal Justen Filho:

O elemento subjetivo do ilícito do art. 9º é o dolo. Essa orientação já prevalecia antes da edição da Lei 14.230/2021. No entanto e para eliminar qualquer controvérsia, houve a inclusão da exigência do dolo para a configuração da improbidade do art. 9º.⁴⁰

De acordo com lição de Marino Pazzaglini Filho, esta modalidade de ato de improbidade se caracteriza pelo preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos:

- recebimento de vantagem patrimonial indevida por agente público, acarretando, ou não, dano ao erário;

39 BRASIL, 1992, art. 9º.

40 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 126.

- vantagem decorrente de comportamento ilícito do agente;
- ciência do agente da ilicitude (dolo) da vantagem obtida; e
- nexos causal entre o exercício funcional abusivo do agente e a indevida vantagem por ele auferida.⁴¹

O principal requisito, considerado elemento desse tipo, é o recebimento de vantagem indevida.

Todo agente público, desde um simples Oficial Administrativo, até um Magistrado, passando pelo trabalho não remunerado de um mesário na Justiça Eleitoral⁴², com maior ou menor autonomia no exercício de suas funções, presta seus serviços com o fim de atender as necessidades da sociedade.

Normalmente o agente recebe uma contraprestação por esse serviço, podendo ser representada em dinheiro (vencimentos, salários, comissão etc.) ou reconhecimento público, quando não remunerado (jurado, preferência em concurso público⁴³; mesários, dispensa do serviço pelo dobro dos dias prestados⁴⁴ etc.), sendo que todas essas vantagens devem ser previstas em lei.

Por outro lado, o recebimento de vantagem patrimonial não prevista em lei é fruto de desvio, é considerada como indevida e, por isso, pode constituir ato de improbidade administrativa.

Importante salientar que este artigo se refere a qualquer vantagem patrimonial, desde que economicamente apreciável, compreendendo valores em dinheiro, bens móveis ou imóveis, ações, título ao portador, cheques, notas promissórias etc.

41 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 54.

42 As pessoas que não recebem remuneração, mas exercem um múnus público, apesar de, especificamente, não serem conceituadas como servidores públicos, mas particulares em colaboração com a Administração, são considerados agentes públicos nos termos do artigo 2º, *caput*, da LIA.

43 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941, art. 440.

44 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 21801, 1 out. 1997, art. 98.

O recebimento da vantagem indevida não precisa acarretar dano ao erário público, sendo que somente o fato de a receber já viola o dever de probidade do servidor, podendo, inclusive, tratar-se de prática de ato de ofício.

O segundo requisito da improbidade é a razão de seu recebimento ter por origem o exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade com relação às pessoas enumeradas no artigo 1º da LIA.

O terceiro é o elemento subjetivo, que se constitui pelo dolo, ou seja, o autor do ato de improbidade administrativa suscetível de causar enriquecimento ilícito deve ter a ciência da ilicitude da vantagem patrimonial.

Como nos ensina Marçal Justen Filho:

Somente se configura a infração do art. 9º quando o agente público atuar de modo consciente e intencional quanto à obtenção de uma vantagem indevida e a sua incorporação ao patrimônio próprio ou de terceiro.⁴⁵

O último requisito é o nexo de causalidade entre o enriquecimento ilícito e o desempenho de determinada função pública.

Isso significa que é necessário demonstrar que, por conta da prestação do serviço público, correspondente a um ou vários atos, o agente recebeu, em contraprestação, um bem patrimonialmente considerado. Por exemplo, determinado Diretor de uma unidade do Departamento de Trânsito (Detran) recebeu R\$1.000,00 de um condutor para fazer desaparecer a pontuação em sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH), que seria causa de um processo de suspensão. Assim, temos a vantagem indevida (R\$1.000,00) e o exercício da função (Diretor do Detran com atribuição de baixa em pontos de carteira de habilitação), bem como o nexo causal entre o ato praticado: dar, sem causa legal que a justifique, baixa nos pontos, e o recebimento do valor.

Assim, não basta demonstrar que em certa data um diretor da unidade do Detran recebeu R\$1.000,00 além de seus vencimentos. Aliás, o valor pode ser ilícito, fruto de venda de entorpecente, por exemplo, sem, contudo, tratar-se de ato de improbidade administrativa, posto a ausência de nexo entre o valor e a atividade desempenhada pelo agente público.

45 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 127.

Por fim, como dito linhas atrás, o artigo 9º, além de definir o que seria o ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, criou doze espécies dessa modalidade, assim as definindo:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV – utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei;

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.⁴⁶

Essas espécies de atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, apesar de serem exemplificativas, ou seja, não esgotarem suas hipóteses, devem se amoldar ao *caput*, isto é, não tratam de tipos independentes, devendo estar presente a vantagem indevida em razão da função, por ato doloso, com liame entre determinado ato funcional e a obtenção do bem, havendo, porém, em relação à evolução patrimonial, corrente em sentido diverso.

3.2. Enriquecimento ilícito por evolução patrimonial incompatível

3.2.1. Generalidades e histórico

O artigo 9º, inciso VII, da LIA criou uma hipótese específica de ato de improbidade administrativa, conhecida como evolução patrimonial incompatível ou, nos dizeres de Fábio Medina Osório, enriquecimento desproporcional sem causa aparente.

Trata-se aqui de apenas o agente público que ostenta nível de vida completamente destoante dos vencimentos recebidos, enriquecendo

46 BRASIL, 1992, art. 9º.

rapidamente, sem qualquer paralelo com os demais colegas que atuam na mesma repartição e, aparentemente, sem base em fortuna amealhada por sua família.

Como nos ensina Fábio Medina Osório:

Não há o menor pudor por parte dos agentes públicos que passam a ostentar patrimônio milionário, após alguns anos de serviço público, rapidamente constituindo instrumentos de “lavagem” de dinheiros, de modo a lograr aparência de suposta idoneidade, só factível aos olhos dos incautos ou dos que não querem ver. É claro que o inventário dos bens dos homens públicos não passa apenas pela fiscalização de seus rendimentos e bens declarados, mas vai muito além desses patamares formais, alcançando terceiros e todo um padrão de vida que pode e deve ser auditado.⁴⁷

A preocupação em punir o agente público que usou das suas funções para, indevidamente, tornar-se rico não surgiu com a LIA, mas já vinha se desenhando anteriormente.

Já na época da ditadura militar dos anos 1960 a 1980 havia uma grande preocupação com o combate à corrupção, sendo que o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, prevendo a cassação de mandados e a suspensão de direitos políticos por prazo indeterminado, permitiu o confisco de bens em decorrência de enriquecimento ilícito, por decreto do Presidente da República.

Em razão desse ato, foi editado o Decreto-Lei nº 359 de 17 de dezembro de 1968, que criou, dentro do Ministério da Justiça, a Comissão Geral de Investigação, destinada a realizar investigação sumária para o confisco de bens daqueles que enriqueceram ilicitamente no exercício do cargo ou função pública. Concluída a investigação, eram apontados quais bens foram produto de enriquecimento ilícito, sendo que o Presidente da República expedia um decreto determinando o confisco em favor da Fazenda Pública, notificando os Cartórios de Registros de Imóveis para fazerem a transmissão da propriedade.

Quanto a esse decreto, assim nos ensina Wallace Paiva Martins Junior:

⁴⁷ OSÓRIO, 2020, p. 535.

O Decreto-lei nº359 considerava enriquecimento ilícito, dentre outros fatos, “a aquisição de bens, dinheiros ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, assim como das respectivas autarquia, empresas públicas ou sociedade de economia mista, sem que, à época da aquisição, dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista de declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda”, bem como, “embora dispondo, à época da aquisição, de idoneidade financeira para fazê-lo, não haja comprovado a sua legitimidade perante a comissão (art. 6º, parágrafo único).⁴⁸

Assim, antes da LIA já havia previsão legal do enriquecimento ilícito por evolução patrimonial incompatível, sendo que, pela dicção do artigo 7º deste decreto: “o ônus da prova da legitimidade da aquisição caberá ao indiciado”⁴⁹. Dessa forma, constatado que determinado bem não era correspondente aos vencimentos do agente público, cabia a ele demonstrar sua legitimidade; não o fazendo, a Comissão indicava que ele era produto de enriquecimento ilícito, sendo que o Presidente, por meio de Decreto, determinava seu confisco, declarando nula qualquer alienação desse bem.

Posteriormente, por meio do Ato Complementar 42, de 27 de janeiro de 1969, houve ampliação da incidência deste decreto, podendo atingir particulares que mantivessem relação com a Administração Pública, bem como as associações e entidades beneficiadas com verbas públicas, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos.

Ainda em 1969 o Ato Institucional 14, de 5 de setembro de 1969, alterou a redação do artigo 150, § 11, da Constituição Federal para permitir o confisco nos casos de enriquecimento ilícito ou dano ao erário público.

Esse sistema durou até a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que, dando nova redação ao artigo 153, 11, da Constituição Federal, revogou as regras acima, proibindo o confisco de bens.

48 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos: evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal nº 8.429/92. *Justitia*, São Paulo, v. 59, n. 177, p. 95-110, 1997, p. 100.

49 BRASIL. Decreto-lei nº 359, de 17 de dezembro de 1968. Cria a Comissão Geral de Investigações e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 10913, 18 dez. 1968, art. 7º.

3.2.2. Incidência da evolução patrimonial incompatível

A evolução patrimonial incompatível é verificada quando o agente público possui um nível de vida que seus vencimentos não comportam.

No entanto, para efeito da ocorrência de ato de improbidade, nos termos do artigo 9º, inciso VII da LIA, basta que o agente público adquira, durante o exercício de suas funções, qualquer bem não alcançado pelos seus vencimentos.

A expressão bem contida nesse inciso deve abarcar todo e qualquer objeto que tenha valor patrimonial, como veículos, casas, joias, títulos, dinheiro em espécie etc. Importante ressaltar que não somente os bens declarados no campo próprio na declaração de imposto de renda devem ser considerados, mas deve-se, também, incluir eventuais rendimentos, como, por exemplo, a simulação de aluguel inexistente, ou, mesmo que existente, por valor superior àquele efetivamente pago.

Igualmente, a demonstração de patrimônio incompatível não deve ficar limitada à declaração de renda do agente público, devendo, se o caso, ser estendida às declarações de seu cônjuge, filhos, pais, ou seja, havendo indício de ocultação de bens em patrimônio de terceiro deve a investigação abrangê-los. Ademais, essa constatação também pode ser estendida para outros gastos, geralmente ocultos, como cartão de crédito, depósito em conta corrente no Brasil e no exterior etc., sendo possível, inclusive, quebra de sigilo fiscal e bancário durante a sindicância patrimonial, sendo transcrito abaixo interessante caso julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre essa questão:

Procedimento administrativo instaurado. Sindicância patrimonial. Quebra de sigilo de dados sem autorização judicial. Auditor fiscal da receita estadual. Patrimônio incompatível com seus ganhos. Decisão agravada que indeferiu o sobrestamento do Processo Administrativo Disciplinar. Inconformismo do agravante. Alegação de impossibilidade de quebra de sigilo no âmbito no bojo de sindicância. A Constituição da República ao consagrar o princípio da moralidade, estabeleceu também a necessidade de proteção à moralidade e de responsabilização do agente que atua em desconformidade com tal preceito, sendo certo que os atos que importem em enriquecimento ilícito configuram ato de improbidade, consoante os termos do art. 9º, da Lei nº. 8.429/92.

O procedimento impugnado pelo recorrente se lastreia em decreto cujo fundamento de validade constitucional reside no princípio da moralidade administrativa. Por outro lado, o art. 198, § 1º, II, do CTN, prevê a possibilidade de intercâmbio de informações sigilosas para a instrução de procedimento destinado a apurar infração administrativa. O STJ já se pronunciou quanto à possibilidade de quebra de sigilo bancário e fiscal sem a prévia autorização judicial. Indeferimento ou concessão da antecipação que somente se reforma se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos. Súmula 59, do TJRJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.⁵⁰

3.2.3. Ônus da prova

Esta provavelmente é a questão mais tormentosa sobre a evolução patrimonial incompatível.

Vários autores, entre eles Wallace Paiva Martins, defendem que o patrimônio incompatível é a forma residual encontrada pela LIA para punir o agente público desonesto, que buscou o serviço público para enriquecer.

A evolução desproporcional do patrimônio (ou variação patrimonial incompatível) é caso residual de enriquecimento ilícito, pois se não há prova de que a vantagem econômica percebida é relacionada ou conexa a prática de ato, ou abstenção da execução de ato de ofício, afastando a incidência de outra modalidade de enriquecimento ilícito, mesmo assim afigura-se inidôneo o enriquecimento do agente público, porque adquiriu bens ou valores desproporcionais ou incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda. Sua razão repousa na ideia de uma presunção da ilegitimidade do enriquecimento, pois não deriva de justa causa, aproximando o enriquecimento sem causa do ilícito.

Neste caso, a lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos. Para tanto, basta provar que o agente público exercia

50 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (18. Câmara cível). **Agravo de Instrumento 0020298-47.2019.8.19.0000**. Agravante: Carlos Sergio Silva Janiques. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos, 18 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759753448/agravo-de-instrumento-ai-202984720198190000>. Acesso em: 6 jul. 2022, p. 1.

função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos sejam incompatíveis ou desproporcionais a evolução de seu patrimônio ou sua renda.⁵¹

Dessa forma, defende este autor que aquele que recebe valores dos entes da federação pode, eventualmente, ter seu patrimônio auditado e, se durante essa investigação, for constatada que parte de seus bens não são compatíveis com seus vencimentos, poderá ser instaurada contra ele uma ação de improbidade administrativa, posto que o inciso VII da lei cria uma presunção de que referido patrimônio constituiu vantagem indevida, adquirido no exercício das funções.

Para esses autores, constatada a incompatibilidade, caberá ao servidor público demonstrar sua legitimidade, havendo inversão do ônus da prova, tratando-se de presunção *juris tantum*.

O Superior Tribunal de Justiça vem interpretando o inciso VII dessa forma, como se vê do julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUMENTO PATRIMONIAL SEM JUSTIFICATIVA LEGAL. ART. 132, IV, DA LEI 8.112/1990 E ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/1992. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCREMENTO PATRIMONIAL. RELAÇÃO COM DESVIO FUNCIONAL. DESNECESSIDADE. JUSTIFICATIVA DA ORIGEM DOS BENS. ÔNUS DA PROVA DO SERVIDOR. PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. NATUREZA CONTRIBUTIVA/PREVIDENCIÁRIA DO BENEFÍCIO. EC 20/1998. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ E DO STF. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. MEDIDA LIMINAR REVOGADA.

[...]

6. “A improbidade administrativa consiste em o servidor público amedilhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilícitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que

51 MARTINS JUNIOR, op. cit., p. 103.

basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público” (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). No mesmo sentido: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 10.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.11.2015; AgRg no REsp 1.400.571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1a Região), Primeira Turma, DJe 13.10.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008.

7. Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato genericamente doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.

8. A compreensão sedimentada no STJ, relativa ao ônus da prova da licitude do incremento patrimonial, é de que, demonstrada pelo Estado-acusador riqueza incompatível com a renda do servidor, a incumbência de provar a fonte legítima do aumento do patrimônio é do acusado, e não da Administração.

9. “A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito” (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). Com a mesma compreensão: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014;

MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 10.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.2.2016; MS 13.142/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 4.8.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e AgRg no AREsp 187.235/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16.10.2012.⁵²

De outra banda, há posicionamento doutrinário e jurisprudencial de que cabe à Administração não só demonstrar a evolução patrimonial incompatível como também que ela se deu em razão de determinado ato ou atos durante o exercício da função.

Nesse sentido, diz Marino Pazzaglini Filho:

A bem da verdade, na ação civil de improbidade administrativa, incumbe ao seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e renda em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública.

Não há, na espécie, qualquer previsão legal, explicitamente, de inversão do ônus da prova. E sua adoção, por ser excepcional e afastar a regra processual geral *actori incumbit probatio*, tem que ser expressa e não tácita ou presumida.⁵³

Esse mesmo autor cita julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. IMPUTAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA APARENTE (EVOLUÇÃO PATRIMONIAL SEM PROPORÇÃO COM OS VENCIMENTOS). PROCEDÊNCIA ORIGINÁRIA.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 21.708/DF. Impetrante: Celso Renato Inhan. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 8 de maio de 2019. *Diário da justiça eletrônico*, 11 set. 2019, p. 1.

53 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 66.

1. Admitir, contra o servidor público, uma presunção *iuris tantum* de culpa é assediar indevidamente a norma constitucional que protege o estado de não culpabilidade (inc. LVII, art. 5º, CF-88).

2. Exigir, para afastar suposta presunção *iuris tantum* de culpa, a prova de toda causa do patrimônio de um servidor público abrangeria não apenas as causas lícitas, mas também as ilícitas. Ora, quanto a estas últimas, decerto, se infringiria o princípio *nemo tenetur edere contra se*, acolhido tanto na esfera penal (art. 186, Cód. Pr. Pen.), quanto na civil (cf. inc. II, art. 229, Cód. Civ., e inc. I, art. 347, Cód. Pr. Civ.).

3. A ação de improbidade administrativa tem por núcleo exatamente atos ímprobos na órbita da Administração Pública e não outros eventuais ilícitos.

4. No sistema da Lei nº 8.429/1992, *nulla poena sine accusatione*, *actio ne improba*, culpa ne que *probatione*. Extinção do processo, sem resolução de mérito, prejudicado o exame do recurso da autora (Ap. 994.09.315995-1 – 11a Câmara de Direito Público – Rel. Des. Ricardo Dip, j. 3.5.2010).⁵⁴

Assim, para tal corrente, cabe ao autor da ação de improbidade não só demonstrar a existência da vantagem indevida e que o seu ator, nesta época, ocupava determinada função pública, mas também o nexo causal, ou seja, que o aumento do patrimônio incompatível se deu pela prática de determinado ato ou atos em decorrência do seu exercício, lícito ou ilícito.

Admitir a inversão do ônus da prova, para parte da doutrina, importaria em desconfiguração do princípio da presunção de inocência garantido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo considerada correta a exclusão dessa previsão durante a tramitação do projeto da lei de improbidade administrativa no Congresso Nacional⁵⁵.

54 Ibidem, p. 68.

55 Marino Pazzaglini Filho escreveu sobre a previsão de inversão do ônus da prova:

“Além disso, o legislador, efetivamente, não pretendeu a inversão do ônus da prova, posto que o projeto continha originalmente, no que era seu art. 26, a estipulação da inversão do ônus da prova no caso de enriquecimento sem causa (antigo inciso VII do art. 12, atual inciso VII do art. 9º), o qual dizia: ‘quando a ação civil tiver por fundamento o inciso VII do art. 12, cabe ao agente público ou beneficiário demonstrar a origem lícita dos recursos

3.2.4. Declaração de bens

O artigo 13 da LIA determina que o agente público deverá, quando ingressar no serviço público, apresentar uma via da declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza entregue à Receita Federal do Brasil, que será arquivado no setor de Recursos Humanos, devendo, anualmente, entregar a respectiva declaração, bem como na data em que deixar o exercício do mandado cargo, emprego ou função.

Importante notar que a obrigatoriedade da entrega de uma via da declaração de imposto de renda trata-se de novidade trazida pela Lei nº 14.230/21, sendo que na regra anterior a obrigação era de apresentar a declaração de bens.

Essa regra foi repetida na Lei nº 8.730/93 para os servidores públicos federais, sendo que no estado de São Paulo ela foi regulada pelo Decreto nº 41.865/97, quanto aos servidores públicos estaduais da administração direta ou indireta, empresa pública e sociedade de economia mista, sendo que as autoridades e dirigentes enumerados no artigo 3º desse decreto deverão apresentar, também, as declarações, se houver, do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob sua dependência.⁵⁶

A recusa na apresentação da via da declaração do imposto de renda pode ser punida com demissão, bem como a apresentação de declaração falsa, conforme expressa o § 3º, da Lei nº 8.429/92.

A investigação da evolução patrimonial, incluindo o ato de recusa e falsidade na declaração, dar-se-á por meio do que se chama de sindicância patrimonial, que na união fica a cargo da Controladoria-Geral (Decreto nº 10.251/2020) e no estado de São Paulo pela Corregedoria Geral da Administração (Decreto nº 58.276/12).

financeiros utilizados para a aquisição de valores ali mencionados'. Entretanto, esse dispositivo, excluído na Câmara dos Deputados, não foi convertido em lei, o que demonstra, também, não caber, na espécie, a inversão excepcional do ônus dessa prova" (Ibidem, p. 67).

56 A lei e decreto mencionados referem-se à declaração de bens, devendo ser atualizadas para a apresentação de uma via da declaração do imposto de renda.

4. CONCLUSÃO

A improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, como visto anteriormente, é a mais séria violação que o agente público pode praticar no exercício de suas funções, equiparando-se, muitas vezes, com os tipos penais de corrupção, concussão ou peculato, que, por isso, merecem as reprimendas mais graves previstas no artigo 12 da LIA⁵⁷.

Dentro do rol desses atos de improbidade está a evolução patrimonial incompatível que, para parte da doutrina, necessitaria de todos os seus requisitos para assim ser considerada, incluindo a prova de que a obtenção daquele bem ou bens patrimoniais foram fruto da prática de determinado ato ou atos no exercício de função, cargo, emprego ou mandato.

Igualmente, todo o ato de improbidade administrativa configura infração disciplinar, cuja reprimenda máxima será a demissão, simples ou qualificada, quando prevista.

Entretanto, além da improbidade administrativa, o servidor também está sujeito a um complexo de deveres e proibições, previsto nos vários estatutos (federal, estadual ou municipal), que não possui a mesma tipicidade exigida na Lei nº 8.429/92.

Não se pode olvidar que ao servidor público é exigido um comportamento probo, com maior intensidade do que o particular, pois além de prestar seus serviços com o fim de atender as necessidades da sociedade, recebe a respectiva contraprestação oriunda do erário público, fruto de tributos arcados por essa mesma comunidade.

Por essa razão há, atualmente, vários dispositivos legais que exigem transparência no serviço público, tanto quanto aos gastos, como à

57 “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;” (BRASIL, 1992, art. 12).

remuneração paga a cada servidor. Igualmente, é dever do funcionário não só prestar contas de seu patrimônio à receita federal como, também, ao ente da federação a que está vinculado.

Dessa forma, tanto os ganhos como o patrimônio do servidor público podem e devem ser auditáveis, não se admitindo o descompasso entre sua renda, fruto de seus vencimentos, e sua riqueza.

Por essa razão, resta claro que a evolução patrimonial incompatível do servidor público, mesmo que não haja demonstração do liame entre o ato no exercício da função e o recebimento da vantagem indevida, trata-se de falta disciplinar, desde que não haja prova de sua origem lícita.

É o caso, por exemplo, de um agente público de São Paulo que seja denunciado anonimamente de enriquecer no exercício de suas funções e, durante a sindicância patrimonial, se constate, pelas suas declarações e de sua esposa, ascensão incompatível de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem comprovação de origem, sendo que, por outro lado, a Corregedoria-Geral da Administração não encontrou elementos de que a percepção desse valor tenha se dado por determinado ato funcional. Haveria, aqui, indício suficiente para a abertura de processo administrativo disciplinar e se, durante o contraditório, não conseguir a defesa demonstrar a licitude do acréscimo, poderá haver a pena de demissão.

No estado de São Paulo, esse fato tratar-se-ia de motivo para demissão por procedimento irregular de natureza grave, previsto no artigo 256, inciso II, da Lei nº 10.261/68, diante da violação aos deveres de “estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções” e “proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública”⁵⁸.

Assim, para a existência de falta disciplinar por patrimônio incompatível, cabe à Administração comprovar essa incompatibilidade, e ao acusado, por sua vez, demonstrar a licitude do recebimento do valor a descoberto.

58 SÃO PAULO, op. cit., art. 241, inc. XIII-XIV.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho – CLT e normas correlatas**. Brasília, DF: Senado Federal, 2017, p. 80.

BRASIL. Decreto-lei nº 359, de 17 de dezembro de 1968. Cria a Comissão Geral de Investigações e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10913, 18 dez. 1968.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 21801, 1 out. 1997.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, p. 1-106, 2002.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa: comparada e comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARQUES, Mauro Campbell (Coordenador). **Improbidade Administrativa – Temas Atuais e Controvertidos**. Forense. Edição do Kindle.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos: evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal nº 8.429/92. **Justitia**, São Paulo, v. 59, n. 177, p. 95-110, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo supremo tribunal federal. *In*: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controversos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 113-141.

OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativas, penal e civil no âmbito da improbidade. *In*: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controversos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 93-112.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (18. Câmara cível). **Agravo de Instrumento 0020298-47.2019.8.19.0000**. Agravante: Carlos Sergio Silva Janiques. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Des. Margaret de Oliveira Valle dos Santos, 18 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759753448/agravo-de-instrumento-ai-202984720198190000>. Acesso em: 6 jul. 2022.

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, p. 2, 29 out. 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOTAS SOBRE RECURSOS, REVISÃO ADMINISTRATIVA E EXERCÍCIO DE DIREITO DE PETIÇÃO NOS PROCESSOS DISCIPLINARES DA LEI N. 10.261/68

Luciana R. L. Saldanha Gasparini¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Dos recursos nos processos disciplinares da Lei estadual n. 10.261/68: recurso hierárquico e pedido de reconsideração; 3 – Revisão administrativa; 4 – Direito de petição; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho examina o sistema recursal do procedimento disciplinar, previsto no Título VIII, da Lei estadual nº 10.261/1968, além de outros instrumentos frequentemente empregados no âmbito da defesa administrativo disciplinar – a revisão e o exercício do direito de petição –, com especial enfoque nos pressupostos de sua utilização, à luz da jurisprudência administrativa e dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Processo administrativo disciplinar. Recurso hierárquico. Pedido de reconsideração. Revisão. Direito de petição. Fungibilidade recursal. Instrumentalidade das formas. Abuso de direito de defesa.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de tratar dos recursos nos processos disciplinares surgiu a partir da constatação da frequente reiteração do emprego dos instrumentos previstos na Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Servidores

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Públicos Civis do Estado de São Paulo) em desconformidade ao regramento previsto, caracterizando, em muitas oportunidades, abuso no exercício do direito de defesa, bem como resultando em indesejável eternização dos processos disciplinares.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, o presente trabalho pretende estabelecer distinção entre as modalidades recursais indicadas no Título VIII, do Estatuto do Funcionalismo, que trata do procedimento disciplinar, quais sejam, o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração; e outros instrumentos também empregados no contexto da defesa de caráter administrativo disciplinar, citando precedentes exarados pela Procuradoria-Geral do Estado e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A análise proposta limitar-se-á à disciplina prevista na Lei estadual nº 10.261/68 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo), valendo recordar, porém, que há categorias de servidores com legislação própria, como é o caso dos policiais civis e militares.

2. DOS RECURSOS NOS PROCESSOS DISCIPLINARES DA LEI ESTADUAL Nº 10.261/1968: RECURSO HIERÁRQUICO E PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

A Lei Estadual nº 10.261/68 dedica seu Título VIII à disciplina do procedimento disciplinar, estabelecendo, em seu artigo 268, que “a apuração das infrações será feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”². A possibilidade de interposição de recurso na sindicância e no processo administrativo disciplinar insere-se no contexto do exercício da ampla defesa, garantido aos litigantes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República³.

2 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, p. 2, 29 out. 1968, art. 268.

3 Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (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: 6 jul. 2022, art. 5º).

O Capítulo V, do Título VIII do Estatuto Paulista veicula as regras aplicáveis aos recursos nos processos disciplinares e prevê a possibilidade de interposição de recurso, *por uma única vez, da decisão que aplicar penalidade*⁴. Segundo o § 1º, do artigo 312⁵, do citado Estatuto, há prazo de 30 (trinta) dias para recorrer, contados da publicação da decisão impugnada ou da intimação pessoal do servidor, quando for o caso.

O recurso será apresentado à mesma autoridade que aplicou a pena, que poderá, motivadamente, reconsiderar sua decisão ou mantê-la⁶. Na última hipótese, ou caso ocorra revisão apenas parcial da decisão pela própria autoridade, *a matéria será remetida para exame por seu superior hierárquico*⁷. Daí porque tal recurso é habitualmente referido como *recurso hierárquico*.

Convém destacar que, ainda que incorretamente *denominado ou endereçado*, o recurso será apreciado pela autoridade competente, consoante estabelece o § 5º, do artigo 312, da Lei n.º 10.261/1968⁸. Tal regra guarda relação com a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos, com a instrumentalidade das formas, eficiência e celeridade, que têm aplicação em matéria processual, inclusive no processo administrativo.

Nesse ponto, contudo, há uma importante distinção a ser feita. A fungibilidade dos recursos, conquanto minimize o rigor acerca da correta denominação do recurso ou de seu endereçamento, privilegiando a garantia ao direito de defesa em detrimento do formalismo, *não deve ser interpretada como uma autorização para não atendimento dos pressupostos*

4 “Art. 312. Caberá recurso, por uma única vez, da decisão que aplicar penalidade. [...]” (SÃO PAULO, op. cit, art. 312).

5 Art. 312 [...] § 1º – O prazo para recorrer é de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão impugnada no Diário Oficial do Estado ou da intimação pessoal do servidor, quando for o caso. (Ibidem, art. 312).

6 Art. 312 [...] §3º – O recurso será apresentado à autoridade que aplicou a pena, que terá o prazo de 10 (dez) dias para, motivadamente, manter sua decisão ou reformá-la. (Ibidem, art. 312).

7 Art. 312 [...] §4º – Mantida a decisão, ou reformada parcialmente, será imediatamente encaminhada a reexame pelo superior hierárquico. (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 312).

8 Art. 312 [...] § 5º – O recurso será apreciado pela autoridade competente ainda que incorretamente denominado ou endereçado (Ibidem, art. 312).

legalmente previstos ou para indefinida apresentação de recursos, que não tenham respaldo na respectiva legislação de regência.

Nesse sentido, o Parecer PA nº 50/2021 recentemente observou que “o direito de recorrer não prescinde, para seu exercício, de embasamento em disciplina infraconstitucional, até mesmo para que se verifique o atendimento aos pressupostos fixados, como a tempestividade, não se admitindo a interposição indefinida e procrastinatória”⁹.

Não obstante formuladas em relação a caso concreto envolvendo contencioso administrativo tributário, *são válidas e merecem ser destacadas as* linhas gerais traçadas no Parecer PA nº 77/2003¹⁰, que apontam para a necessidade da previsão legal da hipótese de cabimento de determinado recurso e demais pressupostos.

Não é, assim, aceitável como recurso hierárquico não previsto na referida legislação a qual, por ter encerrada a instância administrativa, na forma nela prevista, afasta seu cabimento. **Para ser admissível, o recurso hierárquico exige previsão legal**, porque, como ensinou Hely Lopes Meirelles “**para a interposição de tais recursos há prazos fatais e perempitórios, os quais, uma vez transcorridos, impedem o recebimento do apelo voluntário**, operando-se, daí por diante, a preclusão administrativa da impugnabilidade do ato”. Não havendo norma legal que o admita e sobretudo quando a legislação, dispondo sobre a impugnabilidade dos atos da Administração, define os meios de defesa e os recursos cabíveis sem o prever, é inquestionável o descabimento desse tipo de recurso.¹¹

Além do recurso hierárquico, o Capítulo V, do Título VIII, do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado prevê o ***pedido de reconsideração***, correspondendo, o último, ao *instrumento adequado para manifestação de inconformismo em relação a decisão que aplicar penalidade disciplinar, a qual tenha sido proferida pelo Governador do Estado em única instância.*

9 PARECER nº 50/2021. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2021.

10 De autoria do Procurador do Estado Antonio Joaquim Ferreira Custódio (aprovado nas instâncias superiores da PGE).

11 CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Parecer n. 77/2003**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2003, p. 1-9, grifo nosso.

Tendo em vista que o Governador é a autoridade máxima do Poder Executivo estadual, não há superior hierárquico ao qual possa ser remediado eventual recurso interposto em face da pena imposta. Para garantir que as decisões proferidas em única instância por tal autoridade restassem recorríveis e tivessem oportunidade de reexame, o legislador optou por autorizar a apresentação do pedido de reconsideração, nos termos do artigo 313 da Lei nº 10.261/68¹².

Não atende, portanto, aos pressupostos legais de interposição, o pedido de reconsideração interposto em relação a decisão proferida pelo Governador do Estado em sede recursal, quando citada autoridade examina pena aplicada por Secretário de Estado, no âmbito de recurso hierárquico, não se tratando, portanto, de decisão proferida em única instância.

Convém observar que a respectiva legislação de regência pode fixar limites à interposição de recursos, sem que isso signifique qualquer ofensa ao direito de recorrer do postulante. Nesse contexto, por exemplo, é relevante destacar que a *jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido pela não obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição administrativa*. Confira-se, a respeito:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. DEMISSÃO. DECISÃO DO CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA. RECURSO ADMINISTRATIVO PARA O PLENO DO TRIBUNAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU REGIMENTAL. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ÂMBITO ADMINISTRATIVO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Não havendo, à época do julgamento do processo administrativo, previsão legal ou regimental de interposição de recurso, para o Pleno do TJMS, contra as decisões originárias do Conselho Superior da Magistratura, em matéria administrativa ou disciplinar relativa aos servidores do Poder Judiciário do Estado, inexistente ilegalidade ou abu-

12 Art. 313 – Caberá pedido de reconsideração, que não poderá ser renovado, de decisão tomada pelo Governador do Estado em única instância, no prazo de 30 (trinta) dias (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 313).

so de poder no ato que deixa de conhecer do recurso administrativo. 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual “não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa” (MS 10.269/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 162). 3. Não há se falar em violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa quando estas garantias constitucionais foram observadas no processo administrativo disciplinar instaurado contra a recorrente. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.¹³

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. RECURSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO. 1. A Constituição Federal *não erigiu garantia de duplo grau de jurisdição administrativa*. 2. O recurso administrativo interposto pelo recorrente demandaria existência de previsão legal e vínculo hierárquico entre o juízo a quo e o ad quem. 3. Recurso desprovido.¹⁴

Registre-se, por fim, que, consoante dispõe o artigo 314 da Lei Estadual nº 10.261/68¹⁵, o recurso hierárquico (art. 312) e o pedido de reconsideração (art. 313) não têm efeito suspensivo; porém, caso providos, darão ensejo às retificações cabíveis, retroagindo seus efeitos à data do ato punitivo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ratifica a possibilidade do imediato cumprimento da penalidade aplicada na conclusão de processo administrativo disciplinar, uma vez que os recursos admi-

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22064/MS. Recorrente: Leonilda dos Santos Cangussu. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Vasco Della Giustina, 20 de setembro de 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 out. 2011, p. 1.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 12925/PE. Recorrente: xxxxxxxx. Recorrido: xxxxxxxx. Relator: Min. Paulo Medina, 7 de outubro de 2003. *Diário da Justiça eletrônico*, 2003.

15 Art. 314 – Os recursos de que trata esta lei complementar não têm efeito suspensivo; os que forem providos darão lugar às retificações necessárias, retroagindo seus efeitos à data do ato punitivo (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 314).

nistrativos e os pedidos de reconsideração, em regra, não possuem efeito suspensivo automático. A esse respeito, já decidiu a citada Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PRÁTICA DAS INFRAÇÕES DO ARTIGO 116, INCISOS I, II E III, ART. 132, INC. IV E ART. 127, INC. III DA LEI N. 8.112/90, COMBINADO AINDA COM O ARTIGO 136 E 137, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 8.112/90. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA ANTE A AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO OU RECONSIDERAÇÃO. [...] INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PENALIDADE DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A RECEBER PENALIDADE DIVERSA DA APLICADA. 1. No processo administrativo disciplinar, “não sendo concedido efeito suspensivo ao recurso administrativo ou ao pedido de reconsideração, não há irregularidade na aplicação da pena de demissão imposta após regular processo administrativo disciplinar” (RMS 17.839/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima DJ 13/03/2006). 2. [...]. 3. Segurança denegada.¹⁶

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INTIMAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. VISTAS DOS AUTOS APÓS DECISÃO FINAL. NÃO APRESENTAÇÃO DE RECURSO CABÍVEL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA DA PENALIDADE. 1. [...] 7. Hipótese em que devidamente intimada e ciente de sua demissão – regularmente publicada –, a servidora não apresentou pedido de reconsideração ou recurso, ao qual pudesse ser atribuído efeito suspensivo, mas apenas protocolou, em sede administrativa, petição solicitando suspensão de prazo recursal

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 21120/DF. Impetrante: Dilson Juarez Abreu. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 22 de fevereiro de 2018. *Diário da Justiça eletrônico*, 1 mar. 2018, p. 1.

e não execução do ato demissionário, bem como impetrou o presente mandado de segurança. 8. Os recursos administrativos, via de regra, são recebidos apenas no efeito devolutivo, podendo haver a concessão de efeito suspensivo a juízo da autoridade competente. Não havendo sequer a apresentação de pedido de reconsideração ou interposição de recurso, é perfeitamente possível o imediato cumprimento da penalidade aplicada na conclusão do processo administrativo disciplinar. Precedente. 9. Ordem denegada.¹⁷

3. REVISÃO ADMINISTRATIVA

O Capítulo VI, do Título VIII, da Lei Estadual nº 10.261/1968 disciplina o instituto da *revisão*. Note-se, preliminarmente, que aludido instrumento, cujo *emprego é admitido em relação à punição disciplinar de que não caiba mais recurso*¹⁸ e possui *pressupostos específicos* fixados na legislação, é tratado em capítulo próprio, inserido no título destinado ao procedimento disciplinar (Título VIII), *porém diferente daquele aplicável aos recursos*¹⁹.

Vale a pena recordar a distinção fixada no Parecer PA nº 315/2004²⁰, que apartou a revisão administrativa dos recursos, apontando, como características da primeira, (i) *a interposição face à punição de que não caiba mais recurso*, e, (ii) *sua natureza autônoma, processando-se em apenso aos autos originais*. O citado opinativo consignou:

13. Por sua vez, o perfil que o legislador bandeirante traçou para o pedido de revisão muito se aproxima do correspondente instituto processual da *revisão criminal*, hodiernamente tratada pela doutrina e jurisprudência como *ação autônoma de impugnação*, distinguindo-se,

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Mandado de Segurança 14450/DF. Impetrante: Vera Lúcia de Araújo Costa. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Gurgel de Faria, 26 de novembro de 2014. *Diário da Justiça eletrônico*, 19 dez. 2014.

18 Art. 315 – Admitir-se-á, a qualquer tempo, a revisão de punição disciplinar de que não caiba mais recurso, se surgirem fatos ou circunstâncias ainda não apreciados, ou vícios insanáveis de procedimento, que possam justificar redução ou anulação da pena aplicada (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 315).

19 Como já mencionado, os recursos são disciplinados no Capítulo V do Título VIII.

20 De autoria do Procurador do Estado Luiz Francisco Torquato Avolio (aprovado nas instâncias superiores da PGE).

em mais de um ponto, dos recursos, pela sua utilização em processo independente, em face de decisões já não mais sujeitas a recurso, assim como no que se refere às hipóteses de seu cabimento:

Artigo 315. [...]

14. Assim, a nova disciplina legal está a aconselhar a revisão da orientação administrativa vigente, no sentido de classificar-se o pedido de revisão como meio autônomo de impugnação, e não como recurso. (g.n.)

15. Na vigência do ordenamento revogado, a doutrina já se inclinava a considerar a natureza da revisão diversa daquela do recurso, como observa Edmir Netto de Araújo, em seu “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, 1994, p. 168/169:

O instituto da revisão dos processos administrativos disciplinares ou funcionais é de inspiração direta da revisão criminal prevista pelos arts. 621 a 631 do Código de Processo Penal, nesse diploma capitulada entre os recursos.

[...]

No que concerne à revisão *criminal*, é controvertida a doutrina, considerando-a alguns como misto de recurso e ação, assemelhada à rescisória civil, e outros como *remedium juris* diferente e não recurso propriamente dito, apesar de estar catalogada entre os recursos, no Código de Processo Penal, mas isto não ocorre com a rescisória civil, que a própria lei (art. 485 do CPC) define como ação.

Quanto à revisão administrativa, na doutrina encontraremos José Armando da Costa considerando-a como “fase”, possível de ocorrer, do processo administrativo. Caio Tácito também fala de “fase de revisão” que foi acrescentada ao processo administrativo pelo Estatuto de 1952.

Cretella Jr., entretanto, a considera como *outro processo*, nem recurso, nem pedido de reconsideração, no qual se fará o reexame integral da prova do processo primitivo, e do qual resultará, se procedente a revisão, *outro* ato administrativo, que se refletirá sobre as consequências da decisão revista.

Aliás, em abono desta tese, podemos lembrar que os Estatutos determinam que o processo de revisão corra *em apenso* ao processo administrativo original.

16. A doutrina processual penal, sob a pena de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra “Recursos no Processo Penal”, 2001, p. 29, resume as características dos recursos, fornecendo o conceito:

- a) o fato de serem eles anteriores à coisa julgada;
- b) a circunstância de não ensejarem a instauração de nova relação processual.

Outra característica dos recursos é a sua *voluntariedade*, pois sua interposição depende sempre de ato de vontade do recorrente.

[...]

São essas as características que possibilitam *conceituar o recurso, no direito processual brasileiro, como o meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão.*

17. Parece-nos, assim, ser possível aplicar os conceitos da processualística moderna no campo do processo administrativo-disciplinar, à luz da legislação vigente adrede citada, o que resultaria na seguinte distinção básica entre os institutos do recurso e da revisão:

- a) o recurso é exercitável antes da preclusão, enquanto a revisão pressupõe *punição de que não caiba mais recurso* (art. 315, ‘caput’);
- b) o recurso tem lugar na mesma relação processual, ao passo que a revisão é processada *em apenso aos autos originais* (art. 320, ‘caput’).²¹

Em suma, portanto, o entendimento institucional vigente no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo orienta-se no sentido da *natureza não recursal da revisão*, cuja *utilização destina-se a decisões punitivas finais, em relação às quais se encontrem esgotadas as vias recursais*. Outra característica relevante da revisão é a possibilidade de sua *apresentação reservada apenas a atos punitivos em processos disciplinares*. Cuida-se, portanto, de verdadeiro pleito para instauração

21 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Parecer PA nº 315/2004. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004b, p. 1-11, grifo nosso.

de um *processo revisional* em relação à punição aplicada, *desde que atendidas determinadas condições*. Face à natureza própria da revisão, a *Lei estadual nº 10.261/68 não fixa prazo para sua interposição* (art. 315, caput), diferentemente do que ocorre em relação aos recursos.

Segundo o artigo 315 do Estatuto do Funcionalismo Paulista, a revisão somente poderá ser admitida “se **surgirem fatos ou circunstâncias ainda não apreciados, ou vícios insanáveis de procedimento**, que possam justificar redução ou anulação da pena aplicada”²². O § 1º do mesmo dispositivo esclarece, outrossim, que “a simples alegação da injustiça da decisão não constitui fundamento do pedido”²³. *Não se trata, portanto, de instrumento destinado* a reiterar mero inconformismo com a punição aplicada. O juízo de admissibilidade quanto à interposição da revisão administrativa envolverá o exame dos pressupostos legais específicos, estabelecidos na Lei estadual nº 10.261/68.

Essa característica da revisão administrativa foi destacada por Antonio Carlos Alencar Carvalho. Conforme adverte o autor,

[...] não se presta a revisão como meio de amparar o eterno espírito de irresignação do servidor punido, nem como forma de lhe render a possibilidade de provocar a interminável rediscussão de fatos já **exaustivamente debatidos** no processo administrativo disciplinar originário, cuja justiça e correção podem ser cotejados, pelos mesmos fatos e argumentos, pela via do recurso hierárquico e do pedido de reconsideração ordinários.

Mas o processo revisional tem seu cabimento restrito aos casos em que, a partir de **novas circunstâncias, fatos e argumentos não declarados ou apreciados originariamente** (ou cuja análise deva ser modificada em face de novas informações justificadoras do pedido revisional), seja possível discutir a ocorrência de **erro administrativo no ato decisório apenador**.²⁴

22 SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 315, grifos nossos.

23 Ibidem, art. 315.

24 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1111, grifo nosso.

Ao discorrer sobre a revisão disciplinar, à luz do Estatuto dos servidores federais, Sebastião José Lessa apontou que a menção a *atos novos não se refere a um aspecto cronológico*²⁵, ou seja, um fato mais recente, mas a uma novidade como instrumental da prova disciplinar. Consignou o autor que

[...] pondera a doutrina que “fato novo não é, em absoluto, aquele dotado de recenticidade, mas sim o que constitui novidade para o servidor apenas”.

E mais adiante:

Cronologicamente, o fato deve ser, pelo menos, contemporâneo a falta atribuída ao servidor e nunca posterior. Caso contrário, não terá a alegativa invocada idoneidade para justificar a inocência do requerente. O instrumental probatório é que poderá surgir depois, como, por exemplo, o caso em que o verdadeiro autor do ilícito disciplinar resolve confessar a autoria unipessoal, que exclui, *ipso facto*, a responsabilidade do servidor inocente. O fato é antigo no tempo, mais novo como instrumental de prova disciplinar. (COSTA, op. cit., p. 388).

Em questão similar, ao tratar do tema novas provas, o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 57.191, julg. Em 28.8.79, DJ de 3.10.79, da relatoria do Min. Décio Miranda, alumiou:

Serão somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento. A nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova.

Na mesma direção, ao ensejo da consolidação da Súmula n. 524, que trata da nova prova: STF, RHC n. 66.424-5, rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 24.4.89 (Cf.: BUSSADA, Wilson. *Súmulas do STF*, São Paulo: Jurídica Brasileira, vol. 3, p. 2.356-2.357).

25 No mesmo sentido, a observação contida no Parecer PA-3 nº 22/94, que examinou a admissibilidade de pedido de revisão à luz de redação anterior do Estatuto do Funcionalismo, que também contemplava a referência a “novas provas” (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 312, inc. III).

Cremos que o **fato novo**, demonstrado pela prova e eficaz para a revisão, deve ter força bastante para produzir alteração no panorama probatório dentro do qual deu sustentação ao ato punitivo.

A título de exemplo, a **sentença** judicial (absolutória) identificada com as hipóteses do art. 126 da Lei n. 8.112/90, e, em linha de princípio, nas demais situações elencadas no art. 386, incisos I, II, IV e V, do CPP, pode ser considerada como **fato novo** capaz de provocar o processo revisional (Cf.: AGU, Pareceres n. GQ-28 e AGU/LS-07/94, DOU de 1.9.94).²⁶

Ainda em relação à caracterização de *fato novo* como pressuposto para a revisão administrativa, a jurisprudência exarada pelo Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “meras alegações de que existe fato novo não têm o condão de abrir a via da revisão do processo administrativo disciplinar, sendo indispensável a comprovação da existência de fatos novos, desconhecidos ao tempo do PAD”²⁷. Sobre o tema, a Corte já decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PAD. FATO APURADO: UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE ARMA QUE LHE FORA ACAUTELADA PARA O SERVIÇO POLICIAL. PENA APLICADA: SUSPENSÃO PELO PERÍODO DE 8 DIAS DO CARGO DE POLICIAL FEDERAL. PRETENSÃO DE REVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE. INOCORRÊNCIA DE FATO NOVO. ORDEM DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 1. O impetrante pretende obter a revisão do Processo Administrativo Disciplinar, defendendo a ocorrência de fato novo capaz de extinguir a punibilidade, qual seja, consumação do prazo prescricional para a aplicação da pena de suspensão. 2. Meras alegações de que existe fato novo não têm o condão de abrir a via da revisão do processo disciplinar, sendo indispensável a comprovação da existência de fatos novos, desconhecidos ao

26 LESSA, Sebastião José. **Temas práticos de direito administrativo disciplinar**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2005, p. 100-101, grifo nosso.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Compilado**: processo administrativo disciplinar. Brasília, DF: STJ, 2020. Jurisprudência em teses, nº 154, p. 18.

tempo do PAD, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (MS 17.666/DF, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 16.12.2014). 3. Com efeito, a alegação de prescrição não é suficiente para abrir a via da revisão do Processo Administrativo Disciplinar, pois esta deve estar pautada na comprovação de fatos novos, desconhecidos ao tempo do PAD, o que não ocorreu no caso em comento. 4. Ante o exposto, denega-se a segurança, em conformidade com o parecer do MPF.²⁸

MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 132, IV, DA LEI 8.112/90. PEDIDO DE REVISÃO. ARTS. 174 E SEQUINTE DA LEI 8.112/90. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE REVISÃO FUNDAMENTADO NA ALEGAÇÃO DE FATO NOVO: REVOGAÇÃO TÁCITA DA LEI 8.112/90 PELA LEI 8.429/92. INOCORRÊNCIA. PAD POSTERIOR À LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO. SEGURANÇA DENEGADA. I. Hipótese em que o impetrante se insurge contra a decisão da autoridade impetrada que lhe negou o pedido de revisão do processo disciplinar, nos termos do art. 147 da Lei 8.112/90, por não estarem presentes os elementos mínimos necessários para o processamento do pedido revisional. Sustenta o impetrante, demitido em 20/06/97, por violação ao art. 132, IV, da Lei 8.112/90 c/c art. 5º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.027/90, que existiria fato novo, a ensejar o pedido revisional, porquanto não lhe fora oportunizada ampla defesa da acusação de improbidade administrativa, na vigência da Lei 8.429/92, que teria revogado tacitamente o art. 132, IV, da Lei 8.112/90, passando à competência do Poder Judiciário investigar e julgar servidor público por ato de improbidade administrativa, pelo que seria nula a sanção que lhe fora aplicada. II. Nos termos da jurisprudência do STJ, “o pedido de revisão do processo administrativo disciplinar encontra-se regulado pelos arts. 174 a 182 da Lei 8.112/1990, podendo ser realizado a qualquer tempo, a pedido ou de ofício pela

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 21065/DF. Impetrante: Ronaldo Alvez Cully dos Santos. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de outubro de 2018. *Diário da Justiça eletrônico*, 22 out. 2018, p. 1-2, grifo nosso.

autoridade, devendo restar demonstrados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da sanção aplicada, competindo o ônus da prova ao requerente e não constituindo fundamento para a revisão a simples alegação de injustiça da penalidade aplicada, a qual pressupõe a existência de elementos novos, ainda não apreciados no processo originário” (STJ, MS 20.824/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/08/2014). Inocorrência da alegada prescrição para a revisão do processo disciplinar. III. Meras alegações de que existe fato novo não têm o condão de abrir a via da revisão do processo disciplinar, sendo indispensável a comprovação da existência de fatos novos, desconhecidos ao tempo do PAD, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. [...] VI. Não tendo sido aduzidos fatos novos ou qualquer outra circunstância suscetível de justificar a inocência do punido ou a inadequação da pena aplicada, na forma prevista no art. 147 da Lei nº 8.112/90, impõe-se reconhecer a legalidade do ato que indeferiu a instauração do processo revisional. VII. Mandado de Segurança denegado.²⁹

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. DEMISSÃO. REVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DOENÇA MENTAL PARCIAL PERMANENTE CONTEMPORÂNEA AOS FATOS INVESTIGADOS. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. 1. Conquanto possa ser postulada a qualquer tempo, a revisão deve estar fundada em fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. 2. Na hipótese dos autos, alega-se a superveniência de incapacidade mental parcial como fato novo a justificar a revisão da pena de demissão aplicada ao impetrante, numa tentativa de demonstrar sua inadequação, ao argumento de que, já na época dos acontecimentos investigados no PAD, o impetrante se encontrava debilitado. 3. A atual situação de parcial debilidade mental do impetrante não alcança a gênese dos ilícitos administrativos

29 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 17666/DF. Impetrante: Marcorélio da Costa Ribeiro. Impetrado: Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 10 de dezembro de 2014, *Diário da Justiça eletrônico*, 16 dez. 2014, grifo nosso.

por ele perpetrado quando no exercício do cargo público, porquanto o documento trazido aos autos carece de potencialidade material e jurídica suficiente a causar, ao menos, dúvida quanto à juridicidade do ato de demissão, que permanece legítimo e adequado aos preceitos constitucionais, notadamente a legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade. 4. O laudo acostado aos autos não faz qualquer menção de que a deficiência seja contemporânea aos fatos apurados, não indica o período em que tenha se desencadeado, nem mesmo evidencia que à época dos fatos o investigado sofria de qualquer debilidade psiquiátrica. 5. Não tendo sido suficiente para configurar um fato novo, uma circunstância que justifique a inocência do apenado, ou a inadequação da pena, o pedido de revisão torna-se manifestamente improcedente, restando incólume a juridicidade da Portaria n. 40, de 15 de fevereiro de 2005, que demitiu o servidor em razão dos ilícitos administrativos cometidos. [...] 8. A teor do artigo 175 do referido diploma legal [Lei n. 8.112/1990], o ônus da prova no processo revisional é do requerente. Contudo, olvidou-se o impetrante de produzir os elementos probatórios necessários à sua pretensão de demonstrar seu direito líquido e certo à revisão do processo administrativo. 9. Segurança denegada. (g. n.)³⁰

Importante destacar que a apresentação da revisão deve ser feita por meio de advogado e deverá ser demonstrado, desde logo, o atendimento dos pressupostos legais, sob pena de indeferimento³¹, ressaltando-se que, na revisão de punição disciplinar, o ônus da prova cabe ao requerente³².

Caso o interessado tenha falecido ou seja incapaz, o artigo 317³³ da Lei estadual nº 10.261/68 autoriza o requerimento de instauração do

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Mandado de Segurança 11441/DF. Impetrante: José Luiz de Jesus da Silva. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Relator: Min. Haroldo Rodrigues, 13 de abril de 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, 1 jul. 2011 grifos nossos.

31 “Art. 315 [...] §3º – Os pedidos formulados em desacordo com este artigo serão indeferidos” (SÃO PAULO, Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 315).

32 “Art. 315 [...] §4º – O ônus da prova cabe ao requerente” (Ibidem, art. 315).

33 “Artigo 317. A instauração de processo revisional poderá ser requerida fundamentadamente pelo interessado ou, se falecido ou incapaz, por seu curador, cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, sempre por intermédio de advogado. Parágrafo único – O pedido será instruído com as provas que o requerente possuir ou com indicação daquelas que pretenda produzir” (Ibidem, art. 317).

processo revisional por seu curador, cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Nos termos do artigo 318 do Estatuto, será competente para o exame da admissibilidade do pedido de revisão, bem como, caso deferido o processamento, para sua decisão final, a autoridade que aplicou a penalidade ou que a tiver confirmado em grau de recurso. No caso de pena aplicada por Secretário de Estado, confirmada pelo Governador do Estado em grau recursal, consideramos que a competência prevista no dispositivo citado caberia à última autoridade, por força do princípio da hierarquia, visto que a decisão final quanto à punição coube à autoridade superior e, portanto, a ela também caberia decidir quanto à sua revisão.

Como já mencionado, a revisão não *é* recurso, mas sim um meio de impugnação autônomo, desenvolvendo-se com rito semelhante ao processo administrativo disciplinar, conforme disposto nos artigos 319³⁴ e 320³⁵ da Lei nº 10.261/68.

Por fim, o artigo 316 do Estatuto estabelece que “a pena imposta não poderá ser agravada pela revisão”, espancando eventuais questionamentos acerca da aplicação do preceito da *non reformatio in pejus*.

4. DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição tem raízes na própria Constituição da República, garantido, em termos gerais, segundo o inciso XXXIV, alínea “a”, do artigo 5º:

Art. 5º. [...]

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

34 “Artigo 319. Deferido o processamento da revisão, será este realizado por Procurador de Estado que não tenha funcionado no procedimento disciplinar de que resultou a punição do requerente” (Ibidem, art. 319).

35 “Artigo 320. Recebido o pedido, o presidente providenciará o apensamento dos autos originais e notificará o requerente para, no prazo de 8 (oito) dias, oferecer rol de testemunhas, ou requerer outras provas que pretenda produzir. Parágrafo único – No processamento da revisão serão observadas as normas previstas nesta lei complementar para o processo administrativo” (Ibidem, art. 320).

a) o direito de petição aos Poderes Públicos **em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder**; [...].³⁶

Note-se que o direito de petição tem feição ampla e genérica, voltado à “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, podendo ser invocado na esfera administrativa ou judicial, em vários tipos de procedimentos. Segundo a lição de José Afonso da Silva,

O ‘direito de petição’ define-se “como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação”, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do Direito em vigor, no sentido mais favorável à liberdade. Há nele uma dimensão coletiva, consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade. Esse direito vinha ligado ao direito de representação. Este não foi repetido. É que o constituinte deve ter raciocinado – e com razão – que a representação pode ser veiculada pela petição, de sorte que a legislação que regulamenta aquela foi recebida e permanece em vigor. O que se tem observado é que o direito de petição é mais uma sobrevivência do que uma realidade. Nota-se também que ele se reveste de dois aspectos: **pode ser uma queixa**, uma reclamação, e então aparece como um recurso não-contencioso (não-jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, **pode ser a manifestação da liberdade de opinião**, e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades. Esses dois aspectos, que antes eram separados em **direito de petição e direito de representação**, agora se juntaram no só direito de petição.³⁷

A despeito dessa natureza mais genérica, não se confundindo aos recursos previstos no processo administrativo disciplinar, constata-se, na prática, que o direito de petição é invocado, com certa frequência, nessa espécie de processo, algumas vezes apenas reiterando a matéria já debatida e com mero intuito protelatório; outras, na busca de aplicação subsidiária como alternativa a vias recursais, cujos pressupostos não estão atendidos.

36 BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, grifo nosso.

37 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 132-133, grifo nosso.

A feição genérica, contudo, não autoriza alusão ao direito de petição como substitutivo de recursos não previstos ou não empregados segundo as condições fixadas na legislação, para mera reiteração de inconformismo, ventilando as mesmas questões decididas anteriormente. Nessa linha, ao apreciar o Parecer AJG nº 1157/1999, advertiu o então Procurador do Estado Assessor Chefe da Assessoria Jurídica do Governo, Elival da Silva Ramos, que *o exercício do direito de petição está sujeito à disciplina infraconstitucional, que, no caso de relação estatutária, é a Lei estadual nº 10.261/1968:*

Divirjo do Parecer AJG nº 1157/1999, contudo, ao preconizar que se receba o pedido de revisão a título de exercício do direito constitucional de petição, comportando o petitório do interessado, sob essa rubrica, conhecimento. Venho dizendo e reiterando que o exercício do direito de petição, sediado no inciso XXXIV, alínea ‘a’, da Lei Maior está sujeito à disciplina infraconstitucional que a esfera competente, por meio da forma adequada, tenha eventualmente estabelecido. Assim, no caso de relação estatutária, as postulações devem ser apresentadas à Administração na forma e prazos disciplinados na legislação própria, no caso de São Paulo, a Lei Estadual nº 10.261/68. Ora, no caso em foco, cuida-se de processo findo, uma vez ultrapassado *in albis* o prazo do inciso II do artigo 240 deste diploma legal, não sendo, de outra parte, cabível a interposição de revisão pelas razões já expostas. Logo, operou-se a **preclusão administrativa** em relação ao ato que exonerou o interessado.³⁸

A Lei estadual nº 10.261/1968 estipulou os meios e condições para exercício de inconformismo diante de sanções disciplinares impostas. Caso já esgotados tais instrumentos ou inviável seu recebimento porque *não preenchidos seus pressupostos*, não cabe pretender aplicação subsidiária do direito de petição, caso não atendidas as condicionantes de seu emprego.

Note-se que os artigos 239³⁹ e 240⁴⁰ da Lei estadual nº 10.261/1968, que disciplinam o direito de petição nas relações estatutárias, sequer inte-

38 RAMOS, Elival da Silva. **Despacho que analisou o Parecer AJG n. 1157/99**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 1999, p. 8, grifo nosso e do autor.

39 “Artigo 239 – É assegurado a qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente de pagamento, o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e para defesa de direitos. §1º [...]” (SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, art. 239).

40 “Artigo 240 – Ao servidor é assegurado o direito de requerer ou representar, bem como, nos termos desta lei complementar, pedir reconsideração e recorrer de decisões, no prazo de 30 (trinta) dias, salvo previsão legal específica” (Ibidem, art. 240).

gram o Título VIII, destinado ao procedimento disciplinar, mas *estão* inseridos no Capítulo VII (Do Direito de Petição), que faz parte do Título V (Dos Direitos e Vantagens em Geral). Aludidos dispositivos asseguram a *qualquer pessoa*, física ou jurídica, o *direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e para defesa de direitos*; e ao *servidor*, em termos genéricos, e não especificamente destinado à aplicação de penas disciplinares, o *direito de requerer ou representar, bem como, pedir reconsideração e recorrer de decisões, no prazo de 30 (trinta) dias, salvo previsão legal específica*.

O direito de petição, portanto, pode ser invocado em processos disciplinares, mas não se limita, nos termos da Lei Estadual nº 10.261/68 ao emprego nesse âmbito, vedando-se o uso como substitutivo dos recursos disciplinares, especialmente para simples reiteração de inconformismo, se já consumada a preclusão administrativa.

Não obstante análise de caso concreto relativo à matéria tributária, pertinente a referência ao Parecer PA nº 77/2003⁴¹, que traz precisa lição sobre o direito de petição. O citado opinativo admitiu que a pretensão deduzida pelo interessado fosse acolhida com amparo no exercício do direito de petição, garantido pelo artigo 5º, inc. XXXIV, “a”, da Constituição Federal, visto que a postulação “formula novo pedido fundamentado em causa diversa e superveniente: a anistia fiscal”⁴², *não se cuidando, desse modo, de mera reiteração de petitório, lastreado nos mesmos fundamentos já expostos*.

O parecer ressaltou ainda que *a lei poderá fixar as condições para exercício de tal direito, que não poderá ser empregado indefinidamente, como instrumento procrastinatório*:

Assim retratada [ao formular novo pedido fundamentado em causa diversa e superveniente], a finalidade objetivada pelo interessado arrima-se no direito de petição albergado constitucionalmente, porque endereçada à defesa de direito que o interessado entende dispor. Essa conceituação transmitida por Celso Ribeiro Bastos, que não discrepa da generalidade das dos demais autores:

41 De autoria do Procurador do Estado Antonio Joaquim Ferreira Custódio (aprovado nas instâncias superiores da PGE).

42 CUSTÓDIO, op. cit., p. 1-9.

“O direito de petição pode ser definido como aquele que, exercitável por qualquer pessoa, tem por objetivo apresentar um pleito de interesse pessoal ou de interesse coletivo, visando com isso obter uma medida que considera mais condizente com o interesse público”.

O exercício desse direito, como qualquer outro contemplado pelo sistema, pode, no entanto, ser disciplinado pelo ordenamento infraconstitucional. Não constitui prerrogativa exercitável ao bel prazer do indivíduo, pela forma que melhor lhe aprouver. Pode, destarte, a lei estabelecer-lhe limites e condições de exercício, desde que não o suprima ou os institua de forma tal que o impeça ou o torne extremamente difícil.⁴³

Pode-se extrair do Parecer PA nº 77/2003 que, *para que a pretensão do interessado seja veiculada – quer como recurso, ou, na ausência de tal previsão, como direito de petição – há de sustentar-se na disciplina infraconstitucional, que ampare a interposição do inconformismo, exercendo-se segundo o regramento fixado para tanto.*

A expressão de inconformismo pela via do direito de petição foi examinada pela Procuradoria Administrativa, em diversas oportunidades, também na seara das relações estatutárias de natureza disciplinar, acolhendo a mesma linha argumentativa desenvolvida no despacho que analisou o Parecer AJG nº 1157/1999 e no Parecer PA nº 77/2003. Para maior clareza, transcrevam-se ementa e trecho do Parecer PA nº 149/2004⁴⁴:

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO DE PETIÇÃO. INADMISSIBILIDADE, DIANTE DO ESGOTAMENTO DA VIA RECURSAL E DA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. DEFESA TÉCNICA. DISPENSABILIDADE NO ÂMBITO DA SINDICÂNCIA AVERIGUATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES PROCEDIMENTAIS. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

9. O interessado, efetivamente, para manifestar seu inconformismo com a penalidade que lhe foi aplicada, lançou mão de todos os recursos

⁴³ Ibidem, p. 1-9, grifo nosso.

⁴⁴ De autoria do Procurador do Estado Luiz Francisco Torquato Avolio (aprovado nas instâncias superiores da PGE).

administrativos previstos em lei, encontrando-se, de há muito, esgotada a via administrativa.

10. Com efeito, não se afigura ilimitado o direito de recorrer da decisão que aplicar penalidade, visto que pode ser exercido *por uma única vez*, como expressamente dispõe o artigo 312, “caput”, da Lei n. 10.261, de 1968, com a redação conferida pela Lei Complementar n. 942, de 6 de junho de 2003.

11. Dentro da nova sistemática do procedimento disciplinar instituída pela referida Lei Complementar, e consoante bem demonstrado nos precedentes pronunciamentos dos órgãos opinativos e da Comissão Processante, incabível se mostra, na espécie, tanto o *pedido de reconsideração* ao Governador do Estado, posto que já exercitado e não passível de renovação (art. 313), como a *revisão de punição irrecorrível*, diante da inexistência de fatos ou circunstâncias novos (art. 315).

12. Assim, ainda que manifestado o inconformismo do interessado com amparo no direito constitucional de petição, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, não é de ser admitido novo pedido dirigido ao Governador, à vista da legislação que inadmite a reiteração de recursos, como consignado no Parecer PA n. 77/2003, da lavra do Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio, que mereceu aprovação pelo Procurador Geral do Estado.

13. O pedido, portanto, não deve ser conhecido, por lhe faltar pressuposto básico de admissibilidade, qual seja, o cabimento do recurso.⁴⁵

Ainda em matéria disciplinar, porém tratando de caso concreto relativo a um integrante da Polícia Civil, que se submete a legislação própria, mas cujos argumentos, na hipótese, permitem paralelo à sistemática da Lei estadual nº 10.261/68, o Parecer PA nº 286/2003⁴⁶ rejeitou a possibilidade de conhecimento, como direito de petição, de pedido de revisão, que não atendia aos pressupostos de admissibilidade. Confira-se trecho do opinativo, que reafirma a impossibilidade de se invocar o direito de petição como fundamento para admissão de recurso ou revisão, se não exercido nos termos e condições impostos pela legislação infraconstitucional:

45 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Parecer nº 149/2004. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004a, grifo nosso.

46 De autoria da procuradora do estado Maria Lúcia Pereira Moióli (aprovado nas instâncias superiores da PGE).

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DISCIPLINAR – demissão a bem do serviço público. REVISÃO. Pedido formulado por ex-investigador de Polícia, demitido a bem do serviço público, nos termos dos artigos 74, inciso II e 75, incisos II e VI, ambos da LC 207/79 alterada pela LC n. 922/02. Inexistência de fatos novos ou circunstâncias ainda não apreciadas ou vícios insanáveis de procedimento que justifiquem, conforme solicitado pelo interessado, a redução da pena de demissão qualificada. Proposta de indeferimento do pedido de revisão, nos termos do artigo 122, §3º da LC n. 207/79 alterada pela LC n. 922/02. **Inviabilidade do conhecimento do pedido de revisão, como direito de petição, assegurado no artigo 5º, inciso XXXIX, alínea ‘a’ da Constituição Federal.** Competência do Governador do Estado, autoridade que aplicou a penalidade.

[...]

14. Na realidade, no presente pedido de revisão, o interessado repete seus argumentos e postulações anteriormente apreciadas; sendo aqui de se ressaltar novamente que, em virtude da independência das instâncias penal e administrativa, a r. decisão judicial em tela não lhe favorece, uma vez que, por não negar a existência do fato ou da sua autoria, não repercute nesta esfera administrativa para excluir os ilícitos previstos no artigo 75, incisos II e VI, da Lei Complementar n. 207/79, alterada pela Lei Complementar n. 922/02, que alicerçaram a decisão punitiva ora impugnada.

15. Posto isto, opinamos pelo indeferimento pedido de revisão, nos termos do artigo 122, §3º da Lei Complementar n. 207/79, com a redação dada pela Lei Complementar n. 922/02.

16. Por fim, com a devida vênia da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, entendemos que o presente pedido de revisão não pode ser conhecido como direito de petição, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, não só pela ausência de seus pressupostos, como também porque o mesmo deve ser exercido nos termos e condições impostos pela legislação infraconstitucional de regência, no caso dos autos, a Lei Complementar n. 207/79, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 922/02.⁴⁷

47 MOIÓLI, Maria Lúcia Pereira. Parecer nº 286/2003. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004, p. 1-12, grifo nosso.

Não atende, portanto, aos pressupostos do direito de petição a pretensão de seu emprego como mera reiteração de inconformismo, quando esgotadas as vias recursais próprias.

A existência de condicionantes ao direito de petição, fixadas em normas instrumentais, que disciplinam a interposição de recursos, é reconhecida também por nossos tribunais superiores. Confira-se acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.156:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PETIÇÃO.

O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, *in casu*, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU). Agravo regimental conhecido e não provido.⁴⁸

Mencione-se, também, excerto do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263.975:

O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois, tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum. A mera invocação do direito de petição,

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental em Mandado de Segurança 28.156/DF. Agravante: Associação de ensino superior de Nova Iguaçu – SESNI; Fábio Gonçalves Raunheitti. Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Rosa Weber, 2 de setembro de 2014. *Diário da Justiça eletrônico*, 17 set. 2014, p. 1, grifo nosso.

por si só, não basta para assegurar à parte interessada o acolhimento da pretensão que deduziu em sede recursal.⁴⁹

Na mesma linha, a jurisprudência exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, da qual se extrai a ementa do acórdão referente ao julgamento do Mandado de Segurança nº 25.131/DF:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OPERAÇÃO “CARNE FRACA”. PROVA EMPRESTADA DE INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO PENAL CORROBORADA POR ELEMENTOS COLHIDOS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. LICITUDE. SÚMULA 591/STJ. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO. CARÁTER NÃO ABSOLUTO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA ENVOLVENDO PESSOAS NÃO INVESTIGADAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL COM A INTERCEPTAÇÃO QUE SERVIU DE FUNDAMENTO PARA A COMISSÃO PROCESSANTE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

[...]

5.O direito constitucional de petição, invocado pelo impetrante para sustentar a ocorrência de ilegalidade na rejeição de seu pedido de nulidade, formulado logo após a apresentação do Relatório Final, não prospera, uma vez que não encontra respaldo no procedimento descrito na Lei 8.112/90. A jurisprudência do STF é “no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria” (MS 28.156/DF, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 17.9.2014).

[...]

7.Ordem denegada. Prejudicado o Agravo Interno contra a decisão que indeferiu a tutela provisória.⁵⁰

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 263975/RN. Agravante: xxxxx. Agravado: xxxxx. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de setembro de 2000, *Diário da Justiça*, 2 fev. 2001, p. 1.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 25131/DF. Impetrante: Eraldo Cavalcanti Sobrinho. Impetrado: Ministro da Agricultura, Pecuária

Em síntese, portanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores ratifica o entendimento aprovado institucionalmente, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de que a lei poderá fixar as condições para exercício do direito de petição, orientando sua aplicação, que não poderá se dar indefinidamente, como instrumento procrastinatório.

5. CONCLUSÃO

A fungibilidade dos recursos, a instrumentalidade das formas, a eficiência e celeridade no processo, conquanto minimizem o rigor acerca da correta denominação do recurso ou de seu endereçamento, privilegiando a garantia ao direito de defesa em detrimento do formalismo, não devem ser interpretados como uma autorização para não atendimento dos pressupostos legalmente previstos ou para indefinida apresentação de recursos ou outras manifestações de inconformismo, que não tenham respaldo na respectiva legislação de regência.

As modalidades com natureza recursal indicadas no Capítulo V do Título VIII do Estatuto do Funcionalismo, que trata do procedimento disciplinar, quais sejam, o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração; e outros instrumentos também empregados no contexto da defesa de caráter administrativo disciplinar, como a revisão administrativa⁵¹ e o exercício do direito de petição⁵² apresentam requisitos próprios, que orientam seu emprego.

Os precedentes exarados pela Procuradoria-Geral do Estado e a jurisprudência dos Tribunais Superiores apontam que, para que a pretensão do interessado seja veiculada – quer como recurso, pedido de reconsideração, revisão, ou como direito de petição – há de sustentar-se na disciplina infraconstitucional, que ampare a interposição do inconformismo, exercendo-se segundo o regramento fixado para tanto.

e Abastecimento. Relator: Min. Herman Benjamin, 27 de novembro de 2019, *Diário da Justiça eletrônico*, 8 maio 2020, p. 1-2, grifos nossos.

51 SÃO PAULO, Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, capítulo VI do Título VIII.

52 BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXIV, “a”; SÃO PAULO, op. cit., arts. 239-240, Capítulo VII, Título V.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Parecer nº 149/2004**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004a.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Parecer PA nº 315/2004**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004b.

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: 6 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 17666/DF. Impetrante: Marcorélio da Costa Ribeiro. Impetrado: Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 10 de dezembro de 2014, **Diário da Justiça eletrônico**, 16 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 21065/DF. Impetrante: Ronaldo Alvez Cully dos Santos. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de outubro de 2018. **Diário da Justiça eletrônico**, 22 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 21120/DF. Impetrante: Dilson Juarez Abreu. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 22 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça eletrônico**, 1 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Mandado de Segurança 25131/DF. Impetrante: Eraldo Cavalcanti Sobrinho. Impetrado: Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Relator: Min. Herman Benjamin, 27 de novembro de 2019, **Diário da Justiça eletrônico**, 8 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Mandado de Segurança 11441/DF. Impetrante: José Luiz de Jesus da Silva. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Relator: Min. Haroldo Rodrigues, 13 de abril de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, 1 jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Mandado de Segurança 14450/DF. Impetrante: Vera Lúcia de Araújo Costa. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Gurgel de Faria, 26 de novembro de 2014. **Diário da Justiça eletrônico**, 19 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso ordinário em Mandado de Segurança 12925/PE. Recorrente: xxxxxxxx. Recorrido: xxxxxxxx. Relator: Min. Paulo Medina, 7 de outubro de 2003. **Diário da Justiça eletrônico**, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22064/MS. Recorrente: Leonilda dos Santos Cangussu. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Vasco Della Giustina, 20 de setembro de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, 5 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Compilado**: processo administrativo disciplinar. Brasília, DF: STJ, 2020. Jurisprudência em teses, n. 154.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental em Mandado de Segurança 28.156/DF. Agravante: Associação de ensino superior de Nova Iguaçu – SESNI; Fábio Gonçalves Raunheitti. Agravado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Rosa Weber, 2 de setembro de 2014. **Diário da Justiça eletrônico**, 17 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 263975/RN. Agravante: xxxxxx. Agravado: xxxxxx. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de setembro de 2000, **Diário da Justiça**, 2 fev. 2001.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. **Parecer nº 77/2003**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2003.

LESSA, Sebastião José. **Temas práticos de direito administrativo disciplinar**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2005.

MOIÓLI, Maria Lúcia Pereira. **Parecer nº 286/2003**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Despacho que analisou o Parecer AJG nº 1157/99**. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 1999.

SÃO PAULO. Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, p. 2, 29 out. 1968.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PARECER nº 50/2021. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2021.