

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

Procedimentos Disciplinares

85

janeiro/junho 2017

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procedimentos Disciplinares



85

JANEIRO/JUNHO 2017



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior*



ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – Jardim Paulista
CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (11) 3286-7016/7009
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Fábio André Uema Oliveira, Joyce Sayuri Saito e Mirian Kiyoko Murakawa

Comissão Editorial

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

Revista

Coordenação editorial desta edição: Eraldo Ameruso Ottoni.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte, sendo vedada a sua comercialização. 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: 600 exemplares.

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

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
Elival da Silva Ramos	
MENSAGEM AO LEITOR.....	XI
Cristina Margarete Wagner Mastrobuono	
APONTAMENTOS SOBRE A APURAÇÃO PRELIMINAR PREVISTA NO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SÃO PAULO	1
Ricardo Kendy Yoshinaga	
SUBSUNÇÃO E TIPICIDADE NO PROCESSO DISCIPLINAR.....	25
René Zamlutti Júnior	
A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA <i>NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> COMO <i>STANDARD</i> JURÍDICO APLICÁVEL AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	45
Cynthia Pollyanna de Faria Franco	
SUPERANDO O PARADIGMA PUNITIVO. POR UM PROCEDIMENTO DISCIPLINAR RESTAURATIVO.....	67
Ana Sofia Schmidt de Oliveira	
A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA SINDICÂNCIA – SUSCONSIND.....	105
Messias José Lourenço	
LICENÇA-SAÚDE E EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA	139
Eraldo Ameruso Ottoni	
O ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	175
Adalberto Robert Alves	

RESPONSABILIZAÇÃO DISCIPLINAR DOS EMPREGADOS
DE AUTARQUIA 195

Eraldo Ameruso Ottoni

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 231

Inacio de Loiola Mantovani Fratini

Apresentação

A tarefa de elaboração de apresentações para as edições especiais da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é das mais agradáveis que o cargo de Procurador Geral tem me proporcionado.

Por vezes, homenageamos colegas, aposentados ou falecidos, que prestaram relevantes serviços à Instituição. Nessa ocasião, estamos comemorando os 5 (cinco) anos de criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, ao ensejo da entrada em vigor da Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012.

De minha parte, sempre tive muito contato com a função institucional deferida à Procuradoria Geral do Estado pelo inciso IX, do artigo 99, da Constituição Estadual (na redação que lhe conferiu a EC nº 19/2004), qual seja, a de realizar procedimentos disciplinares não regulados por lei especial.

Aliás, posso usar da liberdade de um dos Procuradores mais antigos de nosso Quadro para registrar que o meu primeiro parecer, no âmbito da Procuradoria Administrativa (minha única unidade de classificação até hoje), versou sobre um pedido de revisão de processo administrativo disciplinar. No início dos anos 80, quando atuava na extinta 3ª Subprocuradoria da PA (pareceres), todos os recursos em processos disciplinares dirigidos ao Governador recebiam parecer da Procuradoria Administrativa.

Posteriormente, durante os mais de 12 (doze) anos intermitentes em que integrei os quadros da extinta Assessoria Jurídica do Governo, na estrutura da Secretaria do Governo ou da Casa Civil do Gabinete do Governador, quer como Assessor, quer como Assessor-Chefe, dediquei considerável parcela de tempo ao exame de processos disciplinares, tendo, então, percebido a riqueza da matéria neles versada, consubstanciada em interessantes e complexas controvérsias jurídicas e em relatos de situações funcionais e humanas que se imbricam com o funcionamento do aparato administrativo.

Ao assumir pela primeira vez o cargo de Procurador Geral do Estado, ao final do ano de 2001, tinha plena consciência da necessidade imperiosa de emprestar maior eficiência ao desempenho da PGE nesse setor, pois as antigas Comissões Processantes Permanentes das Secretarias de Estado integravam a estrutura das respectivas Pastas, sendo apenas presididas por Procurador do Estado, indicado pelo Procurador Geral, mas designado por ato secretarial. No caso de impedimento temporário ou ausência definitiva de qualquer um dos três integrantes das antigas CPPs, o processo tinha o seu curso paralisado, no aguardo do retorno ou substituição do membro faltante. Ademais, atuavam as CPPs sem nenhum mecanismo de coordenação ou supervisão efetivo por parte da PGE.

Bem por isso, com o apoio dos Procuradores que atuavam no Gabinete em 2002, destacando-se a Procuradora Assessora Maria Emília Pacheco, foi elaborado um anteprojeto de lei instituindo a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares na área da Consultoria Geral da PGE, iniciativa essa prontamente acolhida pelo Governador, que a converteu no Projeto de Lei Complementar nº 40/2002, afinal convertido, após mais de 10 (dez) anos de tramitação, na Lei Complementar nº 1.183/2012.

Nesse interregno, as Comissões Processantes Permanentes foram substituídas pelas Unidades Processantes Permanentes (Lei Complementar nº 942/2003) e estas, em 2009, integradas à estrutura da Procuradoria Geral do Estado, porém sem constituir unidade especializada e nem mesmo um órgão, já que o Decreto Estadual nº 54.050/2009 subordinou as UPPs à Subprocuradoria Geral da Consultoria, até então mera área funcional do Gabinete do Procurador Geral, sob o comando de Subprocurador Geral. A então criada Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares apenas congregava os Procuradores designados para as UPPs, postos sob a coordenação do Subprocurador Geral da Área da Consultoria.

A solução definitiva para o adequado exercício do nobre mister de realizar procedimentos de natureza disciplinar pendia da conversão em lei do PLC nº 41/2002, afinal obtida no ano de 2012, após meu retorno ao comando da Instituição, ocorrido em janeiro do ano anterior.

Os resultados apresentados pela novel unidade nesses 5 (cinco) anos de funcionamento são palpáveis: fim da intermitência no andamento dos processos disciplinares e sua agilização; uniformização de procedimentos e

de orientação por parte das Unidades Processantes; ampliação do quadro de servidores, em boa medida resultante da transferência definitiva de servidores das Secretarias de Estado afastados junto à PGE e alocados na PPD, sendo de se destacar, nesse passo, o trabalho incansável e habilidoso de nossa Chefe de Gabinete, Silvia Helena Furtado Martins.

Já no final do ano de 2012, a PPD foi dotada de novas e adequadas instalações, na Rua Maria Paula, ocupando, com exclusividade, o antigo prédio que sediava a Procuradoria Judicial. Esse funcionamento em edifício exclusivo é particularmente importante, no caso da PPD, por exercer atividade que atrai para a sua sede centenas de pessoas, entre servidores, testemunhas e advogados.

Neste ano de 2017, finalmente, logramos obter dotação orçamentária para o credenciamento de advogados dativos, que equacionarão o angustiante problema da paralisia dos feitos disciplinares por ausência de defesa técnica para os indiciados, garantia legalmente assegurada na legislação disciplinar paulista.

Resta a edição do decreto de organização da unidade e a ampliação de seus quadros, metas que sofreram os percalços da crise fiscal que se abateu sobre o setor público brasileiro a partir da segunda metade de 2014.

Enfim, há que se comemorar condignamente o avanço institucional representado pela criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. E, em carreira dedicada às letras jurídicas, nada melhor do que fazê-lo com o lançamento de uma edição especial da consagrada Revista da PGE/SP.

Para a composição desse número especial da Revista contribuíram, majoritariamente, Procuradores em exercício na unidade, com exceção do Dr. Ricardo Kendy Yoshinaga, seu primeiro Chefe e atualmente afastado junto à Corregedoria Geral da Administração da Secretaria do Governo, e do Dr. Adalberto Robert Alves, Subprocurador Geral da Área da Consultoria à época da criação da PPD e, atualmente, na Chefia da Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral.

Trata-se de artigos valiosos, versando sobre temas afetos ao Direito Disciplinar.

O Dr. Ricardo Yoshinaga discorreu sobre o procedimento de apuração preliminar, de fundamental importância para a delimitação da acusação

disciplinar; o Dr. René Zamlutti Júnior enfrentou, com coragem (dada a complexidade do assunto) e proficiência, as questões afetas à subsunção e à tipicidade no processo disciplinar; a Dra. Cynthia Pollyanna de Faria Franco sustentou, galhardamente (por se tratar de assunto polêmico), a aplicação da cláusula *nemo potest venire contra factum proprium* ao processo administrativo disciplinar; a Dra. Ana Sofia Schmidt de Oliveira, em plena sintonia com as modernas tendências doutrinárias no âmbito do Direito Penal e Administrativo Disciplinar, invocou a necessidade de serem aplicadas à atuação repressivo-disciplinar do Estado as categorias da chamada Justiça restaurativa; o Dr. Messias José Lourenço realizou interessante investigação sobre o instituto da suspensão condicional do processo disciplinar, acolhida pela recente Lei Orgânica da PGE (Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015); o Dr. Eraldo Ameruso Ottoni, atual Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, ofereceu à consideração dois trabalhos de sua lavra, um deles demonstrando que nem sempre o exercício de atividade remunerada por servidor em licença médica constitui ilícito disciplinar e outro analisando as peculiaridades da responsabilização disciplinar de servidores autárquicos, submetidos, via de regra, ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; o Dr. Adalberto Robert Alves debruçou-se sobre o atualíssimo tema do assédio moral no âmbito da Administração Pública, exortando autoridades e servidores em geral ao combate dessa prática deletéria; finalmente, o Dr. Inácio de Lóiola Mantovani Fratini, Procurador do Estado Assistente da Chefia da PPD, esmerou-se em traçar critérios para a mitigação das penas de demissão simples e qualificada à luz da legislação disciplinar paulista.

Estou certo de que, para além de artigos comemorativos dos 5 (cinco) anos de existência de nossa querida PPD, esses trabalhos prestarão inestimável contributo aos cultores do Direito Disciplinar, sendo particularmente úteis a todos os que atuam profissionalmente na área.

Ao encerrar essas considerações, envio calorosas saudações a todos os que contribuíram para que a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares pudesse se transformar na realidade pujante que é hoje, sem prejuízo dos necessários aperfeiçoamentos no plano da organização e dos procedimentos que deverá receber nos próximos anos.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Mensagem ao Leitor

A presente edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado, tratando de temas atualíssimos relacionados aos procedimentos disciplinares de servidores e empregados públicos, vem se consubstanciar em valiosa oportunidade para que o leitor obtenha, em uma única revista, um profundo aprendizado nessa importante área do Direito.

Os artigos foram elaborados por colegas que atuam diretamente na área, o que representa a certeza da abordagem embasada em conhecimentos práticos e de efetiva aplicação, além da consagração de sólida doutrina no tema.

Por ocasião da comemoração dos 5 (cinco) anos de criação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, parabênizo os Procuradores do Estado que ali atuaram na sua implementação, os que vêm desenvolvendo o trabalho diário da unidade e, em especial, agradeço aos colegas Eraldo Ameruso Ottoni, chefe da unidade, e Inácio de Loiola Mantovani Fratini, assistente da chefia, pelo trabalho incansável na busca da padronização e do aperfeiçoamento dos procedimentos, em estreita e prazerosa parceria com esta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral da Consultoria Geral

Apontamentos sobre a apuração preliminar prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo

Ricardo Kendy Yoshinaga¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Fundamentos; 3 – Características; 4 – Condução da apuração preliminar e elementos constitutivos; 5 – As sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 07/07/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 07/02/1996; 6 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Constatada a ocorrência de ilícito administrativo no serviço público, a Administração precisa se valer de mecanismos que permitam uma rápida e eficaz investigação objetivando a identificação quanto à materialidade e autoria infracionais, quando estas não estiverem caracterizadas.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Corregedor Auxiliar na Corregedoria Geral da PGE (2001 a 2006). Procurador Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (2011 a 2014). Atualmente em exercício na Corregedoria Geral da Administração do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

União, prevê que a autoridade administrativa, tomando conhecimento de uma irregularidade, deverá promover uma sindicância investigativa para apuração de fatos cujos contornos ainda não estejam perfeitamente delineados.

Já no Estado de São Paulo, a Administração direta promove essa investigação por meio da apuração preliminar prevista no artigo 265 da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo –, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Estadual nº 942, de 6 de junho de 2003:

Artigo 265 - A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria. (NR)

§ 1º - A apuração preliminar deverá ser concluída no prazo de 30 (trinta) dias. (NR)

§ 2º - Não concluída no prazo a apuração, a autoridade deverá imediatamente encaminhar ao Chefe de Gabinete relatório das diligências realizadas e definir o tempo necessário para o término dos trabalhos. (NR)

§ 3º - Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo. (NR)

No caso da Administração indireta, alguns órgãos disciplinam essa atividade persecutória em regramento interno próprio; entretanto, boa parte deles acabam se valendo, a título subsidiário, das disposições contidas no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

Neste cenário, o foco deste trabalho implicará discorrer sobre a apuração preliminar prevista nas regras estatutárias, apontando os fundamentos que a justificam, suas características, forma de condução, elementos que a compõe, sua similitude com as sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 7/7/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 7/2/1996, e, sobretudo, sua relevância para o posterior processo disciplinar punitivo.

2. Fundamentos

Os princípios consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – exigem dos agentes públicos uma atuação correta, em conformidade com os padrões legais e éticos que devem pautar toda e qualquer atividade administrativa. Dessa forma, eventuais desvios reclamam a obrigatória apuração por parte da Administração, de forma a manterem íntegros os princípios constitucionais em apreço.

A obrigatoriedade em se apurar eventual irregularidade é consequência do poder hierárquico da Administração, na medida em que atribui a esta o poder-dever de buscar o esclarecimento do fato ilícito ocorrido em sua seara, responsabilizando o agente público faltoso. Neste sentido, explica Maria Sylvania Zanella Di Pietro²:

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.

Não é sem razão, portanto, que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo tenha, em seu artigo 264, consignado expressamente a obrigatoriedade na apuração de irregularidade praticada por servidor, *in verbis*:

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.

A propósito, o preceito em questão é praticamente repetido nos diversos regramentos normativos relacionados aos servidores públicos, a revelar uma convergência de entendimento quanto à natureza obrigacional

2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Atlas, 2011. p. 95.

a que se sujeita o agente público detentor de poderes para realização de investigação administrativa. A título exemplificativo, a Lei Federal nº 8.112/90 possui comando muito semelhante ao dispositivo estadual paulista:

Artigo 143 – A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa.

3. Características

A apuração preliminar é dotada de algumas características próprias, tais como a sua natureza inquisitorial e averiguatória. Neste contexto, trata-se de procedimento prévio, que objetiva a colheita de informações e elementos de prova que possam trazer esclarecimentos quanto aos fatos. É muito comum a sua comparação com o inquérito policial, na medida em que se constitui em expediente que poderá anteceder um procedimento de natureza punitiva; neste compasso, e por não implicar responsabilização do agente público, mas mero expediente de colheita de informações que poderá ensejar instauração de processo disciplinar, não está sujeita às regras relativas à ampla defesa e contraditório. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO QUE ANTECEDE A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 5.

1. O Supremo Tribunal Federal já assentou ser dispensada a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer da sindicância, procedimento que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar. Precedentes.
2. ‘A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’. (Súmula Vinculante 5)

3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.³

MANDADO DE SEGURANÇA - LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA - LEGITIMIDADE

PASSIVA AD CAUSAM - DIREITO ADMINISTRATIVO - SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA OU APURATÓRIA DE SUPOSTA INFRAÇÃO COMETIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS - NATUREZA INQUISITORIAL - DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES DO PROCESSO.

1. Distintos os atos combatidos no presente writ em relação aos tratados no MS 19.242/DF, não se configura a litispendência aduzida pela autoridade impetrada.

2. Sendo o Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União signatário das respostas oferecidas aos questionamentos feitos pelos impetrantes, evidencia-se sua legitimidade passiva ad causam.

3. Tratando-se a **sindicância** investigativa ou apuratória de procedimento com natureza inquisitorial e preparatória, prescinde ela da observância dos princípios constitucionais do **contraditório** e da ampla defesa, os quais serão devidamente respeitados se desse processo sobrevier formal acusação aos servidores públicos. Precedentes.

4. À luz dos arts. 7º, § 3º, e 23, VIII, da Lei 12.527/2011, bem como do art. 6º da Portaria CGU nº 335/2006, considerando o caráter sigiloso do conteúdo do procedimento apuratório, não se vislumbra direito líquido e certo dos impetrantes ao acesso às informações constantes do processo, notadamente as relativas à pessoa do denunciante.

5. Segurança denegada.⁴

3 STF – AgReg.RE nº 715790/DF, relator o Ministro ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, publicado no DJe de 6/8/2015.

4 STJ – MS nº 19243/DF, relatora a Ministra ELIANA CALMON, 1ª Seção, publicado no DJe de 20/9/2013.

Outra característica da apuração preliminar consiste no fato de se tratar de procedimento facultativo. Com efeito, se a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de uma irregularidade ocorrida no âmbito da repartição em que atua, já possuir elementos quanto a materialidade e autoria do ilícito funcional, deverá, imediatamente, promover a instauração do processo disciplinar punitivo em desfavor do servidor faltoso; não se revela necessária, nesta hipótese, a realização de uma apuração prévia, uma vez que as informações que estas deveriam obter, na realidade, já são de conhecimento da Administração.

Aqui, e a fim de se dissipar qualquer dúvida quanto uma eventual incompatibilidade entre o caráter facultativo da apuração preliminar e a obrigatoriedade da Administração apurar as irregularidades, deve-se mencionar que se tratam de situações distintas. O poder-dever estatal de se apurar as irregularidades, com a responsabilização do agente faltoso, estará presente sempre que a Administração promover a instauração de procedimento tendo por objeto a apuração dos fatos, seja ele na investigação preliminar, como no processo disciplinar. Em dada situação, por já haver elementos que permitam, de imediato, o início do processo disciplinar, mostra-se dispensável o expediente antecedente – a apuração preliminar – já que, conforme ventilado, o escopo deste já foi atingido.

Questão que envolve alguma controvérsia naqueles que militam na área disciplinar diz com eventual natureza sigilosa das apurações preliminares. Durante os anos de 2013 e 2014, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD)⁵ realizou encontros com servidores das Secretarias da Educação e Saúde incumbidos de conduzir as apurações preliminares em suas respectivas Pastas, ocasião em que uma das dúvidas que mais se destacou foi justamente sobre o sigilo desses expedientes.

Sobre esse tema, nos parece que os tempos atuais reclamam cada vez mais uma maior transparência e publicidade nos atos da Administração Pública. Não à toa, a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro

5 Órgão de execução da área da Consultoria Geral da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) e que possui, dentre outras atribuições, a realização de procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da Administração Direta e Autárquica, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30/8/2012, e no artigo 42, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25/8/2015 (Lei Orgânica da PGE/SP).

de 2011, ao regulamentar o acesso à informação previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, estabeleceu que a diretriz a ser seguida pela Administração consiste na observância do princípio da publicidade como regra geral e do sigilo como exceção⁶, o que, inclusive, vai ao encontro do comando contido no artigo 37, *caput*, da Lei Maior, que impõe aos órgãos públicos a publicidade dos atos administrativos por eles praticados.

Em que pese este panorama normativo, há quem defenda o sigilo absoluto da apuração preliminar, considerando-se, principalmente, a regra contida no artigo 64 da Lei Estadual nº 10.177, de 30/12/1998, e que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Diz o referido dispositivo:

Artigo 64. O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse.

Com a devida *venia*, a norma em apreço refere-se ao procedimento sancionatório, sujeito ao contraditório e ampla defesa, e onde já se encontram delimitadas a materialidade e autoria da conduta ilícita. A sua extensão às apurações preliminares não se afigura possível, pois, nos moldes do que já foi apontado neste texto, trata-se de procedimento prévio, onde não se tem imputação definida, e cuja autoria ainda se mostra desconhecida.

Por outro lado, e em que pesem tais circunstâncias, também entendemos que a publicidade em questão deve ter balizamentos, mormente em se tratando de apurações administrativas de atos potencialmente lesivos ao interesse público. Não se vislumbra ser adequado que o princípio da publicidade obrigue a Administração divulgar informações que possam acarretar prejuízos às investigações administrativas em curso, tornando-as ineficazes e violando, neste contexto, o princípio da eficiência também consagrado na Constituição Federal e assim definido por Diógenes Gasparini:

6 Artigo 3º, inciso I.

o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade⁷.

A própria Lei Federal nº 12.527/11 prevê a possibilidade de sigilo de dados e informações sempre que houver riscos à apuração destinada à repressão e à prevenção de infrações:

Artigo 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Além disso, a Constituição Federal, bem como a Lei Federal nº 12.527/11, estabelecem a proteção das informações pessoais, atinentes à intimidade, vida privada, honra e imagem⁸, cominando, inclusive, responsabilização ao servidor que, indevidamente, promover sua indevida divulgação. Neste contexto, mostra-se necessária a decretação de sigilo nas apurações que contenham informações protegidas pelo ordenamento jurídico vigente.

Considerados esses elementos é que entendemos que a autoridade administrativa deverá avaliar, de forma fundamentada e com a razoabilidade necessária aos atos administrativos, se determinada apuração preliminar tramitará de forma sigilosa ou não, devendo promover a harmonização entre os balizamentos acima ventilados com as normas relativas à publicidade dos atos da Administração.

José Cretella Jr, ao definir a sindicância administrativa – correspondente à apuração preliminar prevista no Estatuto Paulista – admite tratar-se de procedimento que pode se revestir tanto de natureza sigilosa

7 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005. p. 21.

8 Vide artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigo 31, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei Federal nº 12.527/11.

como pública, a corroborar o entendimento de que nem sempre o expediente será revestido pelo manto do sigilo, desde que não haja informações ou documentos que ensejem a restrição de acesso:

Sindicância administrativa ou, abreviadamente, sindicância, é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a abertura do processo administrativo contra o funcionário público responsável; não confirmadas as irregularidades, o processo sumário é arquivado.⁹

4. Condução da apuração preliminar e elementos constitutivos

A Lei Estadual nº 10.261/68 trata da apuração preliminar em seu artigo 265, anteriormente transcrito. Pela leitura do dispositivo legal, verifica-se que inexistente um rito previamente estabelecido para a condução das apurações, já que naquele é estabelecido: (i) o prazo para sua conclusão; (ii) a possibilidade de prorrogação deste; (iii) e, por fim, quais providências serão adotadas pela autoridade ao concluir sua investigação.

Muito embora seja desprovido do formalismo procedimental destinado à sindicância punitiva¹⁰ e ao processo administrativo disciplinar¹¹, é recomendável que a apuração tenha uma sequência lógica de atos instrutórios, a fim de se permitir uma melhor compreensão da investigação realizada pela autoridade instrutora.

Neste sentido, e conforme já ventilado neste trabalho, a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de irregularidade praticada por servidor, deverá adotar providências objetivando sua apuração. Aqui cabe abrir um parêntese, no sentido de que a ciência da anomalia no serviço pode se dar, na dicção do artigo 264 da Lei nº 10.261/68, “por qualquer meio”,

9 CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2006. p.64-65.

10 Artigo 269 da Lei Estadual nº 10.261/68.

11 Artigo 270 da Lei Estadual nº 10.261/68.

seja por meio de representação, notícias veiculadas em meios de comunicação, constatação através de atividade correcional, denúncias etc.

Em relação às denúncias, uma questão que pode acarretar alguma controvérsia reside na possibilidade de denúncia anônima dar início a uma apuração administrativa, diante da regra contida no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, que veda o anonimato, e sua aparente incompatibilidade com o poder-dever da Administração em apurar as irregularidades de que tiver conhecimento.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que denúncia anônima é capaz de desencadear investigação preliminar para colheita de subsídios quanto à irregularidade noticiada. Neste sentido, vale a transcrição de trecho de voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, ao abordar a questão naquela Corte:

Nessas situações, deve-se realizar um exame prévio de admissibilidade da denúncia, da idoneidade dos documentos que a acompanham, da coerência da narrativa e da presença de elementos que evidenciem não se tratar de mera tentativa de macular a idoneidade do servidor. Assim, como meio de preservar a imagem e a honra do servidor investigado, a Administração deve agir de forma cautelosa e discreta e realizar investigações preliminares em busca de outros elementos que corroborem a denúncia e confirmem a autoria e a materialidade das infrações, para, apenas aí, instaurar o processo administrativo disciplinar. Esse procedimento investigatório preliminar pode ter a forma de sindicância, como se deu na espécie. Não se quer, com isso, incentivar a prática do denunciismo contra servidor público, o que é reprovável, mas apenas afirmar que a denúncia formulada por pessoa não identificada não pode ser sumariamente descartada sem um juízo prévio sobre a plausibilidade das imputações. Fosse isso possível, diversas condutas ilegais e abusivas praticadas por servidores públicos jamais seriam conhecidas e combatidas. Não pode a Administração, como é óbvio, instaurar o processo administrativo disciplinar contra servidor com base única e exclusiva nas imputações feitas em denúncias anônimas, sendo exigível, no entanto, conforme enfatizado, a realização de um procedimento preliminar que apure os fatos narrados e a eventual procedência da denúncia.¹²

12 STF - RMS no 29198/DF, relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, 2ª Turma, publicado no DJe de 28/11/2012.

O Superior Tribunal de Justiça endossa esse posicionamento, não vislumbrando vícios na instauração de apuração preliminar em razão de denúncia anônima recebida pela Administração:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENGENHEIRO DO DNIT. DEMISSÃO POR GERÊNCIA DE SOCIEDADE PRIVADA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. REALIZAÇÃO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

3. Não há falar em nulidade se o processo administrativo disciplinar é instaurado somente após a realização de investigação preliminar para averiguar o conteúdo da denúncia anônima. Nesse sentido: STJ - MS 12.385/DF, 3ª Seção, Min. Paulo Gallotti, DJe 05/09/2008; MS 13.348/DF, 3ª Seção, Min. Laurita Vaz, DJe 16/09/2009; MS 15.517/DF, 1ª Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/02/2011; STF - RMS 29.198/DF, 2ª T., Min. Cármen Lúcia, DJe 28/11/2012.¹³

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o entendimento prevalente igualmente admite a possibilidade de que a apuração preliminar tenha origem em denúncia anônima, conforme assentado no parecer PA nº 205/2008¹⁴:

Ademais, incabível a argumentação trazida pela Interessada em seu recurso, de que a Administração não pode investigar “denúncia anônima”, sob pena de nulidade de todo o procedimento, uma vez que a apuração preliminar prestou-se, exatamente, para colheita de “dados mais precisos e específicos” a respeito do assunto levado ao conhecimento da Diretoria de Ensino da Região de Bragança Paulista e acabou sendo confirmada no decorrer dos trabalhos averiguatórios e, posteriormente, no presente processo administrativo disciplinar, repita-se, com as declarações da própria Interessada, à qual assegurou-se a ampla defesa e o contraditório.

13 STJ - MS No 18664/DF, relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 1ª Seção, publicado no DJe de 30/04/2014.

14 Parecerista Dra. Marisa Fátima Gaiiski; peça opinativa aprovada em 05/11/2008.

Logo, não pode a Administração abdicar de seu *múnus* correicional sob argumento de que a notícia da prática de conduta irregular não é nominalmente identificável. Aliás, neste aspecto, inexistem nos autos qualquer menção de que tenha sido anônima a denúncia constante do protocolo nº 2893/0041/03, conforme indicado à fl. 5 do processo em apenso. Mesmo que assim não fosse, o artigo 264, da Lei nº 10.261/68, alterada pela Lei Complementar nº 942/03, é clara em autorizar a conduta adotada pelo administrador no caso em exame, *verbis*:

‘**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. (g.n.)’

Ultrapassada a questão relativa à possibilidade de denúncia apócrifa ensejar a instauração de apuração preliminar, cabe, na sequência, tratarmos dos atos procedimentais que deverão compor o expediente investigativo, malgrado, repita-se, a inexistência de previsão legal quanto ao rito a ser seguido.

Neste compasso, recomenda-se que a apuração seja instaurada mediante portaria administrativa, a ser expedida pela chefia da repartição onde ocorreram os fatos; nada impede, por outro lado, que autoridades superiores do órgão avoquem a atribuição para a expedição da portaria, na medida em que estamos diante de uma atribuição concorrente.

A portaria administrativa deverá, sucintamente, indicar: (i) os motivos que ensejaram a instauração da apuração¹⁵; (ii) os fatos/conduas que deverão ser objeto de investigação; (iii) servidor ou comissão encarregado da apuração.

Em relação à autoridade encarregada pela apuração, deve-se esclarecer que esta pode ser conduzida por um servidor, não sendo obrigatória a instituição de uma comissão. Evidentemente que nos casos que envolvam fatos de maior complexidade ou que demandem apuração de diversas condutas, é razoável que a instrução das apurações seja

15 Aqui está se referindo à circunstância pela qual a Administração teve conhecimento da irregularidade: representação de terceiros, denúncia, atividade de fiscalização, notícia em órgãos de comunicação etc.

realizada por uma comissão, de modo a permitir uma maior agilidade e divisão dos trabalhos de investigação.

Ainda no tocante à autoridade apuradora, deve-se apontar que ela não deverá, necessariamente, ter condição hierárquica superior à do investigado.¹⁶ Igualmente, não há óbice normativo para que as apurações sejam conduzidas por ocupantes de cargos em comissão, não sendo obrigatória a sua composição por funcionários efetivos.

Há que se ter o cuidado, entretanto, de se observar o preceito contido no artigo 275 da Lei nº 10.261/68 que, embora previsto no capítulo referente ao processo administrativo disciplinar, entendemos deva também ser aplicado às apurações preliminares:

Artigo 275 - Não poderá ser encarregado da apuração, nem atuar como secretário, amigo íntimo ou inimigo, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cônjuge, companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado, bem assim o subordinado deste.

As providências instrutórias necessárias à colheita de elementos de informação basicamente consistem nas mesmas previstas para a sindicância punitiva e para o processo administrativo disciplinar. Elas envolvem: (i) a oitiva de pessoas que, de alguma forma, tenham conhecimento dos fatos investigados, onde se incluem o autor da denúncia/representação e servidores investigados; (ii) requisição de documentos relevantes à elucidação dos fatos; (iii) realização de perícia; (iv) vistorias; (v) outros meios de prova admissíveis no ordenamento jurídico. Essa atividade norteia-se pelo princípio da oficialidade, assim definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios

16 O artigo 273 da Lei nº 10.261/68, em sua redação original, previa que “a sindicância, como meio sumário de verificação, será cometida a funcionário, comissão de funcionários, de condição hierárquica nunca inferior à do indiciado”. Com o advento da Lei Complementar nº 942, de 6/6/2003, foram promovidas diversas alterações na Lei nº 10.261/68, excluindo-se, inclusive, a exigência em apreço. (g.n.)

atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.¹⁷

Durante a tramitação da apuração, é indispensável que os atos procedimentais realizados sejam devidamente consignados no expediente; muito embora não se revista este de uma formalidade maior, é imprescindível que tenha forma escrita, contendo todos os registros que identifiquem as diligências investigativas realizadas pela autoridade apuradora.

Promovidas as diligências necessárias à instrução da apuração preliminar, deverá a autoridade elaborar relatório conclusivo, contendo avaliação dos elementos probatórios colhidos e, motivadamente, elaborar proposta de: (i) arquivamento; ou (ii) instauração de processo disciplinar punitivo, seja na forma de sindicância¹⁸ ou processo administrativo disciplinar¹⁹. Este é o mandamento abarcado no parágrafo terceiro do artigo 265 da Lei nº 10.261/68:

§ 3º - Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo.

O relatório final elaborado pela autoridade apuradora constitui-se numa das mais relevantes peças que compõem a apuração preliminar. Isso porque, via de regra, é esse documento que servirá de fundamento para a decisão da autoridade superior do órgão, conferindo a esta sua validade em razão do princípio da motivação dos atos administrativos, assim definido por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio da motivação. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada.²⁰

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 629.

18 Nas hipóteses previstas no artigo 269 da Lei nº 10.261/68.

19 Nas hipóteses previstas no artigo 270 da Lei nº 10.261/68.

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed. Malheiros, 2004. p. 57.

Ainda sobre a necessidade de os atos administrativos serem motivados, pedimos *venia* para transcrever lição de Antonio Carlos Alencar Carvalho, ao acenar que a motivação decorre dos fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, evitando-se práticas de atos que sejam movidos por interesses outros que não aqueles de natureza pública:

A ideia de motivação decorre dos próprios fundamentos do Estado democrático de direito, no qual as decisões administrativas proferidas por órgãos estatais não podem ser produto da vontade pessoal casuística e arbitrária, movida por força de oculta proteção de partidários, amigos ou familiares, ou perseguição de adversários, nem há espaço para a adoção de medidas decisórias injustificadas, cujas razões não são expostas nem são racionalmente explicáveis, inteiramente discricionárias, ditadas pelo supremo desígnio das autoridades competentes.

Não, antes cumpre à Administração Pública justificar suas ações de forma congruente, lógica, objetiva e imparcial, sobretudo os atos administrativos que impliquem punição sobre particulares e servidores públicos.²¹

Desta forma, deverá o relatório indicar o objeto da apuração preliminar, histórico das investigações realizadas, efetuar avaliação sobre as informações e documentos anexados ao expediente e, apresentando as razões que formam a convicção da autoridade apuradora, formular uma das propostas previstas no parágrafo terceiro do artigo 265 anteriormente transcrito.

Em se tratando de relatório concluindo pela necessidade de se instaurar procedimento disciplinar punitivo em desfavor de agente público, é indispensável que determinadas circunstâncias estejam devidamente mencionadas, notadamente aquelas envolvendo a individualização da conduta considerada irregular, sendo que a deficiência na sua indicação inviabilizará a instauração do procedimento disciplinar que exige, para seu válido processamento, a imputação de fatos concretamente

21 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar, *Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública*, 2. ed. Fórum, 2011. p. 180.

delineados, sob risco de se ter acusação genérica que tornará viciada a relação processual por impossibilidade de se permitir a defesa por parte do acusado. Esclarecedoras, neste aspecto, as considerações de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre o tema:

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso, é essencial que qualquer processo – particularmente o de cunho punitivo – comece pela informação, ao acusado ou interessado, daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar um edital dizendo que determinada pessoa cometeu uma infração de trânsito, sem especificá-la; é preciso efetivamente fazer chegar ao acusado a informação exata sobre qual específica infração teria sido cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa.²²

Não é sem razão que no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, foi editada a Ordem de Serviço PPD nº 3, de 31/7/2015, divulgada no âmbito da Administração Pública Estadual por meio da e-Orientação SubG.-Cons. 01/2016, estabelecendo os elementos necessários à regular instauração do processo disciplinar. Da leitura de seu artigo 1º, verifica-se que o relatório conclusivo da apuração preliminar deve necessariamente conter as circunstâncias mencionadas no referido ato normativo, a seguir reproduzido:

Art. 1º - A descrição sucinta dos fatos a que se refere o art. 277, § 1º, da Lei Estadual nº 10.261/68, deverá conter o tempo, o local, o modo de execução e a expressão financeira do prejuízo, caso haja, além da precisa delimitação da natureza da falta disciplinar.

Inc. I – Entende-se por tempo da falta disciplinar o dia e a hora em que foi praticada. Na impossibilidade de delimitar com precisão o momento de sua prática a portaria deverá referir-se ao tempo aproximado em que deu sua falta.

Inc. II – Quando necessário, a descrição do local deverá possibilitar que se avalie com precisão onde estava o investigado no momento da prática da infração, devendo ser indicado o prédio, andar, sala e, se o caso, a posição em relação ao denunciante ou às testemunhas.

22 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. Malheiros, 2012. p. 110.

Inc. III – O modo de execução é a conduta concretamente realizada pelo investigado, com todas as suas circunstâncias, sendo vedada a simples transcrição do dispositivo legal em que previsto o dever ou proibição violado.

Reportando-nos novamente aos encontros ocorridos entre as autoridades apuradoras das Secretarias da Educação e da Saúde e integrantes da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, interessantes as ponderações lançadas naqueles eventos²³, no sentido de que, para que uma apuração preliminar atinja seus objetivos e permita uma válida e regular instauração de processo disciplinar punitivo, muito valiosa a aplicação da ferramenta do 5W2H, comumente utilizada em ambientes corporativos²⁴. Valendo-se dessa ferramenta, a apuração deverá detectar: (i) o fato; (ii) quem o praticou; (iii) onde foi praticado; (iv) quando ocorreu; (v) os motivos de se tê-lo praticado; (vi) como foi praticado; (vii) qual o valor do prejuízo causado.

Muito embora o parágrafo terceiro do artigo 265 da Lei nº 10.261/68 nada fale sobre o assunto, não vislumbramos qualquer óbice a que a autoridade apuradora, ao elaborar seu relatório final, também proponha outras medidas de interesse da Administração, sejam essas de natureza preventiva ou corretiva. A atividade apuradora se insere dentro da esfera do controle interno da Administração que tem, justamente, a função de auxiliar o gestor público na realização das atividades administrativas dentro das diretrizes da probidade, economicidade e eficiência; dessa forma, e uma vez verificada a necessidade de se aprimorar ou mesmo corrigir uma dada situação envolvendo o serviço público, deverá a autoridade apuradora sugerir providências que possam sanear os problemas detectados ou aperfeiçoar as práticas públicas.

Da mesma forma, e uma vez constatada, em tese, a prática de ilícito penal ou de ato de improbidade, não vislumbramos óbice para que a

23 Exposições dos Drs. Clayton Alfredo Nunes e Norberto Oya, Procuradores do Estado em exercício na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

24 O 5W2H, basicamente, é um *checklist* de determinadas atividades que precisam ser desenvolvidas com o máximo de clareza possível por parte dos colaboradores da empresa. O nome desta ferramenta foi assim estabelecido por juntar as primeiras letras dos nomes (em inglês) das diretrizes utilizadas neste processo: *what, who, where, when, why, how e how much*.

autoridade apuradora comunique imediatamente a ocorrência dos fatos às autoridades competentes – inclusive por estar em curso o prazo prescricional tanto da ação penal como a de improbidade – sem prejuízo do que estabelece o artigo 302 da Lei nº 10.261/68.²⁵

Uma circunstância que nem sempre vem merecendo a devida atenção nas apurações preliminares refere-se à necessidade de se apurar o efetivo prejuízo que uma dada conduta irregular causou aos cofres públicos. Efetivamente, além de ter seus olhos voltados para a questão envolvendo a responsabilização do agente público faltoso, a autoridade apuradora igualmente deverá atentar para a análise quanto ao desfalque que a prática irregular promoveu ao erário, buscando colher informações, documentos, depoimentos que permitam uma identificação de valores, requisito essencial não só para que se possa ter uma melhor dimensão do ilícito e do grau de reprovabilidade da conduta irregular, mas, sobretudo, para que o Estado possa, futuramente, buscar a recomposição de seu patrimônio, persecução essa de natureza cogente, diante do princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

5. As sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 07/07/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 07/02/1996

No âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo, o Decreto nº 40.177, de 7/7/1995, prevê o pagamento de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contratos posteriormente declarados inválidos, desde que atendidos os requisitos previstos em seu artigo 1º:

Artigo 1º - Os pagamentos, a título indenizatório, de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contrato posteriormente declarado inválido, em atenção ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica, deverão atender os seguintes pressupostos:

²⁵ “Artigo 302 – Quando ao funcionário se imputar crime, praticado na esfera administrativa, a autoridade que determinou a instauração do processo administrativo providenciará para que se instaure, simultaneamente, o inquérito policial.”

I - comprovação da efetiva prestação de serviços, realização de obra ou fornecimento de bens;

II - demonstração do valor correspondente aos serviços, obras ou bens a serem indenizados, lastreada em ampla pesquisa de mercado;

III - existência de disponibilidade orçamentária no tocante ao órgão ou entidade responsável pela despesa;

IV - realização de sindicância, no intuito de apurar cabalmente as circunstâncias que originaram a prestação de serviços, realização de obra ou fornecimento de bens irregular, com particular atenção à verificação da existência ou não de boa-fé por parte da pessoa física ou jurídica pleiteante da indenização, bem como da existência ou não de responsabilidade disciplinar por parte de autoridade ou servidor;

V - autorização prévia do Secretário de Estado, do Procurador Geral do Estado ou do Superintendente de autarquia, exarada em autos de processo contendo os elementos arrolados nos incisos precedentes e manifestação preliminar do respectivo órgão jurídico, devendo ser observado, ainda, o seguinte:

a) a autorização de indenização, nos termos deste decreto, deverá ser comunicada à Corregedoria Geral da Administração, da Casa Civil²⁶;

b) os processos indenizatórios que envolvam valores acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), antes da decisão das autoridades de que trata este inciso, deverão ser encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação.

A sindicância prevista no inciso IV corresponde a um procedimento de natureza investigativa, que, além de esclarecer circunstâncias necessárias à análise do pagamento (ou não) de despesas sem o devido lastro contratual, poderá redundar na instauração de processo disciplinar punitivo em desfavor de agente público. A ela, portanto, se aplicam os princípios e regramentos relativos à apuração preliminar prevista no artigo 265 da Lei nº 10.261/68.

26 Atualmente, a Corregedoria Geral da Administração vincula-se à Secretaria de Governo, em razão do advento do Decreto Estadual nº 61.036, de 1/1/2015.

Verifica-se, assim, que a sindicância em apreço não se confunde com a sindicância punitiva prevista no artigo 269 da mesma lei, esta de natureza contraditória e que poderá redundar na aplicação de penalidade administrativa em desfavor de agente público. A primeira, repita-se, é um procedimento prévio, inserido dentro de um contexto onde se objetiva a decisão quanto ao pagamento de uma dada despesa e que poderá, inclusive, servir de fundamento para a instauração de um posterior processo disciplinar.

As considerações acima apontadas aplicam-se igualmente para a sindicância averiguadora prevista na Resolução PGE nº 7, de 2/7/1996. Com efeito, esta prevê orientações direcionadas à Administração nos casos envolvendo decisões do Tribunal de Contas que não imputem multa ou débito, ou indiquem dúvidas quanto a identificação dos responsáveis, dispondo, *in verbis*:

3.1 As decisões do Tribunal de Contas que não imputam débito ou multa ou ensejam dúvidas quanto à identificação dos responsáveis deverão ser encaminhadas à Secretaria de Estado de origem para apuração, através da sindicância, dos eventuais prejuízos causados ao erário e da possível prática de ilícito administrativo ou criminal, comunicando-se oportunamente àquela instituição, e à Procuradoria da Fazenda do Estado, sobre o tratamento dispensado à matéria e as providências adotadas.

3.1.1 No caso das autarquias, fundações e empresas estatais, o expediente também deverá ser encaminhado às Secretarias de Estado, para os mesmos fins.

Verifica-se, aqui também, o nítido caráter preparatório da sindicância em tela, que poderá ensejar desdobramentos em searas diversas. Em que pese tratar-se de procedimento preliminar, a Resolução prevê, em seu item 3.4.1, a necessidade de se conferir o direito ao contraditório e ampla defesa a todos os envolvidos, servidores ou não.

6. Considerações finais

Instrumento de especial relevância para a investigação de irregularidades administrativas, a apuração preliminar constitui-se numa das formas de atuação do controle interno da Administração, na busca de evidências que identifiquem a ocorrência de desvio de conduta no

âmbito do serviço público e de seu autor, além de indicar : (i) medidas saneadoras que evitem a repetição de atos que atentem contra os princípios consagrados no artigo 37 da Constituição Federal; (ii) propostas outras para o aprimoramento da atuação estatal.

O presente trabalho procurou expor alguns dos principais aspectos desse procedimento investigativo, notadamente o seu caráter facultativo, preparatório, não sujeito às regras do contraditório e ampla defesa, e que pode se revestir de natureza sigilosa, desde que presentes elementos que justifiquem a restrição de acesso às informações nele contidas.

Uma das principais abordagens efetuadas foi no sentido de realçar que o trabalho desenvolvido pela autoridade apuradora poderá balizar todas as decisões e procedimentos que a ele se seguirem; seja no ato da autoridade administrativa que acolher o relatório conclusivo da apuração, adotando-o como fundamento de sua decisão; seja no ato de instauração – portaria inicial prevista no artigo 277 da Lei nº 10.261/68 – de eventual processo disciplinar que o suceder²⁷.

Efetivamente, o ato de instauração do processo disciplinar punitivo deverá ater-se especificamente à conduta ilícita individualizada na decisão da autoridade que determinar o início da persecução administrativa; e nem poderia ser diferente, na medida em que o princípio da hierarquia impede que o ato de instauração retrate condutas e fatos diversos daqueles apontados na decisão administrativa, sob pena de se iniciar relação processual eivada de nulidade. Daí infere-se que, no fundo, o relatório da autoridade apuradora é quem delimitará o objeto do posterior processo disciplinar, pois, salvo raríssimas exceções, a

27 O sistema disciplinar previsto no Estatuto Paulista diferencia o ato de determinar a instauração do processo disciplinar do ato que efetivamente o instaura. O primeiro é atribuição da autoridade administrativa – artigos 272 e 274 da Lei nº 10.261/68 – que detém o poder hierárquico sobre o agente público investigado; justamente em razão desse poder, é essa decisão que vai determinar sobre quais fatos concretamente indicados deverá o seu subordinado responder no âmbito do processo disciplinar. Já o segundo ato é aquele que – em cumprimento à decisão da autoridade administrativa e dentro da esfera de cognição estabelecida por esta – dá início ao processo disciplinar, materializando-se por meio da portaria inicial prevista no artigo 277 da Lei nº 10.261/68, devendo ser subscrita por procurador do Estado, diante da atribuição fixada no artigo 271 do mesmo texto legal, além do disposto no artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.183/12 e no artigo 42, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15.

decisão da autoridade administrativa adota a referida peça opinativa como seu fundamento.

Neste contexto, revela-se de vital importância que a apuração, além de descrever a conduta concretamente imputada ao agente faltoso, também indique o valor de eventual prejuízo causado ao erário, já que esta circunstância poderá ser necessária à própria caracterização da materialidade infracional, bem como para avaliação quanto a maior ou menor reprovabilidade da conduta apontada como irregular. A propósito, a fixação do *quantum* servirá, também, para a adoção de providências na esfera civil, numa eventual ação judicial objetivando o ressarcimento ao erário.

Por derradeiro, e muito embora seja pacífico o entendimento de que eventual vício da apuração preliminar não é capaz de contaminar o subsequente processo disciplinar punitivo²⁸, é evidente que deve a autoridade apuradora atentar para que o trabalho seja desenvolvido de forma íntegra, com isenção, focando-se para o objeto da investigação e, na medida do possível, dentro dos prazos estabelecidos na legislação de regência. Na grande maioria dos casos, a apuração ocorre na própria origem, o que implica maior proximidade do apurador com os fatos, permitindo, em tese, maior facilidade na investigação e identificação das condutas infracionais; por outro lado, é natural que aquele também tenha um contato maior com os envolvidos – seja denunciante, testemunha, investigado – o que exige uma maior cautela no sentido de que a condução da apuração seja realizada com a indispensável imparcialidade para que os trabalhos sejam dotados da necessária credibilidade, com a colheita de elementos probatórios que permitam a busca da tão almejada verdade material.

28 Nesse sentido, invocam-se os seguintes precedentes do STF: MS nº 22.122, relator o Ministro Celso de Mello, Pleno, DJe de 19/12/2006; RMS nº 24.526, relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJe de 15/8/2008; e MS nº 25.910, relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 25/5/2012.

Referências bibliográficas

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

CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2006.

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

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. Malheiros, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Malheiros, 2004.

Subsunção e tipicidade no processo disciplinar

René Zamlutti Júnior¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Aplicação subsidiária de normas penais e processuais no Direito Disciplinar; 3 – Direito Disciplinar como corolário da legalidade estrita; 4 – Tipificação aberta e estrutura própria das infrações disciplinares; 5 – Desafios hermenêuticos e conceitos jurídicos indeterminados; 6 – Conclusão – indeterminação linguística e direitos fundamentais do acusado; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar o problema da subsunção e da tipicidade das infrações disciplinares, abordando-o à luz das dificuldades oriundas da aplicação subsidiária das normas e da própria estrutura do Direito Penal. Embora essa dificuldade possa ser constatada praticamente na totalidade dos diplomas normativos pátrios reguladores do Direito Disciplinar, seja na esfera federal, seja nos âmbitos municipais e estaduais, a análise detalhada de tais textos legislativos, dada sua pluralidade, se mostraria inviável para as dimensões deste trabalho. Diante disso, a legislação tomada por paradigma para desenvolvimento da argumentação que se segue será o arcabouço jurídico do Direito Disciplinar do Estado de São Paulo, cuja disciplina básica se encontra nos artigos 241 a 321 da Lei nº 10.261/68, conhecida como Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (embora o

1 Procurador do Estado de São Paulo. Presidente da 12ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Universidade São Judas Tadeu. Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Título VIII da referida lei, denominado *Do Procedimento Disciplinar*, tenha início apenas a partir do artigo 261). Não obstante, as conclusões expostas ao final do trabalho se mostram válidas para o Direito Disciplinar como um todo.

2. Aplicação subsidiária de normas penais e processuais no Direito Disciplinar

Como ramo autônomo da ciência jurídica, o Direito Disciplinar tem estrutura sancionatória e, por consequência, busca subsídios no Direito Penal e no Direito Processual, nas diversas situações em que a legislação específica se mostra lacunosa e/ou insuficiente. 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. Some-se a tais fatores o considerável atraso no desenvolvimento científico do Direito Disciplinar, quando comparado ao Direito Processual e ao Direito Penal.

Desse modo, a aplicação subsidiária de tais ramos do Direito, notadamente no que concerne ao Direito Processual – em situações, v.g., como contradita de testemunhas, contagens de prazos, categorias preclusivas etc. –, mas também em relação ao Direito Substantivo – do qual podem ser invocados como exemplos a presunção constitucional de inocência (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988) e a confissão como circunstância atenuante (artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal) – constitui, antes de mais nada, uma necessidade para a operacionalidade do Direito Disciplinar, à luz de suas carências normativas.

A princípio, o emprego subsidiário do Direito Processual aos processos disciplinares não traz maiores dificuldades ao intérprete. Contudo, embora tanto o Direito Penal quanto o Direito Disciplinar partam de uma mesma lógica sancionatória, a estrutura deste apresenta peculiaridades que tornam dificultosa a aplicação, na seara disciplinar, de certos postulados típicos do Direito Penal.

A primeira distinção significativa que há de ser feita entre esses dois ramos do Direito reside na própria função que cada ramo desempenha

na sociedade. O mais moderno entendimento acerca do papel do Direito Penal o situa como *ultima ratio* para a solução dos problemas sociais, aplicável quando os demais mecanismos jurídicos se mostram falhos. Trata-se do chamado *princípio da intervenção mínima* ou *princípio da subsidiariedade*, tido por parte da doutrina como princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Como explica Guilherme de Souza Nucci, “caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito”, razões pelas quais “o direito penal deve ser visto como *subsidiário* aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados”².

Esclareça-se, desde logo, que a *aplicação subsidiária* dos preceitos do Direito Penal no âmbito do Direito Disciplinar não é sinônimo da *subsidiariedade* daquele ramo do Direito em face deste, nos termos preconizados por Nucci. Ao contrário, como se verá adiante, uma mesma conduta do servidor público pode ensejar a incidência de penalidades nas duas esferas – penal e disciplinar –, dada a independência existente entre elas e a possibilidade, de resto bastante corriqueira, de que uma única conduta constitua, a um só tempo, violação dos deveres funcionais previstos na Lei nº 10.261/68 e crime previsto no Código Penal (ou em legislação específica). Nessa hipótese, sem que se afaste o princípio constitucional (implícito) da subsidiariedade ou da intervenção mínima, há que se reconhecer que o Poder Público *optou por* determinar que certo comportamento implica tanto a violação de um dever funcional quanto a prática de um crime ou infração penal.

De qualquer modo, o “estado da arte” do Direito Penal é marcado por seu encolhimento, não só no Brasil, mas no mundo ocidental como

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10. ed., p. 47.

um todo. Constatado o fracasso do sistema punitivo, notadamente o carcerário, como ressocializador – tema abordado com profundidade na obra *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*, de Cezar Roberto Bitencourt³ –, consolida-se um movimento no sentido da descriminalização de diversas condutas, rumo a um Direito Penal Mínimo.

Essa lógica de *ultima ratio* também guarda relação com o fato de que o Direito Penal, muito comumente, atinge a liberdade física do acusado. Nas palavras de Mercedes García Arán, “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”⁴.

Constata-se com bastante facilidade que a lógica que orienta a estrutura do Direito Penal e sua função social não se pode aplicar, nem mesmo subsidiariamente, ao Direito Disciplinar, fundado em premissas substancialmente distintas, mormente no que concerne aos seus objetivos primordiais.

3. Direito Disciplinar como corolário da legalidade estrita

Por expressa determinação constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), a Administração Pública se encontra jungida ao princípio da legalidade, entendido, nessa seara, como princípio da *estrita* legalidade. Corolário do Estado de Direito, tal princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”⁵. Na consagrada e sintética formulação de Hely Lopes Meirelles, “na Administração

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. Saraiva, 4. ed., 2011.

4 ARÁN, Mercedes García. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Aranzadi, 1. ed., 1997, p. 36.

5 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 30. ed., 2013, p. 104.

Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁶.

Consequência lógica desse vínculo visceral entre Administração Pública e estrita legalidade é o dever daquela de se autofiscalizar, ou seja, de se manter permanentemente atrelada à legalidade, em todas as suas esferas de atuação. A compatibilidade da atuação dos agentes públicos com a legalidade há de ser constante, permanente. Daí o dever (constitucionalmente) imposto à Administração Pública de, *sponte propria*, independentemente de qualquer provocação, aferir a legalidade de seus agentes. Daí decorre, também, o chamado dever de autotutela da Administração Pública, consagrado nas conhecidas Súmulas 346 (“A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”) e 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 motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”) do Supremo Tribunal Federal.

Além desse dever-poder de autotutela, o princípio da (estrita) legalidade impõe ainda à Administração o dever-poder de fiscalizar a atuação de todos os seus agentes, mantendo, como já afirmado, permanente compatibilidade com a legislação vigente.

Daí se segue que, ao contrário do que ocorre com o Direito Penal, o Direito Disciplinar jamais poderá ser considerado *ultima ratio* para a solução dos problemas. Ao revés, o Direito Disciplinar não poderá deixar de ser invocado e aplicado, quando constatados indícios da prática de infrações disciplinares, dada sua condição de instrumento garantidor da manutenção da legalidade por parte da Administração Pública.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 29. ed., 2004, p. 88.

4. Tipificação aberta e estrutura própria das infrações disciplinares

Essa distinção no que concerne à aplicação do Direito Penal e do Direito Disciplinar, conquanto relevante, não resulta em maiores dificuldades para o intérprete no momento da aplicação subsidiária daquele à esfera de incidência deste. Tal circunstância, porém, justifica a inviabilidade da aplicação, ao Direito Disciplinar, de um postulado fundamental ao Direito Penal, consubstanciado nos conceitos de *lex stricta* e *lex certa*, os quais, em suma, vedam que a tipificação penal de condutas se dê de forma ampla ou aberta.

À tipificação “fechada” do Direito Penal contrapõe-se a tipificação “aberta” do Direito Disciplinar, facilmente perceptível em várias das hipóteses normativas definidas como deveres dos servidores públicos na Lei nº 10.261/68, notadamente em seu artigo 241. Embora as condutas previstas como *proibições* nos artigos 242 e 243 da mesma lei apresentem grau significativamente maior de concretude, não raro as imputações que levam à instauração de procedimentos administrativos disciplinares – sejam processos administrativos ou sindicâncias – encontram fundamento jurídico nas determinações de instauração, justamente nas tipificações mais abertas elencadas nos incisos do artigo 241 da referida lei.

Compare-se, a título de exemplo, a hipótese normativa prevista no artigo 121 do Código Penal (“*Matar alguém*”) com os deveres previstos nos incisos XII a XIV do artigo 241 do Estatuto bandeirante (“*XII – cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho*”; “*XIII – estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções*”; e “*XIV – proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública*”). Ainda que nem todos os incisos do artigo 241, e certamente não as hipóteses dos artigos 242 e 243, sejam marcados por tal grau de indeterminação, a distinção estrutural entre tais dispositivos e aqueles encontrados na esfera penal – âmbito no qual tal grau de generalismo é vedado pelo princípio da *lex stricta* – é bastante evidente.

Essa escolha, quando possível, pela qualificação jurídica mais abrangente não implica qualquer vício ou nulidade na conduta da autoridade que determina a instauração do procedimento, justamente porque tal

abertura não é acidental ou fortuita. Ao contrário, tendo em vista que, como já afirmado, o Direito Disciplinar firma-se como *prima ratio* da Administração Pública, contrapondo-se, assim, à lógica de *ultima ratio* do Direito Penal, e ainda, à luz da pluralidade de situações e circunstâncias que podem levar à violação da legalidade por parte dos agentes públicos – pluralidade esta que inviabiliza que todas as possíveis violações da legalidade sejam positivadas em descrições comportamentais específicas e detalhadas – é desejável e adequado que, a fim de preservar a higidez na condução da *res publica*, a legislação pertinente forneça à Administração Pública instrumental que lhe permita abarcar todo e qualquer desvio de seus servidores. Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro:

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 exatidão 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 (artigos 128 da Lei Federal e 256 do Estatuto Paulista⁷) 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 essa margem de apreciação (ou discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei) que exige a precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos

7 Embora a autora faça referência ao artigo 256 do Estatuto paulista, a norma a que ela se refere é o artigo 252 dessa lei.

por órgãos jurídicos pré-opinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão.⁸

Evidentemente, se, por um lado, essa abertura semântica fortalece a Administração Pública na busca pela manutenção contínua da legalidade, por outro lado, apresenta o risco da fragilização da segurança jurídica, na medida em que, ao menos em tese, abre espaço para eventuais subjetivismos do intérprete.

Outra característica distintiva da estrutura das infrações administrativas em relação aos tipos penais consiste no fato de que, nestes, em cada dispositivo legal regulador de condutas, já são elencados os patamares mínimos e máximos da pena a ser eventualmente aplicada em caso de descumprimento da norma, bem como o regime inicial de cumprimento da pena (por exemplo, estabelece o artigo 121 do Código Penal: “*Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 a 20 anos*”).

Essa lógica não é adotada em relação à maioria das infrações administrativas previstas na Lei nº 10.261/68, ou seja, aquelas tipificadas nos artigos 241 a 243. A correlação entre pena e infração, nos termos dessa legislação, exige um raciocínio menos imediato e por vezes mais tortuoso.

As penalidades aplicáveis aos servidores paulistas em caso de descumprimento de seus deveres estão previstas no artigo 251 do Estatuto. São seis as possibilidades de pena, em grau crescente de gravidade:

Art. 251 – São penas disciplinares:

I – repreensão;

II – suspensão;

III – multa;

IV – demissão;

V – demissão a bem do serviço público;

VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24. ed., Atlas, 2010, p. 612-613.

A norma é complementada ainda pelo artigo 252, que concerne à dosimetria das penas a serem aplicadas – sem qualquer referência, no entanto, ao critério trifásico de dosimetria adotado pelo direito penal – (“Art. 252 – Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público”). E pelo artigo 254, que, em seu *caput*, estabelece o limite máximo de noventa dias para a pena de suspensão.

O artigo 253 do Estatuto estabelece, como pressuposto para a aplicação da pena de repreensão, a ocorrência de “casos de indisciplina ou falta de cumprimento dos deveres”. O artigo 254 determina que a pena de suspensão “será aplicada em caso de falta grave ou de reincidência”. O artigo 255 faz referência genérica à pena de multa. O artigo 256 prevê as hipóteses em que será aplicada a pena de demissão. O artigo 257 elenca as situações que ensejam a pena de demissão a bem do serviço público e o artigo 259, as situações em que será aplicada a cassação da aposentadoria do servidor.

Verifica-se, assim, que os dispositivos relativos às penalidades aplicáveis se encontram, em muitas hipóteses, apartados daqueles em que são descritas as condutas que, em princípio, ensejam tais penalidades.

Essa regra não é absoluta: os incisos IV e V do artigo 256 já preveem condutas concretamente estipuladas passíveis de demissão (“IV – aplicação indevida de dinheiros públicos”; “V – ausência ao serviço, sem causa justificável, por mais de 45 (quarenta e cinco) dias, interpoladamente, durante 1 (um) ano”), assim como o inciso I (“I – abandono de cargo”), que deve, no entanto, ser lido conjuntamente com o § 1º do mesmo dispositivo (§ 1º - Considerar-se-á abandono de cargo, o não comparecimento do funcionário por mais de 30 (trinta) dias consecutivos ex vi do artigo 63”). Da mesma forma, as hipóteses normativas descritas no artigo 257 são dotadas de alto grau de concretude.

5. Desafios hermenêuticos e conceitos jurídicos indeterminados

As dificuldades hermenêuticas surgem nas conexões que deverão ser feitas entre as condutas imputadas aos servidores que não se adequam a essas situações, mas que encontram possibilidade de tipificação mais

genérica nas hipóteses descritas nos incisos do artigo 241 da Lei nº 10.261/68.

Haverá, assim, por exemplo, considerável dificuldade em determinar se uma conduta tipificável como *falta de urbanidade* (artigo 241, VI), *falta de espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho* (artigo 241, XII) ou *procedimento na vida pública ou privada que não dignifique a função pública* (artigo 241, XIV) consistirá em *falta grave*, a ensejar a pena de suspensão (artigo 254) ou *procedimento irregular de natureza grave*, a ensejar a pena de demissão (artigo 256, II).

Nas hipóteses normativas apontadas, as imensas variantes que podem ocorrer de caso a caso inviabilizam uma classificação apriorística da violação de tais deveres num ou noutro sentido.

Tome-se, à guisa de exemplo, o mais genérico dos deveres funcionais do servidor, previsto no inciso XIV do artigo 241 do Estatuto – “*proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública*”. Essa descrição pode abranger condutas dos mais diversos matizes, notadamente no que concerne à vida privada. Um servidor que, em uma discussão de trânsito, saca uma arma de fogo, cuja autorização de porte decorre de seu cargo público, e aterroriza as pessoas, não só brandindo a arma, mas alardeando seu cargo público, indiscutivelmente não procedeu na vida privada de forma a dignificar sua função. O mesmo pode ser dito de um servidor que se embriaga em um bar e exibe sua carteira funcional para obter alguma vantagem; ou de um servidor que espanca sua esposa em público; ou que resolve passear nu pelo bairro em que reside.

Todas essas hipóteses constituem violação do dever funcional previsto no inciso XIV do artigo 241 da Lei nº 10.261/68. São, por óbvio, condutas de gravidades distintas, e não há dúvida que é a casuística que dirá se constituem *falta grave*, a ensejar a pena de repreensão (artigo 254 do Estatuto), ou *procedimento irregular de natureza grave*, a justificar a pena de demissão (artigo 256, inciso I da mesma lei).

A escolha por uma ou outra tipificação é da maior relevância, na medida em que, segundo o Estatuto, as infrações puníveis com repreensão ensejam a instauração de sindicância (artigo 269), enquanto que aquelas puníveis com demissão levam à instauração de processo

administrativo disciplinar (artigo 270). Há substanciais distinções entre os dois procedimentos, tanto no que concerne ao prazo de extinção de punibilidade pela prescrição, de dois anos na sindicância (artigo 261, I) e de cinco anos no processo administrativo (artigo 261, II), quanto no que diz respeito ao número máximo de testemunhas que podem ser arroladas, sendo três no caso das sindicâncias (artigo 273, I) e cinco no caso dos processos administrativos (artigo 283, § 1º).

A dificuldade está justamente no estabelecimento de parâmetros para que a autoridade que determinará a instauração do procedimento apuratório decida qual será o procedimento adotado. Evidentemente, ainda que a instauração do procedimento, por si só, não implique qualquer prejuízo ao servidor, há significativa diferença, para este, na escolha entre a instauração de uma sindicância, que não poderá levar à aplicação de pena superior à de suspensão, e que terá menor duração, e a instauração de um processo administrativo, que não só poderá gerar uma reprimenda mais grave como a demissão, mas ainda, ao menos em tese, se estenderá por um período maior de tempo.

Essa dificuldade advém da circunstância de que, como visto, a Lei nº 10.261/68 se vale de *conceitos jurídicos indeterminados* para a qualificação jurídica das infrações administrativas, afastando, assim, do princípio da *lex stricta* norteador do Direito Penal.

Sem dúvida, o emprego – intencional, como já afirmado – desses conceitos jurídicos indeterminados torna mais dificultosa ao intérprete a atribuição de sentido aos dispositivos normativos. Impende observar, no entanto, que a indeterminação é característica da linguagem como um todo e, por conseguinte, também da linguagem jurídica em sua totalidade.

Assim, a indeterminação não constitui exclusividade dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Trata-se, na verdade, de característica da própria linguagem, seja ela jurídica ou não.

Tome-se, por exemplo, a já mencionada regra contida no artigo 121 do Código Penal, cujo preceito primário (“matar alguém”) descreve uma conduta de modo que, em princípio, não se constata o uso dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Com efeito, a dicção legal

se limita a estabelecer uma conduta por meio de um verbo (“matar”) e delimitar o sujeito passivo desse verbo (“alguém”).

A inexistência de termos ou signos linguísticos que podem ser caracterizados como *conceitos jurídicos indeterminados* não significa, no entanto, que os dois vocábulos que compõem o preceito primário da norma gozam de absoluta precisão ou determinação. A imprecisão contida na norma é bem analisada por Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Um símbolo é vago quando seu possível campo de referência é indefinido; por exemplo, na prescrição: “matar alguém, pena de x anos de prisão”, qualquer jurista dirá que a palavra “alguém” é uma variável que deve ser preenchida por qualquer pessoa; mas quando temos uma *pessoa*? O exemplo mostra que a palavra é vaga, pois *denota* um campo de objetos (extensão) não claramente definido; quando definimos o campo dos objetos que o símbolo *denota*, temos uma definição *denotativa* ou definição pela *extensão*; por exemplo, “pessoas são todos os seres humanos, do momento em que nascem até o que morrem”.⁹

Ainda assim, a definição dada por Ferraz Jr. traz em seu bojo outras imprecisões. Qual é o momento do nascimento do ser humano? Qual é o momento de sua morte?

A complexidade do problema fica evidente na análise do artigo 2º do Código Civil brasileiro, que, ao tentar estabelecer o início da personalidade civil, adota a seguinte redação:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Essa redação – na qual, a exemplo do que ocorre com o artigo 121 do Código Penal, não se encontram signos linguísticos ou vocábulos que a doutrina classificaria como *conceitos jurídicos indeterminados* –, dotada, portanto, de uma pretendida “clareza”, ensejou, no entanto, o surgimento de duas correntes de pensamento a respeito do início da vida: a corrente chamada *natalista*, que defende a tese de que a vida tem início com o nascimento (fundamentando tal entendimento na primeira

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. Atlas, 1991, p. 235.

parte do dispositivo); e a corrente *conceptista*, que, tomando por fundamento a segunda parte do dispositivo, que sustenta que, juridicamente¹⁰, a vida tem início a partir da concepção.

A adoção de uma ou outra corrente já alteraria significativamente o sentido do vocábulo “alguém” contido no artigo 121 do Código Penal. O descarte de um óvulo fecundado, mas não utilizado, implicaria o descarte de “alguém” (algo evidentemente vedado de forma peremptória pelo direito brasileiro?). E o descarte de um embrião oriundo da clonagem de uma célula?

Se – sempre sob a ótica jurídica – o estabelecimento do início da vida é controverso, a determinação do momento da morte não se mostra menos tormentosa.

A única norma jurídica do direito brasileiro com base na qual se construiu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma definição jurídica de *morte* é o artigo 3º da Lei nº 9.434/1997, que tem a seguinte redação:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

A partir desse dispositivo, construiu-se a tese, hoje majoritária e acolhida, ainda que de forma não unânime, pelo STF, de que o fim da vida, *para os propósitos do direito*, ocorre com a *morte encefálica*.

A tormentosa questão do início e do fim da vida foi exaustivamente debatida no STF em duas ações principais: a ADI nº 3510/DF, julgada em 2008, na qual se discutia a constitucionalidade (afinal reconhecida pelo Pretório Excelso) do artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança (Lei nº

10 Evidentemente, a controvérsia a que nos referimos concerne ao estabelecimento do início da vida *para os fins do direito*. As inúmeras concepções filosóficas, culturais e religiosas sobre essa questão são estranhas – ao menos de forma direta – a essa finalidade, que tem caráter indiscutivelmente pragmático, voltado à determinação das normas aplicáveis a um determinado caso concreto e à solução de controvérsias e problemas *jurídicos*.

11.105/2005), e a ADPF nº 54, julgada em 2012, na qual se debateu a licitude (igualmente reconhecida) do aborto do feto anencéfalo.

Esse exemplo, tomado a partir de normas dotadas de clareza e precisão muito maiores do que as encontradas nos chamados “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” (que correspondem, na esfera disciplinar, aos “tipos penais” ínsitos ao Direito Penal), deixa claro que, independentemente do maior ou menor grau de abstração das normas jurídicas, inclusive daquelas que delineiam condutas e suas consequências jurídicas (como as normas penais), sempre haverá algum grau de indeterminação, a ser preenchido com os dados da realidade trazidos pelo intérprete no momento de atribuição de sentido à norma.

Daí a razão pela qual Carlos Maximiliano afirma que:

[...] a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto¹¹.

A indeterminação, portanto, é da essência do fenômeno jurídico.

Embora se trate de problema inerente a todos os ramos do direito, porquanto ínsito à própria linguagem jurídica, foi no campo do Direito Administrativo que os estudos sobre o tema tiveram, a princípio, maior desenvolvimento e profundidade, como observado por António Francisco de Souza¹², mormente no que tange ao controle judicial da discricionariedade administrativa. Segundo Márcia Dominguez Nigro Conceição:

[...] a preocupação inicial com o tema, que surgiu no âmbito da Administração Pública, teve, desde sua origem, na doutrina dos conceitos indeterminados, na Áustria, no século XIX, como ponto fulcral, saber se os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos¹³.

11 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 29.

12 DE SOUZA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, p. 19.

13 CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. *Ob. cit.*, p. 44.

Apesar disso, parece não haver dúvida de que o tema da indeterminação dos conceitos concerne à totalidade do universo jurídico, uma vez que a indeterminação é inerente à linguagem como fenômeno, e, portanto, à linguagem ordinária ou cotidiana, a partir da qual é construída e formulada a linguagem do direito.

O exemplo do artigo 121 do Código Penal – dotado, como visto, de algo que poderia ser denominado de “clareza semântica” – evidencia o nível de dificuldade que o intérprete encontrará para adequar os casos concretos aos chamados “tipos administrativos” da Lei nº 10.261/68. De fato, se mesmo um dispositivo “claro” já releva, numa análise mais atenta, uma complexidade a princípio não visualizável, o que dizer de normas dotadas de maior abertura semântica, como “*proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública*”?

Essa dificuldade se evidencia à luz do fenômeno da *subsunção*.

O uso desses termos dotados de alto grau de abstração – cujo preenchimento com dados da realidade, por parte do intérprete, será indiscutivelmente marcado por algum grau de subjetividade – torna o processo de *subsunção* mais complexo no Direito Disciplinar do que no Direito Penal.

O complexo fenômeno da *subsunção* consiste, como explica Karl English, na “sotoposição de um caso *individual* à hipótese ou tipo legal”¹⁴, ou seja, na verificação de que, em determinado caso concreto, encontram-se presentes os elementos que permitem sua identificação com um determinado dispositivo normativo. Assim, quando um indivíduo pratica um homicídio, portanto, *mata alguém*, os elementos do caso concreto coincidem com aqueles elencados a título de *hipótese normativa* no artigo 121 do Código Penal. Uma vez que esse dispositivo, além da descrição de uma conduta hipotética, traz também a consequência jurídica para a concretização da hipótese nele descrita, a constatação de que uma conduta específica coincide com a hipótese descrita na lei gera, como consequência lógica, a aplicação da penalidade prevista. Afirma-se, nessa situação, que o caso concreto *se subsome* à hipótese legal.

14 ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., 1993, p. 95.

A interpretação da norma, nessa ambiência, consiste num processo silogístico no qual a hipótese legalmente prevista constitui a premissa maior e o caso concreto, a premissa menor. Constatada a adequação lógica entre as duas premissas, a consequência inescapável é a aplicação da pena prevista.

Se é certo que o Direito Penal apresenta, como já mencionado, dificuldades próprias, inerentes à sua estrutura e à própria indeterminação da linguagem – que, como afirmado, não se restringe à linguagem jurídica – estas se mostram substancialmente menores do que as encontradas no Direito Disciplinar, dada a vaguidade dos conceitos jurídicos empregados nessa seara. Tais conceitos, como já apontado, são marcados por um grau maior de generalidade e abstração do que aqueles verificados no âmbito do Direito Penal.

Cite-se, à guisa de exemplo, a possibilidade de que uma determinada conduta de desrespeito de um servidor a seu superior possa ser considerada a) indisciplina, a ensejar a pena de repreensão (artigo 253 do Estatuto); b) falta grave, passível de suspensão (artigo 254); c) procedimento irregular de natureza grave, que pode levar à pena de demissão (artigo 256, inciso II); d) violação do dever de urbanidade previsto no inciso VI do artigo 241 do Estatuto, dispositivo este que, como já mencionado, não traz em seu bojo a penalidade prevista para o eventual descumprimento dos deveres previstos em seus incisos.

É evidente que em tais situações a casuística fornecerá elementos que auxiliarão o intérprete a encontrar a qualificação jurídica mais adequada à conduta apurada. Não obstante, também o subjetivismo da autoridade que determinará a instauração do processo apuratório – e que, por conseguinte, escolherá qual será o procedimento adequado a essa apuração – terá algum grau de influência na decisão.

Também é claro que condutas indubitavelmente desprovidas de maior gravidade não poderão ensejar a instauração de processo administrativo disciplinar, devendo ser apuradas por meio de sindicância. Contudo, a realidade cotidiana apresenta um número muito maior de situações que podem ser situadas em uma “zona cinzenta” de apreciação do que os casos extremos, nos quais não haverá qualquer dúvida.

O Direito Disciplinar, nesse tocante, ostenta, pela indeterminação e vaguidade dos termos empregados em seus dispositivos, uma dificuldade hermenêutica bem maior do que a verificada no Direito Penal. Um estelionatário jamais poderá ser acusado de homicídio, dada a precisão (possível) com que são descritas as condutas previstas nos artigos 171 e 121 do Código Penal. Porém, como visto, situações que podem ser consideradas – à guisa de exemplo – “falta de dever de urbanidade” encontrarão possibilidade jurídica de enquadramento em mais de um dispositivo da Lei nº 10.261/68.

6. Conclusão – indeterminação linguística e direitos fundamentais do acusado

Constatada a complexidade típica dos dispositivos norteadores do Direito Disciplinar, decorrente de uma indeterminação que, como já observado, não é acidental e sim intencional, e mais do que isso, necessária, impõem-se dois questionamentos: 1) essa indeterminação implica inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade, dado o alto grau de generalidade e, por conseguinte, de subjetividade que marcam o momento processual da delimitação da acusação formulada em face do servidor? Haveria, nesse sentido, a violação de algum direito do servidor?; e 2) Como superar as dificuldades oriundas dessa ambiência no que toca à classificação jurídica das imputações feitas em desfavor dos acusados?

Em relação à primeira indagação, se fosse possível adotar integralmente a lógica norteadora do Direito Penal na esfera do Direito Disciplinar, a resposta seria indiscutivelmente positiva. De fato, a abertura semântica de diversos “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” implicaria, sem dúvida, violação ao princípio da *lex stricta*.

Ocorre, porém, que, como já apontado, o elevado valor atribuído a esse princípio na esfera do Direito Penal relaciona-se diretamente à possibilidade de restrição da liberdade física do acusado – inexistente em âmbito administrativo-disciplinar – e à natureza de *ultima ratio* do Direito Penal.

Ora, já apontamos que é justamente nesse ponto que reside uma das principais distinções entre os campos penal e disciplinar – neste, a apuração e eventual punição de condutas ilegais e irregulares há de

ser tido como *prima ratio*, à luz do princípio da estrita legalidade que norteia a Administração Pública, por imperativo constitucional (*caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988). Já observamos ainda que a tipicidade aberta na seara disciplinar não implica qualquer inconstitucionalidade, desde que, obviamente, o intérprete não se valha dessa abertura para agir de forma arbitrária. E a garantia que o servidor tem contra a possibilidade do arbítrio é, como afirmado por Maria Sylvia Zanella di Pietro no excerto retroepigrafado, a necessidade de motivação das decisões administrativas tomadas com fundamento nessas normas dotadas de maior abertura.

Daí se segue que tanto a determinação da escolha do procedimento disciplinar quanto a penalidade eventualmente aplicada ao fim deste devem ser sempre e necessariamente motivadas.

Ademais, não se deve esquecer que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura que “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”. A expressa referência ao processo administrativo, que sequer seria necessária à luz da menção aos “acusados em geral”, mas a reiteração constitucional não deixa dúvida alguma de que também nos processos administrativos os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa devem ser observados e respeitados – mais uma garantia contra o risco do arbítrio do intérprete da norma.

O segundo questionamento – como superar as dificuldades decorrentes da abertura semântica dos “tipos disciplinares” no que concerne à classificação jurídica das imputações feitas em desfavor dos acusados? – exige uma resposta mais complexa, na medida em que jamais haverá um critério puramente objetivo para o estabelecimento de certas escolhas que, em última análise, são marcadas por um certo grau de discricionariedade – o que, como já mencionado, não ocorre no Direito Penal.

Se é certo que, como visto, todas as normas, mesmo as dotadas de maior concretude, têm algum nível de indeterminação, não resta dúvida, por outro lado, de que as normas mais abrangentes e genéricas – como os “tipos disciplinares” – exigem um raciocínio subsuntivo mais sofisticado e cauteloso.

Há, sem dúvida, uma dificuldade maior na subsunção do fato à norma, ou seja, na classificação jurídica das condutas, dada a pluralidade de possibilidades que se colocam ao intérprete – no caso, à autoridade que determinará a instauração de procedimento apuratório em desfavor do servidor e que, nessa determinação, estabelecerá a penalidade máxima que o servidor poderá suportar, fixando ainda o rito procedimental e o prazo de prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública. Não se trata, portanto, de uma escolha inócua; a opção por instauração de sindicância ou processo administrativo trará reflexos concretos para o servidor acusado.

Essa dificuldade, inerente à estrutura do Direito Disciplinar, exige especial atenção e responsabilidade por parte do intérprete. Não se trata, é certo, de problema insuperável, mas de contingência a ser considerada com a necessária atenção.

O intérprete, nesse sentido, há de atentar, antes de mais nada, para a já referida necessidade de motivação de suas escolhas – motivação esta que servirá de ferramenta de controle de sua discricionariedade. Mas apenas a motivação do ato não se mostra suficiente. O intérprete há de atentar para a necessidade de observância de critérios que preservem e consagrem, tanto quanto possível, o valor da segurança jurídica. Dito de outro modo: o intérprete deverá buscar uma uniformidade de entendimento em relação a condutas similares, determinando, em tais casos, a instauração de procedimentos idênticos e lhes conferindo, na medida do possível, a mesma qualificação jurídica.

Também no que tange às penalidades aplicadas – tema que, à luz da cláusula de abertura prevista no artigo 252 da Lei nº 10.261/68, somada ao fato de que, como já mencionado, as penalidades cabíveis não estão inculpidas nos dispositivos que fixam os “tipos administrativos” – a autoridade julgadora deverá atentar para a busca por um tratamento uniforme a ser dado a situações similares e idênticas.

Não há, nem pode haver, um parâmetro objetivo para o que se entenderá por “situação similar ou idêntica”, cabendo ao bom senso do julgador – novamente refletido na expressa motivação de sua decisão – identificar os elementos fáticos que atestem a similaridade entre duas situações concretas.

Observados tais parâmetros, parece-nos que não haverá qualquer violação a direitos fundamentais dos servidores na tipificação de suas condutas e na eventual aplicação de penalidades, restando preservada, em tais circunstâncias, a constitucionalidade do procedimento. Por outro lado, a desconsideração desses parâmetros poderá levar até mesmo ao questionamento judicial por parte do servidor eventualmente punido, havendo, inclusive, a possibilidade de anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ARÁN, Mercedes García. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. 1. ed. Aranzadi, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4. ed. Saraiva, 2011.

CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. Malheiros, 2013.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Atlas, 2010.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. Atlas, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. Malheiros, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. Forense, 2016.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

A importância da cláusula *nemo potest venire contra factum proprium* como *standard* jurídico aplicável ao procedimento administrativo disciplinar¹

Cynthia Pollyanna de Faria Franco²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A motivação como instrumento de controle do ato administrativo; 3 – O dever de coerência no procedimento administrativo disciplinar e o caráter unitário da Administração Pública; 4 – O princípio da confiança legítima atrelado ao princípio da segurança jurídica; 5 – A vedação ao comportamento contraditório como decorrência do princípio da boa-fé objetiva; 6 – A autovinculação administrativa e a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium*; 7 – A importância do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito administrativo disciplinar; 8 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Este tema foi originalmente apresentado por esta Procuradora no Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal no ano de 2015, em que foram aprofundados os debates sobre a matéria.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Presidente da 4ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

Almejamos, através deste artigo comemorativo, reafirmar a necessidade da incidência do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*³ no âmbito do procedimento administrativo disciplinar, acenando para a importância de adotá-lo como *standard* jurídico da atuação estatal até final julgamento, a ser proferido por autoridade competente, em conformidade com os parâmetros de coerência e lealdade processual, trazendo a reboque os princípios constitucionais a ele correlatos.

Desta feita, o significado imediato da expressão acima cunhada, no âmbito do procedimento administrativo disciplinar, traduz-se no comportamento omissivo ou comissivo da Administração Pública⁴ que, num primeiro momento, age rumo a uma determinada direção (gerando uma expectativa legítima⁵ por parte do servidor público⁶) para, no momento seguinte, praticar uma nova postura completamente contraditória aos efeitos originalmente esperados.

3 N.E.: “Ninguém pode vir contra seus próprios atos”.

4 Administração Pública é, em sentido subjetivo e orgânico, o conjunto dos órgãos e entidades estruturados para desempenhar a função administrativa do Estado, como a Presidência de República, os Ministérios, as Secretarias de Estado e Governo, Procuradorias, departamentos distritais, estaduais e municipais (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51).

5 Ensina Arnaldo Rizzardo: “As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude” (RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da aparência*. AJURIS nº 24, mar. 1982, p. 222).

6 Os servidores públicos, portanto, compreendem a figura daqueles que prestam serviços ao Estado em caráter permanente e com um vínculo de natureza profissional, os quais ingressam no serviço público mediante um processo seletivo especial, denominado concurso público de provas ou de provas e títulos, e que irão assumir um posto específico na Administração Pública chamado de cargo público, dispondo de garantias especiais de permanência nos quadros estatais, como a estabilidade e a proteção do processo administrativo disciplinar e da sindicância como pressupostos obrigatórios procedimentais não só contra a perda do cargo, mas também para que seja imposta qualquer punição, em caso de cometimento de irregularidades e transgressão das regras de conduta funcional (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56).

Sob este prisma, havendo uma real oposição da atuação estatal em dois momentos distintos e a consequente quebra de confiança gerada pela prática do primeiro ato administrativo, chegamos à imediata conclusão de que não seria válida e eficaz a conduta posteriormente cometida, especialmente diante de hipótese de manifesta incoerência e prejuízo ao interessado.

Ao nosso sentir, a inserção deste tema na esfera disciplinar suscita uma nova ferramenta de controle estatal, resultante do entrelaçamento lógico de princípios constitucionais⁷ tradicionais e de aspectos práticos resultantes da busca por um poder sancionador mais justo, com vistas à realização plena do Estado Democrático de Direito⁸.

À luz desta última assertiva, concluímos este preâmbulo relembrando os dizeres do jurista Nelson Nery Costa ao afirmar que “o processo disciplinar deixou de ser um instrumento da Administração contra o servidor público, para se tornar um meio complexo e democrático para se averiguar a verdadeira responsabilidade daquele de quem se suspeita ter cometido falta grave”⁹.

2. A motivação como instrumento de controle do ato administrativo

A existência de regras disciplinares tem por escopo prevenir o cometimento de irregularidades no serviço público, garantindo-se a preservação dos valores superiores da coletividade confiados à Administração Pública.

7 É, pois, sob a perspectiva normativa dos princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, com eficácia interpretativa, integrativa e diretiva da ordem jurídica e de sua aplicação com base na técnica de ponderação dos interesses, que se passa a analisar os princípios constitucionais que afirmam e confirmam o mandamento nuclear da boa-fé objetiva.

8 O processo administrativo é instrumento de realização do regime democrático (art. 1º, *caput*, Constituição da República de 1988), na medida em que propicia o direito de participação do agente público nos procedimentos que levarão à formação e declaração da vontade administrativa (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103).

9 COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 216.

Dito de outro modo, uma vez praticada uma irregularidade, será instaurado o respectivo procedimento administrativo disciplinar cujo desfecho importará em ato administrativo decisório motivado e adstrito à vontade da lei, interesse público e à impessoalidade.

Assim é que o poder disciplinar deverá ser exercido em conformidade com as normas e princípios pertinentes, impondo-se, na prática, sanções administrativas¹⁰ destinadas à preservação da regularidade e continuidade da prestação do serviço público, promovendo-se o efeito pedagógico em relação àquele que foi penalizado; e de cunho preventivo para os demais servidores públicos.

Seguindo este raciocínio, o princípio da motivação¹¹ servirá como justificativa explícita da decisão proferida pela autoridade julgadora ao caso concreto¹². Todo o ato decisório emanado da autoridade competente deverá ser sempre motivado, observando-se os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal¹³, ainda mais se se tratar de atos administrativos sancionadores (teoria dos motivos determinantes)¹⁴.

A motivação¹⁵ é, portanto, fundamental ao exame da conformação da decisão com os elementos fáticos e jurídicos constantes dos autos,

10 A punibilidade disciplinar constitui o mais legítimo corolário jurídico da prática da transgressão funcional (COSTA, José Armando da. *Prescrição Disciplinar*. Belo Horizonte. Fórum, p. 34).

11 Cuida-se de um princípio não escrito, compreendido pela doutrina como corolário da autotutela e autoexecutoriedade dos atos da Administração Pública.

12 A obrigação de fundamentar a decisão só existe quando a autoridade que decide diverja da proposta do instrutor (DIAS, Vitor Manuel Lopes. *Regime disciplinar dos funcionários civis e administrativos*. Coimbra Editora, 1955, p. 115)

13 Neste sentido, os artigos 1º, *caput*, incisos II e V e art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

14 Os motivos dizem respeito ao suporte fático do atuar administrativo, vinculando-o positiva e negativamente, de tal sorte que resultam vedados comportamentos contraditórios ou ambíguos. A autoridade pública não atua desprovida de motivação, porque lhe é vedada a arbitrariedade. É com base nos motivos determinantes do agir que a Administração Pública resulta melhor controlada pelo Poder Judiciário, coibindo-se desvios de conduta e finalidade (DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito Administrativo Disciplinar*. 1. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36/37).

15 Art. 37 “caput” da Constituição Federal: Art. 37. 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.

revelando-se como uma verdadeira garantia do acusado contra eventual arbitrariedade ou abuso de poder¹⁶. Ou seja, a partir do exame da motivação do ato punitivo é que inferimos a adequação do julgamento proferido¹⁷, assim revelada à luz do acervo probatório produzido, na medida em que com ela o julgamento proferido guardará absoluta sintonia com a instrução dos autos, sob pena de nulidade por vício de legalidade¹⁸.

Seguindo este entendimento, temos que o relatório final elaborado pela autoridade instrutora é dotado de valor meramente opinativo, vale dizer, não vinculante. Isto significa dizer que a autoridade julgadora não estará adstrita às conclusões daquela, mormente se o parecer por ela proferido for rigorosamente contrário à prova dos autos.

A constatação desta circunstância é justamente possível a partir da análise do acervo probatório produzido e da motivação (fática e jurídica) articulada a seu respeito, competindo ao administrador público

16 Remeter a sorte dos servidores públicos ao completo alvedrio das autoridades superiores, as quais poderiam punir injustificadamente e segundo impressões pessoais, outorgando-se inteiramente o exercício do poder disciplinar da Administração Pública ao critério de irrestrita discricionariedade, seria desastroso para a tutela do interesse da coletividade (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100).

17 Art. 93, incisos IX e X da Constituição Federal: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação e X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

18 “ADMINISTRATIVO – DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL – PROCESSO DISCIPLINAR – DEMISSÃO – RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE – CONCLUSÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DA LEI 9.112/90 – ATO DEMISSIONÁRIO – ACOLHIMENTO DO PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PARECERES POSTERIORES AO RELATÓRIO FINAL – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO ACUSADO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E FINALIDADE – VIOLAÇÃO – INEXISTÊNCIA – “WRIT” IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – ORDEM DENEGADA.” (STJ, MS 9.719/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2004, DJ 6/12/2004, p. 190)

proceder à valoração coerente, lógica e objetiva do caso concreto, por força da exigência, dentre outros, do princípio da boa administração.

“A Administração Pública não está autorizada a ignorar o direito, a desmerecer as provas ou a decidir imotivadamente”, conforme nos ensina de forma clara o mestre Marçal Justen Filho.¹⁹

3. O dever de coerência no procedimento administrativo disciplinar e o caráter unitário da Administração Pública

O procedimento administrativo disciplinar constitui-se de um conjunto encadeado de atos processuais, todos eles praticados de forma cronológica, coerente e razoável²⁰.

Conforme é cediço, encerrada a etapa instrutória, o presidente da unidade processante emitirá um parecer opinativo não vinculante, o qual se sujeitará a posterior aprovação e/ou reprovação por parte do ente julgador, a quem incumbirá decidir, motivadamente, o destino do servidor processado.

Nesse diapasão, a doutrina pátria prescreve o dever jurídico-processual de fidelidade à prova dos autos, como sendo aquele segundo o qual as conclusões do relatório final da autoridade instrutora devem estar, necessariamente, em sintonia com as provas existentes nos autos, sendo inconcebível qualquer tipo de juízo valorativo embasado em distorções tendentes a transmutar a verdade dos fatos.

Portanto, deve a autoridade julgadora prestigiar os trabalhos da autoridade instrutora, salvo se as ilações contidas no relatório por ela exarado forem absurdas e/ou em desarmonia com as provas dos autos.²¹

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 232.

20 O princípio da razoabilidade merece especial consideração na sede dos processos punitivos realizados no âmbito da Administração Pública, na medida em que as penas disciplinares devem ser impostas sem arbitrariedades, nem desconformidade com a ideia de razoável, tolerável, à luz das circunstâncias de cada caso concreto. É preciso que as sanções administrativas sejam coerentes em seus motivos. Não existe espaço para exteriorização de medidas sancionadoras absurdas ou inaceitáveis (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 207).

21 O julgamento da sindicância deve seguir as mesmas regras pertinentes à etapa decisória do processo administrativo disciplinar, com o criterioso cotejo das razões e conclusões

A respeito disso, em que pese a existência de dois atos administrativos emanados num mesmo processo administrativo, em momentos distintos e por autoridades administrativas diversas, certo é que personalidade jurídica do Estado é una e indivisível.

Havendo relativa autonomia entre os diversos órgãos interligados, temos que a sucessão de atos processuais praticados ao longo das etapas investigatória, instrutória e decisória culminará de forma congruente a um único ato administrativo que colocará termo à sua tramitação.

Com efeito, é o ato administrativo decisório proferido pela autoridade julgadora que possui o poder de produzir a eficácia necessária para atingir a esfera jurídica do processado, na medida em que ele define o seu destino funcional, seja ele qual for.

Desta feita e, exatamente por isso, que a autoridade julgadora não está vinculada à proposta do parecerista instrutor, devendo, contudo, sempre que houver divergência na atividade consultiva, oferecer a motivação que fundamente a sua discordância, satisfazendo-se, com isso, o ideal de justiça na esfera da Administração Pública.

4. O princípio da confiança legítima atrelado ao princípio da segurança jurídica

O objetivo deste tópico é destacar a incidência dos princípios da segurança jurídica²² e o da proteção à confiança (comportamento leal) na seara disciplinar.

O princípio da segurança jurídica²³ representa um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e como tal destinado a assegurar a estabilidade e a credibilidade nas relações sociais e jurídicas.

veiculadas por defesa e acusação, o confronto com o conjunto das provas reunidas nos autos, a motivação da decisão nos elementos de convicção presentes no processo, a individualização da pena, a proporcionalidade e razoabilidade na escolha da penalidade disciplinar, dentre outras questões (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 412).

22 Também conhecida como a noção de certeza jurídica.

23 Assim como ocorre com o princípio da moralidade, o princípio da segurança jurídica é concebido, também, em razão das dimensões de ordem objetiva e subjetiva que comportam em seu conteúdo. O aspecto objetivo de sua natureza normativa tem implicação com os

A Administração Pública pratica seus atos em estreita observância a este princípio, analisado em conjunto com os da legalidade, efetividade, moralidade²⁴, boa-fé, dentre outros.

Por outro lado, a proteção à confiança representa princípio correlato ao da segurança jurídica, guardada a independência axiológica entre os dois²⁵.

Acerca deste assunto, o jurista J.J. Gomes Canotilho prescreveu que:

[...] estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança e da previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 257).

Alinhando todas estas considerações, de forma breve, não poderíamos encerrar este tópico sem antes destacarmos que a união de todos os princípios acima articulados é que sustenta os pilares da proibição de comportamento contraditório.

limites à retroatividade dos atos do Estado, guardando vínculo com a proteção ao direito adquirido perfeito e à coisa julgada. Já sua característica de cunho subjetivo concerne à proteção e à confiança das pessoas em relação ao proceder do Estado em todas as esferas de sua atuação.

- 24 Modernamente, entende-se que a ideia de moralidade administrativa se bifurca em duas dimensões correlatas: a primeira de ordem subjetiva, consiste no dever de probidade e honestidade no agir administrativo; a segunda, de caráter objetivo, refere-se aos deveres de boa-fé e lealdade nas condutas públicas. Assim, segundo a doutrina corrente, o binômio probidade-honestidade insere-se no campo subjetivo da moralidade administrativa, ao passo que a ideia de boa-fé e lealdade está contida no seu âmbito objetivo.
- 25 No direito inglês esta expressão ganha o significado de “expressão legítima”.

5. A vedação ao comportamento contraditório como decorrência do princípio da boa-fé objetiva²⁶

A vedação ao comportamento contraditório concebido como mecanismo de pacificação e solidariedade social²⁷ dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão o aperfeiçoamento do princípio da boa-fé objetiva, o qual serve de fundamento para a atuação processual do Poder Público.

Neste espectro, o *nemo potest venire contra factum proprium*²⁸ destina-se ao combate à incoerência e à deslealdade, garantindo-se a segurança jurídica e a confiança das relações jurídicas respaldadas na boa-fé objetiva.

Em virtude disso é que o *nemo potest venire contra factum proprium* representa uma ramificação do princípio da boa-fé objetiva, o qual é diretamente influenciado pelo princípio da confiança.²⁹

De outra parte, o princípio constitucional da boa-fé objetiva³⁰ decorre do princípio da dignidade da pessoa humana³¹ que, por sua vez, é informado pelo princípio da solidariedade³². E, da mesma forma, a concepção atual da solidariedade não pode ser entendida senão como instrumento e resultado da dignidade humana.

26 O ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções.

27 Art. 3, inciso I, da Constituição Federal.

28 Sobre a vedação aos comportamentos contraditórios, Menezes de Cordeiro preleciona que: “A locução ‘*venire contra factum proprium*’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”.

29 Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, como elementos constitutivos do Estado de Direito, andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica.

30 Trata-se de princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes.

31 A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea, tendo sido expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

32 A solidariedade se evidencia como fundamento da boa-fé objetiva desde quando impõe um cenário de ajuda mútua entre os atores sociais, exigindo respeito e consideração aos interesses de terceiros e impedindo comportamentos egoísticos.

Trata-se, portanto, de uma cláusula ética implícita norteadora dos atos administrativos praticados durante o exercício do poder disciplinar.

A título ilustrativo, podemos citar diversos exemplos de repressão ao comportamento contraditório, os quais poderão ser facilmente identificados da nossa legislação vigente, mais precisamente, nos artigos 175, 422, 428, 476, 491 e 619, todos pertencentes ao Código Civil; arts. 2º e 54 da Lei 9.784/1999, art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999.

A falta de maior densidade normativa acerca do tema é compensada pela inclusão do seu conteúdo como cláusula geral da boa fé objetiva³³ e nos preceitos de controle da tutela da confiança, nos termos acima aludidos.

O princípio da boa-fé traz, assim, duas garantias: a observância de valores éticos e a proteção à boa fé em sentido estrito, proteção essa que garante a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. Para que se estabilizem, contudo, as relações jurídicas devem ser norteadas também pelo critério da previsibilidade e pela transparência.

Do princípio da boa-fé deriva, quando menos, o seguinte: a) interdição ao abuso de direito (excesso no exercício de prerrogativas legítimas); b) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); c) proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida (a conduta contraditória é uma omissão); d) vedação à defesa de nulidades puramente formais (supervalorização da forma dos atos, em detrimento de seu conteúdo perfeito); e) inaplicação do *tu quoque* (não se pode, simultaneamente, violar normas e exigir de terceiros o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir a fidelidade jurídica); f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*

33 É bom que se diga que o princípio da boa-fé se estende, com maior razão, à Administração Pública e nas relações de direito público com ela travadas, estando elas submetidas e controladas pela “teoria dos atos próprios”, segundo a qual, é defeso a ela retroceder em seus próprios passos logo após terem sido traçadas diretrizes de cuja seriedade os cidadãos confiaram.

(negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro); g) impossibilidade do *inciviliter agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas aos direitos de terceiros, violadoras da dignidade); h) lealdade no fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); i) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram); j) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que a Administração ou particulares aproveitem-se da relação processual para atingir finalidade extraordinária, fraudulenta ou contrária ao objeto do processo – seja para causar dano a terceiro, seja para gerar ganho prescindível à satisfação do interesse público); k) dever de sinceridade objetiva (não é só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); l) restrição às provas desnecessárias e atos inúteis à solução da questão processual; m) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas na relação jurídica-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia; n) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar sua resolução.³⁴

Trata-se, em suma, de uma técnica garantista, traduzida pela conjunção da tutela da confiança e pela vedação da incoerência, de molde a atribuir ao *nemo potest venire contra factum proprium* um *status* relevante e indispensável para a realização dos valores constitucionais da confiança e da boa-fé.

Transpondo-se, a esta altura, a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium* para o âmbito do procedimento administrativo disciplinar, temos que o termo *factum proprium* representa o ato administrativo inicial não vinculante, cujo sentido deva ser preservado com

34 SLEUMER, Fernando Lamego. *A nova principiologia do direito administrativo* (2ª e última parte). Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58303>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

vistas a resguardar a confiança legítima do servidor processado (expectativa de um direito).

Somente após a prática de um novo ato administrativo posterior e divergente a esta conduta inicial é que teremos o caráter abusivo³⁵ do comportamento contraditório.

Bem por isso é que uma das finalidades do *nemo potest venire contra factum proprium* é a de prevenir a repercussão negativa de ato administrativo contraditório, protegendo a esfera jurídica do acusado das vicissitudes inerentes à incoerência e à deslealdade processual por parte da Administração Pública.

Em conclusão a este raciocínio, podemos afirmar que o *nemo potest venire contra factum proprium* repercute objetivamente um interesse público, fundado na tutela da confiança, na proteção da boa-fé objetiva³⁶ e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade humana, todos eles interligados em harmonia com o princípio da legalidade.^{37,38}

6. A autovinculação³⁹ administrativa e a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium*

Segundo entendimento bem articulado por Paulo Modesto, em sua monografia intitulada “Autovinculação da Administração Pública”, o conceito em tela diz respeito à “hipótese importante de redução de discricionariedade, no âmbito dos atos concretos da Administração Pública,

35 Art. 187 do Código Civil.

36 Há forte aproximação entre os conceitos do princípio da confiança e a boa-fé; o traço distintivo é que, na boa-fé, a reciprocidade é indispensável.

37 A este respeito, preleciona o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles: “Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança da atividade do Poder Público, que não poderia ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para, só após, dar-lhes execução – MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 125/126.

38 Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

39 Ou também autolimitação.

de invocação especialmente útil para impedir atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público”⁴⁰.

A teoria em questão, segundo ele:

(...) nasceu de uma nova abordagem sobre a situação do administrado (cidadão ou pessoa jurídica) que observa a Administração Pública adotar reiteradamente uma determinada forma de agir, decidir ou interpretar disposições jurídicas, em casos concretos, ao longo do tempo, fixando um padrão decisório que suscita confiança. Ao provocar a Administração, no entanto, diante do novo caso concreto, o interessado assiste o Poder Público abandonar o padrão decisório reiteradamente adotado no passado sem fundamentação ou motivação especial acerca das razões da mudança de critério.⁴¹

Melhor explicando, compete ao Poder Público adotar o mesmo padrão decisório em casos concretos análogos, diante da incidência dos princípios da igualdade⁴², da boa-fé e da segurança jurídica por estar “autovinculada ao precedente”; facultada a prática de ato diverso, devidamente motivado e justificado em alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público.

Trata-se, portanto, de hipótese de discricionariedade diferida, consubstanciada na “reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório”.

O mestre Celso Antonio Bandeira de Mello nos leciona que a “lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares”, uma vez que o elemento discriminador é, na verdade, o fato, o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado.

40 MODESTO, Paulo. *Autovinculação da Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, nº 29, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67633>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

41 Idem, *ibidem*.

42 O princípio da igualdade é percebido, nesta hipótese, sob um ângulo diacrônico ou dinâmico, associando-se ainda à proteção da confiança, inerente à exigência de previsibilidade e lealdade da boa-fé objetiva.

Para o autor em comento, o tempo é neutro, de sorte que se existiram fatos do mesmo modo, sob igual feição, então, são iguais e devem receber tratamento paritário⁴³.

Seguindo esta linha de argumentação, o jurista Antonio Francisco de Souza, citado por Paulo Modesto, sustenta que:

[...] devido ao princípio constitucional da igualdade, a Administração não deve, sem fundamento material suficiente, desviar-se da sua tradicional praxis administrativa, quando esta seja lícita e não haja razões suficientemente fortes para alterar o sentido da decisão tradicional. Para que se verifique autovinculação da Administração, é suficiente que no passado a Administração tenha decidido num único caso idêntico. Quando haja autovinculação da Administração, o cidadão atingido tem um direito a não ter tratado de forma menos favorável do que foram tratados outros cidadãos em casos idênticos⁴⁴.

Conclusão: as decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses rigorosamente idênticas.

É evidente que a Administração não está impedida de modificar o seu comportamento ou o seu padrão decisório. Mas se assim entender, deve motivar a mudança de rota, justificar não apenas a decisão concreta, mas a própria alteração de critério decisório, afastando qualquer suspeita de atuação caprichosa ou contrária aos padrões éticos da boa-fé.

O recurso à autovinculação⁴⁵ administrativa, portanto, além de impor um dever de argumentação, serve também para precisar os contornos do exercício da competência e da margem de avaliação, assegurando uma padronização mínima de decisões abstratamente possíveis diante de situações individuais repetitivas, de molde a trazer a justificação correspondente de sua decisão final, ampliando com isso a credibilidade e eficiência

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 42-44.

44 SOUZA, Antonio Francisco de. *O controle jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*. Disponível na internet: <<http://rca.meticube.com/RCA/Documents/doc18.rtf>>. Acesso em: 20 set. 2009, apud MODESTO, Paulo, op. cit.

45 Também chamada por alguns de autocontenção.

da Administração Pública perante a sociedade e os respectivos órgãos de controle.

Ademais disso, o exercício da autocontenção associado à máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, além de recomendável é bastante útil para evitarmos a contradição de reações estatais a demandas equivalentes, reduzindo com isso eventuais questionamentos acerca da aplicação da lei ou ainda imputações tendentes a suspeição quanto à atuação da autoridade administrativa e argumentos relativos à parcialidade, discriminação, perseguição, proteção e outros subjetivismos que possam afrontar o interesse público.

Mas não é só. Ademais tudo isso, este tipo de análise serve ainda para antever futuras decisões em matérias de alta indagação, economizando assim tempo e energia na tramitação processual.

7. A importância do *nemo potest venire contra factum proprium*⁴⁶ no âmbito administrativo disciplinar

Nesse conjunto de ideias, passemos doravante à temática deste artigo trazendo a lume os dizeres de José Armando da Costa, para quem:

[...] somente permeando o caminho da legítima repressão disciplinar poder-se-á chegar a excelência do serviço público, pois que é nesse rumo que esse instrumental jurídico se agiganta como vetor condicionante de regularidade funcional das repartições públicas. [...] De conformidade com os princípios norteadores de uma boa e escorreita repressão disciplinar, não deve o servidor público sofrer consequências que extrapolem os limites estabelecidos na norma punitiva realmente incidente no caso⁴⁷.

Vale acrescer, com base em tudo isso, que compete à Administração Pública o dever de buscar a elucidação das condutas ilícitas administrativas praticadas por seus servidores, com vistas a aplicar a reprimenda legalmente prevista e mais adequada a cada situação.

46 Também conhecido como *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

47 COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 148.

Destarte, qualquer aplicação de sanção administrativa disciplinar que não considere os dispositivos legais afetos às circunstâncias fáticas e jurídicas será desprovida de validade por lógica e formal ofensa ao direito positivo.

Isso porque o Estado Democrático de Direito busca a proteção contra as arbitrariedades estatais, impondo-se a observância de direitos e garantias individuais⁴⁸ cobertos pelo manto do princípio da legalidade.

Afinal de contas, incumbe à Administração Pública promover a decisão adequada capaz de produzir justiça material em cada caso específico.

Para tanto, deve a autoridade julgadora evitar a prática de atos contraditórios que possam, de alguma forma, surpreender o processado em suas expectativas legítimas e razoáveis.

De efeito, o *nemo potest venire contra factum proprium* atua de modo eficaz como norma geral de conduta que transcende a existência do procedimento administrativo disciplinar permitindo a concretização da lealdade real, conferindo-se, outrossim, coerência e solidariedade às decisões proferidas ao final.

E é neste instante que destacamos a relevância do papel do advogado público, o qual deverá ser exercido a partir de preceitos éticos gerais, incorporados na prestação do seu *munus publico* e consolidados pelo Estatuto dos Servidores Públicos, pela Lei Orgânica e respectivo Código de Ética.

A partir desta consideração, salta aos olhos a grandeza do desafio imposto ao Poder Público tendente à conciliação dos preceitos ético-legais com os valores sociais e da dignidade da pessoa humana, respeitada a gama hierárquica que norteia toda a atividade administrativa.

Não é sem outro motivo que o *nemo potest venire contra factum proprium* insere-se plenamente ao procedimento administrativo disciplinar, impondo-se a ele uma análise crítica da atuação estatal nos diversos momentos de tramitação processual⁴⁹, impondo-se, com isso, à

48 DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar*. 1. reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 72.

49 Sob este prisma, não é dado ao funcionário perseguir propósitos de ordem particular, seja no

Procuradoria do Estado zelar pelos direitos legítimos daqueles que estão sendo julgados pela autoridade administrativa competente.

8. Conclusão

À luz de todas estas digressões, temos que o *nemo potest venire contra factum proprium*,⁵⁰ além de refletir uma das vertentes do princípio da boa administração, atua também como um direito subjetivo do servidor público processado de ver assegurada a coerência nas atitudes da Administração Pública ao longo de toda a tramitação processual.

Nada obstante a inexistência de previsão legal expressa do *nemo posteste venire contra factum proprium* no ordenamento jurídico contemporâneo, certo é que a sua incidência no direito administrativo disciplinar é de rigor, na medida em que visa intensificar os fundamentos da solidariedade social, segurança jurídica, lealdade processual, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos eles corolários da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, sustenta o Estado Democrático de Direito.

Basicamente e com muita propriedade, ensina-nos SCHREIBER que em razão da necessidade de se tutelar a confiança, o *venire*⁵¹ não reflete uma simples proibição à incoerência do indivíduo; configurando muito mais um princípio de proibição à ruptura da confiança causada por esta incoerência, vale dizer, o fundamento da vedação do comportamento contraditório⁵² é, na verdade, a tutela da confiança, a qual mantém relação íntima com a boa-fé objetiva.

Por outro turno, é bom que se diga, outrossim, que a ocorrência ou a ameaça do dano constituem pressupostos para aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, não sendo exigido que tenham

sentido de favorecer, perseguir ou de prejudicar os administrados e os demais funcionários que com ele atuam no serviço público.

50 O instituto similar no direito anglo-saxônico chama-se *promissory estoppel*.

51 Significado: incompatibilidade entre dois comportamentos ocorridos em tempos diferentes.

52 A ação contraditória ao comportamento inicial se dá por meio lícito, é o exercício de um direito, aceito pelo ordenamento jurídico positivo, realizado de forma abusiva e irregular. Caso contrário, tratando-se de atos ilícitos, as regras de direito positivo cuidariam das sanções cabíveis, tornando desnecessária a aplicação do “venire” como forma de proteção da confiança.

caráter exclusivamente patrimonial, bastando que seja capaz causar frustração de expectativas referentes à sua vida funcional e também à personalidade, honra e dignidade do servidor processado.

A simples ameaça de dano (efetivo ou potencial) já torna possível a proibição do *venire*, mesmo porque a intenção deste instituto não é apenas reparar o dano causado pelo comportamento contraditório, mas também, impedir que ele ocorra, sendo necessário, contudo, o nexo de causalidade como elemento de suma importância para sua aplicação⁵³.

Nesses moldes, integrando o *venire* a cláusula geral da boa-fé⁵⁴, caberá à Administração Pública conferir-lhe a aplicabilidade concreta, sob pena de correção judicial ou do uso de seu poder de autotutela nos casos em que estiver caracterizado a incoerência estatal.

Assim é que, a proibição de agir contraditoriamente vai ao encontro da exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Direito, que é o de promovê-la.

Nesse passo, a estabilidade das situações jurídicas consumadas, face aos atos estatais praticados, vincula-se, em grande medida, ao imperativo da confiança no comportamento assumido pela Administração, abrangido, na sua essência, pela ideia da boa-fé objetiva⁵⁵.

A despeito disso, a dimensão *venire* também deverá ser considerada à luz da segurança jurídica, impondo-se ao Estado limitações na sua

53 Há dois nexos necessários: um, entre o ato inicial da parte e a confiança gerada em terceiros; outro, entre o comportamento contraditório e o dano.

54 Os benefícios são da mobilidade do sistema decorrente das cláusulas gerais, por permitir a oxigenação do sistema jurídico sem a necessidade de uma produção legislativa exauriente. A vantagem da mobilidade da cláusula geral é fruto de sua grande abertura semântica, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* – com emprego de expressões ou termos vagos – afastando-se o risco do imobilismo pela utilização em grau mínimo da tipicidade.

55 Os princípios da boa-fé e da igualdade constituem-se parâmetros obrigatórios heterovinculantes, indisponíveis ao administrador, fixados em norma legal ou constitucional, encerrando a censura jurídica ao comportamento contraditório, sem fundamentação suficiente ou razoável.

forma de agir e de modificar atos que tenham produzido justa expectativa para seu destinatário.

E a razão inspiradora de tudo isso pode ser resumida nos quatro pressupostos principais previstos para a aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório, quais sejam: a) uma conduta inicial – o *factum proprium* (comportamento oriundo da vontade humana); b) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; c) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; e, por fim, d) dano efetivo ou potencial.

Resulta claro, dessa forma, que a característica marcante da atuação do princípio da proibição ao comportamento contraditório pressupõe a existência da confiança legítima e boa-fé alheia na preservação do sentido objetivo do *factum proprium*.

A constatação da contradição deve ser objetivo, como já dissemos, desconsiderando a intenção do autor das condutas: sendo necessário apenas que a incompatibilidade delas gere a quebra da confiança legítima.

De modo que não é só a coerência entre os comportamentos que se espera da autoridade administrativa, mas, também, a preservação da confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente público e o interessado destinatário dos efeitos decorrentes desta conduta, garantindo-se, com isso, a credibilidade e a confiança na atuação estatal.

Ainda, por derradeiro, chamamos a atenção para o fato de que o Superior Tribunal de Justiça reconhece, há muito tempo, em julgamento ocorrido em 14/10/1996 (recurso especial nº 95.539-SP – 1996/0030416-5), de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, segundo o qual:

[...] o direito moderno não compactua com *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente [...]. Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando, o segundo, quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.

No mesmo diapasão e, já concluindo nossa missão, confira-se também o teor do acórdão dos Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 1.143.216, RS, julgado em 09/08/2010, de relatoria do Ministro Luiz Fux, para quem:

[...] o titular do direito subjetivo que desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima '*nemo potest venire contra factum proprium*' [...] (STJ, 1ª seção, EDcl no Resp nº 1.143.216 - RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010, publicado no DJe, em 25/08/2010).

Referências bibliográficas

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

CARVALHO, Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DA COSTA, José Armando. *Incidência Aparente de Infrações Disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DA COSTA, José Armando. *Prescrição Disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LESSA, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coordenadores). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (organizadores). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

POTENZA, Marcel. *Processo Administrativo Disciplinar e suas espécies*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Angélica Karina de Azevedo Caúla. *Suspensão Condicional do Processo – Análise Garantista*. Curitiba: Juruá, 2007.

Superando o paradigma punitivo. Por um procedimento disciplinar restaurativo

Ana Sofia Schmidt de Oliveira¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Como tudo começa; 3 – O caso; 4 – A hora das perguntas difíceis; 5 – O paradigma punitivo; 6 – Caminhos para a desconstrução do paradigma punitivo; 6.1 – Desconstruindo a naturalização da infração disciplinar; 6.2 – Desconstruindo a supremacia da norma; 7 – Explorando novas possibilidades; 8 – Um procedimento disciplinar restaurativo; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A edição, pelo Centro de Estudos da PGE, de uma revista voltada aos Procedimentos Disciplinares, mais do que homenagear os cinco anos de existência da PPD – Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, representa a relevância do tema e a necessidade de reflexão acerca de diversos aspectos a ele relacionados.

Assim, o que pretende esse artigo é propor alguns questionamentos acerca da práxis atual da Administração em relação aos procedimentos disciplinares, bem como acerca do sistema de crenças que a fundamenta, sugerindo outras possíveis abordagens da questão.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Presidente da 2ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Formada em Mediação de Conflitos pela Associação Palas Athena.

Na perspectiva proposta, o sistema disciplinar não estaria preso exclusivamente a um paradigma punitivo; a palavra “disciplina” retornaria à sua origem, recuperando o sentido de treinamento, instrução, conhecimento². Para a superação de uma visão calcada essencialmente nos conceitos de infração e sanção, em que o termo “disciplina” remete quase que automaticamente à ideia de castigo, é preciso analisar a sistemática vigente e o impacto concreto de sua atuação. A sugestão é um deslocamento do enfoque que possibilite pensar sobre o sistema disciplinar dos servidores públicos na lógica do sistema da gestão dos recursos humanos. Considerando que o sistema disciplinar possui uma vocação ainda mal explorada para o aprimoramento dos servidores e do serviço público, esse deslocamento pode trazer uma nova luz para muitos dos problemas que a Administração hoje enfrenta no trato com seus servidores e indicar melhores caminhos a seguir. Um deles, é a proposta lançada; seria trazer para o procedimento disciplinar os princípios e as práticas relacionadas à justiça restaurativa.

2. Como tudo começa

Dispõe o art. 264 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado: “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.” O dispositivo abre o Capítulo II – “Das Providências Preliminares” – do Título VII – “Das Penalidades, da Extinção da Puniabilidade e das Providências Preliminares”.

É assim que tudo começa. A autoridade toma conhecimento de uma “irregularidade praticada por servidor” e, em razão disso, fica “obrigada a adotar providências visando à sua imediata apuração”.

O relato de uma determinada situação coloca em marcha a engrenagem do procedimento disciplinar. Desde a elaboração do comunicado

2 O termo disciplina vem do latim *disciplina* “ação de se instruir, conhecimento, educação, ciência, ordem, sistema, princípios de moral”, derivando de *discipulus* “aluno, aquele que aprende”.

de evento³ até a decisão final, os atos se sucedem na mesma ordem, seja qual for o cenário em que os fatos se deram, via de regra, qualquer uma das centenas de repartições da administração pública estadual.

O procedimento se dá em duas fases. Ao início, é designado o responsável por conduzir a apuração preliminar. Algumas apurações são singelas, outras mais complexas. Nos termos do art. 265 do Estatuto, “A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida a autoria”. Não há limite para o número de testemunhas que podem ser ouvidas ou para as diligências que podem ser realizadas. Ao final, é encaminhado um relatório às instâncias superiores. Vislumbrada a ocorrência de uma infração disciplinar diante de indícios de autoria e prova de materialidade, a autoridade administrativa competente determina a instauração do procedimento disciplinar (PAD ou Sindicância)⁴ a ser presidido por Procurador do Estado nos termos do art. 271 da Lei 10.261/68⁵. O processo é distribuído a uma das doze Unidades da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, a Portaria é baixada, o servidor (agora já com o “status” de acusado) é interrogado, sempre acompanhado de um defensor, as testemunhas são ouvidas, outras provas são produzidas, a defesa apresenta suas razões e, então, cem, duzentas ou mil páginas depois, é elaborado o Relatório Final. Os autos retornam à origem com a proposta de aplicação da sanção inicialmente prevista, mitigação ou absolvição.

3 Na SAP (Secretaria da Administração Penitenciária), a maior parte dos procedimentos disciplinares tem início com um Comunicado de Evento, uma espécie de formulário utilizado para relatar uma irregularidade. Daí porque, nessa Pasta, a palavra “comunicar” é sinônimo de “denunciar”: “ele disse que iria me comunicar”, “eu não sabia que ela tinha me comunicado”, são expressões rotineiras.

4 O PAD apura as infrações que podem culminar na imposição de pena de demissão ao passo em que a Sindicância é o instrumento adequado para apurar infrações punidas, no máximo, com a pena de suspensão. Na prática, a distinção entre ambos os procedimentos resume-se aos prazos (mais curtos na Sindicância) e número de testemunhas que podem ser arroladas. (Lei 10.261/68: “Artigo 269 - Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de repreensão, suspensão ou multa. Artigo 270 - Será obrigatório o processo administrativo quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de demissão, de demissão a bem do serviço público e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade”.)

5 “Artigo 271 - Os procedimentos disciplinares punitivos serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procurador do Estado confirmado na carreira”.

A forma como os procedimentos disciplinares são instaurados, instruídos e julgados é similar ao processo penal⁶. A apuração preliminar equivale ao inquérito policial⁷; a portaria equivale à denúncia; a instrução, em ambas as esferas, é realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa; o relatório final equivale à sentença⁸. As engrenagens são semelhantes e são colocadas em movimento pela mesma lógica.

No sistema penal, a polícia coloca em uma das pontas da esteira rolante o suspeito, que o Ministério Público transforma em réu; o juiz, em condenado e o sistema penitenciário, em egresso – o “produto” final normalmente está pronto para voltar ao início da esteira. Na lógica de funcionamento dessa linha de produção, cada etapa pressupõe que a anterior tenha atuado adequadamente, de modo que o “produto” só será ejetado excepcionalmente⁹.

Embora o formalismo seja (ou deva ser) mitigado no âmbito disciplinar, se colocados lado a lado um procedimento disciplinar e um criminal, constata-se que as semelhanças são evidentes: observe-se em especial a linguagem da portaria e da denúncia; as fórmulas utilizadas nos mandados de citação e intimação, nas assentadas e nas deliberações; a disposição da sala em que se desenvolvem os atos processuais; os lugares que ocupam os diversos atores durante as audiências e interrogatórios; os despachos; as petições dos advogados. Um observador leigo

6 A sequência de atos do procedimento disciplinar, de acordo com a legislação de regência – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei 10.261/68) coincide com a do processo penal anterior à reforma de 2008 (Lei nº 11.689/2008). Assim, o primeiro ato depois de baixada a portaria (que equivale à denúncia) é o interrogatório do acusado, seguindo-se o prazo de três dias para a defesa prévia, conforme dispunha o art. 395 do CPP antes da reforma mencionada.

7 Art. 265 da Lei 10.261/68: “A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria.”

8 A competência para deliberar acerca da imposição da sanção é da autoridade administrativa, uma vez que decorre do poder hierárquico. Assim, a atuação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares se desenvolve entre dois atos exclusivos da administração: a determinação de instauração do procedimento e a decisão final.

9 Essa pressuposição pode ser ilustrada com a fala de um juiz durante uma audiência em que a vítima dizia não ter certeza se o réu, presente, era mesmo o autor do roubo. Diante de sua hesitação, o juiz disse: “a senhora então acha que todo mundo que trabalhou no caso até agora fez tudo errado?”

menos atento presente a uma audiência disciplinar e a uma audiência criminal não saberia apontar distinções relevantes¹⁰.

A identidade das formas aponta para outra identidade que aqui interessa analisar: a lógica do funcionamento da engrenagem.

Em ambos os campos há (i) uma norma de conduta; (ii) um comportamento humano que a viola; (iii) a previsão de uma sanção; (iv) um juízo de subsunção do fato à norma. E há, ainda, as normas procedimentais que regem a atuação dos agentes que percorrem o caminho que vai do ato à imposição da sanção.

A noção de “ilícito”, como ato/fato contrário à norma está presente em todas as áreas do Direito. Assim, é possível falar em ilícito civil, em ilícito penal, em ilícito administrativo, em ilícito trabalhista, em ilícito tributário, em ilícito ambiental, etc. Afinal, basta uma norma de conduta para que esteja dada a condição de existência do ilícito, que é a sua violação. Mas, se há uma área que possui a expertise no assunto, é o Direito Penal. O que o Direito Penal faz e sabe fazer bem é aplicar sanções a determinadas condutas (ou a determinadas pessoas¹¹). Assim, é compreensível e parece até mesmo natural que o sistema disciplinar¹², localizado epistemologicamente no campo do Direito Administrativo, vá buscar o seu modelo de atuação e inspiração para o seu agir no Direito e no Processo Penal¹³.

10 E isso se vê inclusive no pronome de tratamento “Vossa Excelência” com frequência utilizado pelas partes e testemunhas (e eventualmente até mesmo por advogados) ao se dirigirem ao Procurador do Estado Presidente. Tal equívoco é logo corrigido: “não estamos no Judiciário”.

11 A contribuição das análises sociológicas do crime, a partir especialmente da teoria do *labeling approach* e das abordagens interacionistas, foi exatamente constatar que o sistema de justiça criminal se volta mais contra certas pessoas do que contra certas condutas. Daí a identificação de sua “clientela” com os chamados “caras de prontuário” na crua e significativa expressão já clássica de Eugênio Raul Zafaroni.

12 Não está no escopo deste artigo analisar a questão de ser ou pretender ser o Direito Disciplinar um ramo autônomo do Direito Administrativo.

13 Embora alguns autores encontrem semelhanças com o direito civil, as evidências da influência do modelo penal são incontestáveis. Um dado empírico nada desprezível é a constatação de que muitos Procuradores do Estado da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares de São Paulo atuaram, antes da criação da Defensoria Pública (LC 988/2006), na Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal, trazendo consigo a vivência e a experiência do modelo penal.

Ilustra bem esse ponto a seguinte passagem, extraída de uma das obras clássicas do Direito Disciplinar:

“Com o direito penal também tem o direito disciplinar relações muito íntimas, porque o direito disciplinar é constituído essencialmente por um regime de sanções, e por isso mesmo, sofre a influência direta, imediata do direito penal.”¹⁴

Intimidade perigosa. Como se verá, junto com a expertise penal vieram, de contrabando para o âmbito disciplinar, alguns problemas. Alguns problemas sérios.

3. O caso

O relato a seguir refere-se a uma Sindicância que tramitou perante a 2ª Unidade da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. O caso não é excepcional e ilustra bem as manifestações concretas desses problemas.

Maria¹⁵, Diretora Administrativa, encaminhou ao Diretor Geral de uma unidade prisional dois Comunicados de Evento. Um havia sido elaborado por Ana e o outro por João. Nas palavras de Maria, em seu ofício de encaminhamento, os comunicados referiam-se a “desentendimentos entre ambos em que foram usadas palavras ofensivas e incompatíveis ao cargo/função exercidos por funcionários públicos estaduais”. Alguns dias depois, o Diretor Geral determinou a realização de Apuração Preliminar, nomeando, para tanto, um servidor para conduzir os trabalhos e outro para secretariá-lo. O procedimento foi autuado. A Autoridade Apuradora marcou uma data para ouvir as partes envolvidas; fez diligências para identificar as testemunhas presentes. Colheu seus depoimentos. No total, foram ouvidas cinco pessoas. Foram juntados documentos, memorandos, ofícios, informações acerca da vida funcional dos servidores. Ao final, a Autoridade Apuradora elaborou um minucioso Relatório. Ao longo de onze páginas, fez considerações acerca do que havia sido apurado e do comportamento que se espera

14 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*, p. 114.

15 Nomes fictícios.

dos funcionários. Analisou também a conduta de Carlos, chefe imediato de João e de Ana, que teria sido omissos. Tratou da gravidade do ocorrido, das obrigações dos servidores de se tratarem com respeito e da obrigação do chefe que deveria ter tomado alguma atitude a respeito. Considerando inadmissíveis as condutas relatadas, propôs que a Autoridade Administrativa competente determinasse a instauração de uma Sindicância Punitiva em face dos servidores. Entendeu que João e Ana infringiram os deveres funcionais previstos nos incisos VI (“*tratar com urbanidade as pessoas*”) e XIV (“*proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública*”) do art. 241 do Estatuto, ao passo em que Carlos, o chefe, teria descumprido o disposto no inciso V (“*representar aos superiores sobre todas as irregularidades de que tiver conhecimento no exercício de suas funções*”). O Diretor Geral proferiu despacho ratificando tal entendimento e encaminhou os autos à Coordenadoria. A assistência técnica elaborou minuciosa análise e concluiu, em longo arrazoado, pela pertinência da proposta. Os autos foram submetidos ao Coordenador, que determinou a instauração de Sindicância em face dos três servidores. Seguindo a tramitação de praxe, os autos foram à Chefia de Gabinete da Secretaria da Administração Penitenciária, sendo então determinado o encaminhamento à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, onde foram distribuídos a uma de suas doze Unidades. O Procurador do Estado Presidente baixou a Portaria nos termos do § 1º do art. 277 do Estatuto¹⁶, instaurando, assim, a Sindicância Punitiva em que João, Ana e Carlos figuravam como indiciados. De acordo com o relato constante da Portaria, João e Ana trocaram ofensas recíprocas e o chefe deles, Carlos, que a tudo presenciou, fora omissos tanto por não ter, no momento da discussão, advertido seus subordinados, como por não ter, depois, elaborado um Comunicado de Evento acerca dos fatos. Foi designada data para a realização dos interrogatórios, sendo expedidos os mandados de citação e intimação. Os três compareceram desacompanhados de advogados. Foram então nomeados defensores dativos distintos para cada um deles, considerada a possibilidade de colidência entre as defesas. Os servidores indiciados

16 “§ 1º - 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.”

foram interrogados, separadamente, tendo tido, antes, a oportunidade de conversar reservadamente com seus defensores. Após os interrogatórios, os defensores apresentaram as defesas prévias, fazendo considerações acerca da acusação; um deles requereu a produção de prova oral, o que foi deferido. Designou-se data para a oitiva das testemunhas arroladas pela Administração e pela defesa. Três no total. Foram expedidos mandados de intimação. No dia designado para as oitivas, as testemunhas deixaram seus postos de trabalho no interior e vieram à Capital, onde foram ouvidas. A instrução foi encerrada. Vieram aos autos as fichas funcionais atualizadas. Os advogados foram intimados para apresentar as alegações finais.

Os autos estavam prontos para a elaboração do Relatório Final. A esteira rolante, acionada pelo Comunicado de Evento, percorreu todas as etapas como previsto em seu manual de funcionamento e trouxe os autos à fase final. Algumas fórmulas sacramentadas e tudo estaria resolvido: *“a acusação é procedente”*; *“a prova realizada sob o crivo do contraditório é suficiente para comprovar os fatos descritos na Portaria”*; *“as testemunhas ouvidas relataram que efetivamente foram proferidas palavras de baixo calão por Ana e João”*; *“o chefe Carlos, apesar de ter presenciado a cena, ficou-se inerte”*; *“restou demonstrado que no dia XX, os servidores João, Ana e Carlos descumpriram seus deveres funcionais”*.

Tudo estaria resolvido?

4. A hora das perguntas difíceis

Uma análise do caso, a partir da lógica de funcionamento da esteira rolante, requer sejam respondidas apenas as seguintes questões: *“a conduta dos indiciados constituiu uma infração disciplinar?”*; *“os atos do procedimento foram praticados por servidores competentes?”*; *“a Portaria continha os requisitos de validade, possibilitando o exercício da defesa?”*; *“o processo foi conduzido corretamente, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa?”*; *“a prova feita demonstrou de forma suficiente a autoria e a materialidade da infração imputada?”*; *“os elementos dos autos autorizam a aplicação da pena inicialmente prevista?”*; *“justifica-se a mitigação?”* Respostas afirmativas

a essas perguntas autorizariam concluir que a engrenagem funcionou adequadamente.

Seguindo o caminho das perguntas fáceis, uma solução possível para o procedimento disciplinar em que João, Ana e Carlos foram indiciados, seria o reconhecimento da procedência da acusação e a imposição, no mínimo, de uma pena de repreensão para cada um deles. Toda a lógica do sistema conduz para uma solução assim. Mas eis que surge uma pane que trava a esteira rolante.

Em uma linha de montagem estruturada sobre as narrativas, a pane é causada por uma constatação e por uma pergunta. A constatação é: 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?

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. Daí a pane.

Paralisada a esteira enquanto a resposta é elaborada, é preciso pensar: a esteira está a serviço de quê? Em que engrenagem maior está inserida? Qual a sua função dentro da máquina administrativa? Pensar sobre o procedimento disciplinar como parte de um sistema maior possibilita uma melhor avaliação de sua atuação, de sua lógica, de suas limitações, de suas finalidades.

A hipótese que aqui se levanta é que, em muitos casos, com especial destaque para aqueles oriundos de conflitos interpessoais, a abordagem focada na busca de elementos que comprovem a autoria e materialidade de uma infração disciplinar com o objetivo de aplicar uma sanção pode não ser a mais adequada.

O acervo da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares é de aproximadamente 6.800 processos. Em 2016, 5.055 pessoas foram ouvidas, na qualidade de testemunhas ou indiciados. Foram encaminhados à

Administração 1.742 Relatórios Finais. Desse total, 18% continham proposta de desligamento do acusado¹⁷. Em 6% dos casos, houve extinção pelo óbito do servidor ou por aplicação do disposto no artigo 310 do Estatuto¹⁸. Considerando que, via de regra, os Relatórios são acatados, é fácil concluir que 74% dos servidores que responderam a um procedimento disciplinar foram absolvidos ou receberam uma pena de repreensão ou de suspensão. Ou seja: continuam vinculados à Administração.

Assim, se o procedimento disciplinar for analisado dentro de um sistema maior, não autorreferente, as perguntas mais relevantes passam a ser: O procedimento disciplinar trouxe um impacto positivo na vida funcional dos servidores envolvidos? Favoreceu a criação de oportunidades para que os servidores envolvidos avaliem sua atuação e reflitam sobre o seu papel? Trouxe algum benefício para o serviço público e para aqueles que são os seus destinatários? Esse benefício superou ou, ao menos, foi compatível com o custo gerado pelo processo? Foram identificadas as situações que possibilitaram ou até mesmo estimularam o cometimento da infração disciplinar? Foram tomadas ou propostas medidas para enfrentá-las?

Quando as perguntas começam a ficar mais complexas, é preciso olhar para algumas circunstâncias que, de tão corriqueiras, passam, na vida diária, despercebidas. São “modos de fazer” característicos da lógica da esteira rolante, constituindo, em verdade, suas microengrenagens. Invisíveis no dia a dia, quando revelados fornecem pistas importantes para a construção de uma nova percepção.

Nesse novo contexto, é importante olhar também para o lado B, para o *making-off* do caso, e não apenas para as cenas que ocupam o primeiro plano. Assim, é de se observar o tempo decorrido entre os fatos e a decisão; o volume dos e de processos; o padrão das narrativas

17 Demissão – 10%; Demissão a bem do serviço público – 2%; Dispensa – 4%; Dispensa a bem do serviço público – 1%; Rescisão do contrato de trabalho (CLT) – 1%. Dados fornecidos pela i. chefia da PPD.

18 “Artigo 310 - *Extingue-se o processo instaurado exclusivamente para apurar abandono de cargo ou função, bem como inassiduidade, se o indiciado pedir exoneração até a data designada para o interrogatório, ou por ocasião deste*”.

das partes envolvidas; o estado emocional delas; o impacto da situação no ambiente de trabalho e o impacto do processo. Com esse olhar, vai deixando de ser invisível a burocrática tramitação que envolve uma série de formalidades, registros, anotações, carimbos, despachos, publicações no Diário Oficial. Vai deixando de ser invisível o “modus operandi” do sistema que, em razão do enorme volume de processos, acaba por adotar uma lógica de produção mecânica, que em nada favorece a motivação dos servidores que atuam nas mais diversas etapas do procedimento. Com o foco de visão alargado, é de se perguntar também quanto custa um procedimento disciplinar.¹⁹ Trata-se, afinal, de um investimento de recursos públicos escassos, o que exige que se saiba qual é o impacto efetivo desse investimento na qualidade do serviço público.

Voltando ao caso narrado, parece muito difícil que a punição possa trazer, por si, algum benefício concreto relevante. Ao contrário. É possível que, ao término do procedimento, o rancor de lado a lado seja ainda maior; que cada um dos envolvidos se sinta injustiçado, pois, a seu ver, apenas reagiu a uma provocação; é possível que o ambiente de trabalho tenha ficado mais tenso; que os demais colegas da mesma repartição tenham tomado partido, aumentando as rivalidades internas; é possível que Carlos, para evitar problemas futuros, passe a adotar uma rigorosa política de “tolerância zero” com seus subordinados, abdicando da verdadeira liderança. É possível, enfim, que as coisas não tenham melhorado.

E aqui ressoa o alerta do diretor do “Genesee County Justice Program”, Batavia, Estado de Nova York, Dennis Witman, já mencionada em outro trabalho²⁰. Em 1995, ao falar do programa de justiça restaurativa que dirigia, disse ele que o sistema de justiça tradicional pode resolver um caso jurídico mas, muitas vezes, não resolve o problema real²¹.

19 Os deslocamentos de indiciados e testemunhas para as audiências, só excepcionalmente deprecadas, implicam o pagamento de transporte e diárias.

20 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*, p. 9.

21 A visita ocorreu quase que acidentalmente durante viagem realizada a convite do Departamento de Estado norte-americano em janeiro de 1995, cujo foco era o sistema prisional, em uma época em que não se falava de justiça restaurativa no Brasil. Uma das penitenciárias que fazia parte do programa era a Penitenciária de Attica. Localizado ao norte do estado de Nova York, o estabelecimento prisional ficou tristemente conhecido em razão de uma rebelião que deixou mais de setenta mortos no início dos anos 70. As altas

Quando as mais variadas situações problemáticas do dia a dia da Administração são vistas como casos jurídicos, como infrações disciplinares, como descumprimentos de deveres e proibições previstos na lei e nos regulamentos, uma única estratégia é suficiente para lidar com elas: a aplicação de uma pena mediante um procedimento disciplinar.

Tudo estaria bem, a esteira rolante poderia continuar produzindo suas centenas, milhares de PADs e Sindicâncias Punitivas, não fossem as tais perguntas difíceis que nos confrontam com o problema real.

A atuação da Procuradoria Geral do Estado no âmbito da questão disciplinar, em especial nestes últimos cinco anos de existência da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, vem produzindo um estoque de experiências que ajuda a formular as perguntas difíceis. Embora possam parecer (e ser) incômodas, são perguntas das quais não se pode escapar e todos nós que, de alguma forma, fazemos parte da engrenagem, temos a obrigação de formulá-las.

5. O paradigma punitivo

A doutrina tradicional, de uma forma geral, tem como pressuposto incontestável o caráter punitivo do poder disciplinar do Estado, em que a aplicação da sanção surge como decorrência lógica da infração:

“A falta representa uma perturbação da vida interna do serviço, a falta e o seu corretivo, o medicamento para pôr termo à perturbação melhorando o serviço pela ação contra aquele que é a causa determinante. Daí o grau da pena, que vai ao extremo da eliminação – quod medicamenta non sanat, ferrum sanat”²²

muralhas e o ar sombrio indicavam, por ocasião da visita, o rigor do regime – Attica é uma das “supermax”, penitenciárias de segurança máxima. Ao final do impactante “tour”, fui convidada a conhecer um modelo radicalmente diferente de lidar com o problema criminal. Tratava-se do projeto de justiça restaurativa de Batavia. À época era praticamente inexistente qualquer referência à justiça restaurativa em português. Attica e Batavia passaram a representar, assim, duas polaridades aparentemente inconciliáveis e as reflexões decorrentes dessas visitas foram o embrião da pesquisa de mestrado, convertida, em 1999, no livro “A vítima e o Direito Penal”. A temática relacionada à vítima é central nas abordagens da justiça restaurativa. Anotações acerca do tema estão também em “A Política Criminal nos Estados Unidos da América – Notas de Viagem” – Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 19, p. 73/93.

22 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *op. cit.* p. 106.

*“Da necessidade de ordem e equilíbrio nas relações humanas – característico preceito ético-jurídico – surge a exigência da disciplina e o poder que a traduz. Substancialmente jurídico é, pois, fenômeno disciplinar. Entronca na escala das normas de conduta social em que o Direito se inclui, configurando regras impostas para o conseguimento de ordem justa na vida em comunidade. O assecuramento da ordem jurídica, num sentido amplo e último, obtém-se por meio de sanções, as quais visam a permitir, de modo satisfatório, aquela proporção pessoal e real de homem a homem, indispensável à conservação social, a que alude o conceito de Dante.”*²³

*“... a falta do cumprimento de alguns desses deveres origina a infração disciplinar pela qual é responsável o agente que a cometeu e que deve ser reprimida pelos titulares do poder disciplinar em regra mediante processo adequado para aplicação da pena conveniente. Recompensas e sanções penais são meios clássicos empregados para manter a disciplina”*²⁴

*“Quando a efetivação da responsabilidade disciplinar conduzir ao apuramento de uma infração, essa deve ser normalmente punida mediante a aplicação de uma pena. A pena consiste na sanção pela qual ao autor do facto é infligido um sofrimento que em si mesmo difere do sacrifício resultante da execução da obrigação cuja violação originou o ilícito castigado.”*²⁵

*“O ilícito administrativo é ocasionado por infrações a deveres e vedações funcionais, cujo elenco não é uniforme no direito positivo, mas também por dispositivos específicos em leis estatutárias e leis especiais. Dessa forma, a infringência desses deveres e vedações [...] leva à caracterização do ilícito e aplicação de penalidades de acordo com a dosimetria correspondente às competências atribuídas às autoridades [...]”*²⁶

23 BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública* – p.6-7.

24 CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo* – Tomo II – p. 735.

25 *Ib. Idem*, p. 752.

26 ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 978.

Para uma maior clareza, esse tipo específico de abordagem passa a ser identificado neste artigo como o “**paradigma punitivo**”.

O paradigma punitivo representa os problemas que a utilização do modelo penal trouxe para o campo disciplinar. Estruturado sobre uma lógica binária (certo x errado; lícito x ilícito; culpado x inocente), pode servir para alguns casos, mas não serve para todos. Pode ser suficiente para aplicar a pena de demissão ao servidor que faltou sem justificativa ao serviço por mais de 30 dias, caracterizando o abandono de cargo nos termos do art. 63 do Estatuto²⁷. Mas não é suficiente nem adequado para abordar situações que decorrem de conflitos interpessoais e/ou outras mais complexas, em que as relações de causa e efeito, os papéis de inocente /culpado, não são claros.

Como o paradigma punitivo apresenta sempre a mesma resposta para qualquer tipo de conduta que possa ser vista como infração disciplinar, acaba por colocar na esteira rolante uma quantidade enorme de casos. Casos graves e casos irrelevantes formam, juntos, as pilhas de processos que lotam mesas e armários e desafiam a cada dia a resistência física e intelectual de todos os que atuam nessa linha de produção²⁸.

Dois graves problemas podem ser desde logo identificados (outros o serão no decorrer desse texto). O primeiro é a mecanização dos procedimentos. Quando se trabalha com volume, a atuação mecânica é uma consequência natural. Assim, a questão central – o problema da vida das pessoas envolvidas, o problema da Administração – acaba se perdendo

27 Lei 10.261/68: “Artigo 63 - 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”.

28 Para ilustrar, vejam-se, por exemplo, as situações de que tratam algumas das Portarias baixadas pela 2ª Unidade da PPD em dezembro de 2016: abandono de cargo/inassiduidade (4); descumprimento de horário de trabalho – saída antecipada sem autorização superior (2); servidor flagrado dormindo em serviço (3); disparo acidental de arma de fogo (1); troca de ofensas/agressões interpessoais (9); infrações relacionadas à frota (multa de trânsito, colisões, preenchimento errado de ficha de controle de tráfego) (6); postagens indevidas em redes sociais (1); venda de rifa na repartição (2); soltura indevida de preso (1); apropriação de valores do pecúlio (1); desaparecimento de material bélico (1); portas, portões ou celas não trancadas devidamente (4); exercício de outra atividade remunerada durante período de licença para tratamento de saúde (5); tráfico de entorpecentes (1); descumprimento de ordem superior (8); atraso no bloqueio de pagamento do salário de funcionário faltoso pelo RH (1); facilitação de entrada de celular em estabelecimento prisional (1) – os números entre parênteses referem-se à quantidade de cada espécie de casos.

nas engrenagens burocráticas. O objetivo passa a ser resolver os processos e não resolver os problemas que deram causas aos processos²⁹.

O outro problema é que, por ter apenas um remédio para todos os males, o paradigma punitivo não reconhece as particularidades de cada caso. Assim, se, de um lado aumenta as pilhas de processos, de outro reduz as inúmeras questões disciplinares a uma única categoria. Por só ter um remédio, faz um só diagnóstico. Olha apenas para um ângulo, que é o descumprimento da norma; deixa de lado, porque não tem ferramentas para lidar com elas, as outras dimensões do fato.

O paradigma punitivo é, portanto, suficiente e adequado para responder às perguntas fáceis acerca do funcionamento do sistema disciplinar, mas se mostra insuficiente para responder às perguntas difíceis. Para isso, é preciso um novo olhar. Por intermédio desse novo olhar, o fato que a perspectiva punitiva reduz desde logo a uma “infração disciplinar” recupera sua complexidade; é um problema que pode ser analisado por vários ângulos, além do jurídico. A aplicação da sanção afigura-se como uma das possibilidades. Há espaço para outras formas de abordagem dos conflitos.

6. Caminhos para a desconstrução do paradigma punitivo

Para que possa surgir uma nova forma de abordar o problema disciplinar, é preciso entender melhor o paradigma punitivo. Abdicar dele seria uma perspectiva utópica demais. Afinal, a força do castigo, ou melhor, a força do binômio castigo/recompensa como estratégia para o adestramento social constitui uma introjeção cultural onipresente nos mais diversos aspectos da vida em sociedade (família, escola, religião, trabalho).

Se não é possível, em nosso atual estágio civilizatório, abdicar do castigo como estratégia para obter a adesão às normas é preciso, ao menos, desconstruir o significado e o alcance do paradigma punitivo.

29 Válido aqui o alerta que Figueiredo Dias, o grande penalista português, faz ao dizer que o funcionamento do sistema penal deve ser medido pela lógica da justiça e não pela lógica da produção.

A expressão “desconstruir” assume aqui especial relevância, pois, como se verá, o estado atual das coisas reflete não como as coisas são, mas como as coisas estão. Foram construídas assim. A tarefa de desconstrução permite uma avaliação crítica do sistema disciplinar alicerçado na punição e, ao tempo em que abre o campo para novas perspectivas, legitima a punição como uma opção por vezes necessária.

A hipótese aqui apresentada é que o sistema disciplinar está alicerçado na ideia de punição principalmente por dois fatores, que, de tão arraigados, podem ser considerados como esquemas mentais: i) a naturalização da infração disciplinar e ii) a supremacia da visão normativa.

6.1. Desconstruindo a naturalização da infração disciplinar

Como dito acima, a influência do Direito Penal no sistema disciplinar vem da notória expertise desse ramo do Direito quando o assunto é identificar condutas contrárias às normas a aplicar sanções. E a importação dessa expertise trouxe, de contrabando, alguns problemas para o campo disciplinar.

Para ilustrar alguns desses problemas, é preciso voltar ao caso dos servidores João e Ana. Por que uma discussão entre dois servidores foi classificada como infração dos deveres previstos nos incisos VI (“*tratar com urbanidade as pessoas*”) e XIV (“*proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública*”) do art. 241 do Estatuto, sujeitando-os à imposição de uma pena? Essa pergunta pode parecer absolutamente sem sentido, uma vez que a resposta é óbvia: foi classificada assim porque é assim. Os servidores devem ser cordiais, devem agir de forma digna e, se as suas condutas demonstram que não cumpriram esses deveres, cometeram infração disciplinar e devem sofrer uma sanção.

No campo do Direito Penal, o fenômeno é o mesmo e ainda mais agudo: os tipos fechados não deixam espaço para interpretações. Se alguém subtrai para si coisa alheia móvel, comete o crime de furto previsto no art. 155 do Código Penal e deve receber a pena prevista no tipo.

A “obviedade”, porém, não é nada óbvia.

Há uma assertiva comum no âmbito da criminologia, em especial na produção decorrente da criminologia crítica, segundo a qual o crime não existe. Podemos imaginar uma pessoa que foi vítima de um crime de roubo, que sentiu um revólver apontado para sua cabeça, reagir dizendo: “não existe? E o que foi aquilo que aconteceu comigo? Não existe porque não foi para a sua cabeça que o ladrão apontou a arma!” Então é preciso compreender o real e profundo significado daquela assertiva: ela diz que o crime não existe em si; que não há uma realidade ontológica no crime; que não existem “na natureza” fatos que são crimes e fatos que não são crimes; que o legislador não é alguém que sai mundo afora observando as condutas para recolher dentro de seu balaio de leis, as que são crime. A assertiva indica que a seleção do legislador não leva em conta uma suposta essência preexistente da conduta. Ao contrário: é o processo de seleção que atribui a etiqueta de crime a determinadas condutas.

Duas abordagens ajudam a melhor compreender esse fenômeno. Uma diz respeito à genial distinção que John Searle faz entre o *fato bruto* e o *fato institucional*. Aplicando o conceito ao tema aqui tratado, é possível dizer: a ação humana é o fato bruto; sua percepção como “crime” é um fato institucional³⁰.

Outra abordagem muito rica para revelar este fenômeno vem de Louk Hulsman. Diz ele: “chamar um fato de crime ou de delito significa limitar extraordinariamente as possibilidades de compreender o que aconteceu e providenciar uma resposta. Se as interpretações abstratas e redutoras que o sistema penal aplica aos acontecimentos fossem substituídas por interpretações naturais, nascidas dos indivíduos e não da

30 O exemplo de Searle é bem elucidativo. Para demonstrar que fatos institucionais não podem ser descritos com fatos brutos, diz ele que mesmo observadores muito bem treinados não poderiam descrever um jogo de futebol, ainda que ficassem muito tempo assistindo diversas partidas. Poderiam colecionar algumas informações: números de pessoas correndo, cores dos uniformes, movimentos e até mesmo estatísticas. Mas faltaria alguma coisa na descrição: os conceitos que decorrem das regras. Em suas palavras: “The missing statements are precisely what describes the phenomenon on the field as a *game of football*. The other descriptions, the description of the brute facts, can be explained in terms of institutional facts. But the institutional facts can only be explained in terms of the constitutive rules which underlie them” (John R. Searle, *Speech Acts* - p.52). “Homens correndo atrás de uma bola” é um fato bruto. Futebol é um fato institucional.

estrutura socioestatal, seria possível desenvolver diferentes tipos de reação”³¹.

Para ilustrar seu pensamento, Hulsman apresenta a parábola dos estudantes: Moram juntos, em uma república, cinco estudantes. Um deles quebra a televisão e alguns pratos. Ninguém fica contente, mas cada um reage de uma forma: 1 - um deles fica furioso e quer expulsá-lo; 2 - outro diz: “vamos comprar outra TV e outros pratos e ele que pague”; 3 - o terceiro afirma: “ele está com problemas, é preciso chamar um psiquiatra”; 4 - e o quarto: “a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade para que aconteça um gesto como esse... vamos juntos fazer um exame de consciência.” Com esse exemplo, Hulsman identifica vários estilos de reação: estilo punitivo, compensatório, terapêutico, conciliador. E conclui dizendo que chamar um fato de crime significa, de antemão, excluir todas as outras possibilidades. Por fim, diz o autor: para mim, não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas.

O que Hulsman mostra é que a resposta penal seria, no caso dos estudantes, uma resposta dentre outras possíveis. Classificar o fato como crime é uma das possibilidades. Nem a única, nem necessariamente a melhor ou a mais eficiente. Diz ele: “Chamar um fato de ‘crime’ significa excluir, de antemão, todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo – e ao estilo punitivo da linha socioestatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de ‘crime’ significa se fechar, de antemão, nesta opção infecunda”^{32, 33}

Ao analisar a construção da “racionalidade penal moderna”, Álvaro Pires demonstra que ela se constitui em um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura

31 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*, p. 99.

32 Ibid., idem, p. 100.

33 Quer se concorde ou não com a perspectiva abolicionista de Louk Hulsman, não é possível olhar do mesmo jeito para um “crime” depois de ter contato com a sua obra.

normativa”. Álvaro Pires – pessoa/autor que se abre e nos abre para opções fecundas – demonstra que essa forma de ver as coisas, hegemônica a partir do séc. XVIII, correlaciona com tamanha força a norma de comportamento à sanção (pena aflictiva), que “uma não pode ser pensada sem a outra”, e tal combinação cria, como consequência, a ilusão de necessidade da pena.³⁴ E não é assim? No Código Penal, conduta e sanção formam uma unidade simbiótica.

Com a ajuda dos autores citados, é possível começar a perceber que um dos maiores problemas que a colonização do sistema disciplinar pelo direito penal trouxe é a naturalização da infração disciplinar. Somos levados a crer que os comportamentos humanos podem ser divididos em lícitos e ilícitos e que a sanção está ligada organicamente a estes últimos.

6.2. Desconstruindo a supremacia da norma

Assim como a naturalização do conceito de infração impede que o fato seja visto (e tratado) de outra forma – na linguagem de Searle, é como se o fato bruto desaparecesse quando passa a ser reconhecido como ato institucional – há um outro esquema mental que também condiciona a forma como enfrentamos a questão.

Esse outro esquema começou a ser revisto na área do Direito Penal nas últimas décadas e alguns elementos dessa revisão podem ser de grande utilidade no âmbito disciplinar. Assim, vale a pena olhar para o que aconteceu no sistema-matriz.

Atualmente, parece natural a ideia de que o crime é uma ofensa contra a sociedade, de modo que o “dono” da ação penal, o “dominus litis”, é aquele que a representa: o Ministério Público. Não foi sempre assim. Uma análise do papel da vítima no Direito Penal³⁵ revela que o seu afastamento do polo central do conflito é um fenômeno datado, relacionado ao momento em que o Estado assume o exercício do poder

34 “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos” – *paper* disponibilizado pelo autor. O artigo, fundamental para iluminar as questões aqui abordadas, está disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf>.

35 Uma melhor análise do tema está em: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal* – p. 33 e ss.

punitivo como atributo seu. É por volta do séc. XII que tem início a caminhada da vítima rumo ao ostracismo. Na análise de Foucault, na passagem da Alta para a Baixa Idade Média, o conflito passa a ser visto como uma ofensa à ordem e ao poder representados pelo soberano que, na qualidade de parte lesada, exige reparação por intermédio de confiscos e multas. A vítima vai deixando o protagonismo na administração de seu próprio conflito, tornando-se, em relação a ele, mero repositório de informações. A substituição da vítima pelo soberano por intermédio de seu representante, o procurador, faz com que surja uma noção até então desconhecida: o crime passa a ser visto não como um ataque contra uma outra pessoa, mas contra o Estado, contra a lei do Estado. Nas palavras de Foucault: “na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração.”³⁶

As consequências da substituição da noção de dano pela noção de infração foram identificadas com absoluta precisão por Nils Christie em um célebre artigo denominado “Conflicts as Property”, publicado em “The British Journal of Criminology”, em 1977³⁷. De acordo com o eminente Professor de Criminologia da Universidade de Oslo, o sistema penal subtrai o conflito de seus protagonistas, o que representa uma tremenda perda de oportunidades. Diz ele que “os conflitos fazem parte da vida, podem constituir experiências importantes desde que as partes envolvidas possam participar da solução deles. No sistema pena atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem o papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira subcultura

36 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 67.

37 O artigo, que tive a honra de receber do próprio quando esteve em São Paulo para participar do Seminário Internacional de Abolicionismo Penal (novembro de 1997), pode ser localizado em: <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623/CONFLICTS-AS-PROPERTY>>.

–, tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais.”³⁸

A referência à concepção de Christie é pertinente para salientar que antes de ser uma infração à norma, há uma dimensão da conduta considerada como infração disciplinar que representa um conflito não entre o ser e o dever-ser, mas entre pessoas.

Quando o aspecto normativo é o único realçado, uma resposta normativa parece suficiente. O problema jurídico assume uma perspectiva que o afasta do problema real. A infração é o descumprimento da lei e a solução é a imposição da sanção prevista em lei. O sistema normativo passa a ser autorreferente e não olha para os efeitos concretos de sua atuação. Esta é a lógica da esteira rolante, que é a lógica do paradigma punitivo, que, a sua vez, é a lógica da naturalização da infração disciplinar e da supremacia da norma.

Parafraseando Álvaro Pires, poderíamos então compreender o paradigma punitivo como a expressão de uma “racionalidade disciplinar” que trata situações problemáticas como infrações disciplinares. Perceber que se trata de uma racionalidade construída institucionalmente abre algumas janelas para que um vento fresco possa entrar. Surge um espaço mais arejado, mais estimulante, a ser explorado com mais criatividade.

7. Explorando novas possibilidades

Refazendo aquela pergunta tão óbvia – Por que uma discussão entre dois servidores foi classificada e tratada como infração de deveres disciplinares passível de sanção? – é possível perceber de que forma a

38 *A vítima e o Direito Penal* – p. 109. Como consta da fonte aqui citada, a síntese foi elaborada a partir dos argumentos encontrados no artigo suprarreferido e também na entrevista concedida pelo autor por ocasião de sua participação no Seminário Internacional de Abolicionismo Pena, em novembro de 1997 – v. Ana Sofia Schmidt de Oliveira e André Isola Fonseca – “Conversa com um Abolicionista Minimalista” – RBCCrim, v. 19 – p. 14-22.

reação ao fato é condicionada pelos esquemas mentais mencionados: a naturalização da infração disciplinar e a supremacia da norma.

Ao se suspender tais esquemas, surgem, no lugar deles, outras possíveis perspectivas: i) a discussão pode ser uma infração disciplinar, um descumprimento de uma norma de conduta dos servidores e/ou pode ser (também) outras coisas. Pode ser um sintoma de uma situação de estresse agudo no ambiente de trabalho; pode ser um problema de gestão; pode representar um descontrole emocional decorrente de algum problema psicológico ou da incapacidade para lidar com situações difíceis; em síntese, podem ser muitas coisas. ii) a discussão, analisada por meio da relação de deveres e proibições a que estão sujeitos os servidores, é a infração dos incisos VI e XIV do art. 241 do Estatuto. Mas, se deixada de lado a supremacia normativa, se olhado o conflito como “fato bruto”, como fenômeno naturalístico, surgem os seus protagonistas. E surgem não como autores de uma infração disciplinar, mas como participantes de um conflito que tem uma história, que os afetou emocionalmente; que teve impacto no ambiente de trabalho; que deixou marcas.

Foram essas considerações que abriram, no caso dos servidores Ana, João e Carlos, uma nova perspectiva e permitiram que se explorasse uma nova possibilidade.

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 outro³⁹. 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. 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.

Ao final, foi proposta a absolvição dos três indiciados. Em relação a Carlos, a prova feita não demonstrou sua omissão. E, em relação a João e Ana, entendeu-se que a opção pela improcedência da imputação era a que melhor atendia aos interesses da Administração. A fundamentação da proposta baseou-se nos seguintes argumentos:

(i) Os tipos das infrações administrativas são abertos. Assim, a subsunção do comportamento humano ao tipo é tarefa que só pode ser executada mediante a aplicação de discricionariedade por parte da autoridade competente para determinar a instauração da apuração preliminar e/ou do procedimento punitivo. Nesse ponto, foi lembrada a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello. Diz o grande administrativista que, nos atos administrativos discricionários *“a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a*

39 Foram utilizadas as técnicas da mediação e da CNV – Comunicação Não Violenta que estimulam os participantes a falar em primeira pessoa.

*utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar”.*⁴⁰

(ii) A subsunção de uma conduta aos tipos imputados – descumprimento dos deveres previstos nos incisos VI (dever de urbanidade) e XIV (dever de dignificar a função pública na vida pública e privada) do art. 241 do Estatuto, Lei 10.261/68 – é tarefa que pressupõe a discricionariedade da autoridade administrativa. Afinal, toda e qualquer irregularidade deve ser objeto de representação? Qual o limite entre a grosseria, a falta de gentileza, e o descumprimento do dever de urbanidade? Qual a abrangência da dignidade da função pública, quando analisada a conduta do agente em sua dimensão privada? Como não há uma resposta pronta, a atuação da Administração, nos termos da lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, deve sempre representar o melhor meio de satisfazer o interesse público ao qual se refere a norma.

(iii) Para buscar um norte para o exercício da discricionariedade administrativa, considerou-se que os bens jurídicos tutelados pelos dispositivos legais que teriam sido infringidos (incisos VI e XIV do art. 241 do Estatuto) relacionam-se à manutenção de um ambiente de trabalho cordial e de um comportamento que dignifique a função pública. A norma representa a situação ideal, o norte que serve de parâmetro: sendo os cargos públicos ocupados por seres humanos, conflitos sempre surgirão. Nesse ponto, importante lembrar que, de acordo com a moderna teoria dos conflitos, estes fazem parte das relações humanas e não representam, em si, um problema. Desde que resolvidos adequadamente, são funcionais, são janelas de oportunidades para o aprimoramento tanto pessoal quanto organizacional.

(iv) Ficou ainda consignado que o tratamento adequado dos conflitos foi erigido à categoria de política pública prioritária desde que editada a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça⁴¹. Assim, aplicados tais conceitos ao âmbito

40 Curso de Direito Administrativo – Malheiros editores – 32. ed., 2015, p. 438/439.

41 “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) Parágrafo único.

disciplinar, entendeu-se que um conflito pode ser considerado adequadamente tratado sempre que o encaminhamento dado contribuir para o aprimoramento do desempenho das partes envolvidas e do ambiente em que ocorreu; em suma, o tratamento dado ao conflito deve contribuir para o aperfeiçoamento do serviço público. Nesse passo, foi lembrado, com a ajuda do grande mestre português Marcelo Caetano, que “*a perfeição do fim a que o serviço público se destina, rege toda a actividade dos agentes*”⁴².

(iv) Qual seria então o tratamento adequado do caso? Voltando ao “fato bruto”, constatou-se que houve, entre os indiciados, um desencadeamento de reações, o que foi percebido por ambos quando tiveram a oportunidade de refletir e avaliar suas condutas, desculpando-se reciprocamente. Diante disso, ficou consignado no Relatório que, àquela altura, não parecia que o direito disciplinar pudesse ainda intervir positivamente e nem que a imposição de sanção pudesse trazer algum benefício ou proteger melhor os bens jurídicos tutelados.

(v) Por fim, considerou-se que outra forma de olhar para a situação seria aquela, seguindo o raciocínio desse artigo, decorrente exclusivamente do paradigma punitivo. Para essa visão, palavras grosseiras foram proferidas e a reconciliação posterior não teria o condão de descaracterizar a infração disciplinar. Assim, a aplicação da pena seria inevitável.

(vi) Para superar esse obstáculo (o que, no espaço de um Relatório não poderia ser feito com a crítica do paradigma punitivo que se fez aqui), ficou consignado o seguinte: “é preciso novamente lembrar que a classificação do conflito como infração disciplinar decorreu de uma interpretação discricionária em um dado momento. Agora, neste outro momento, o da eleição da resposta a ser dada pela Administração, e considerando que todo ato administrativo deve representar o ‘*melhor*

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

42 CAETANO, Marcelo. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932, p. 23.

meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar’, as circunstâncias e os princípios que regem a Administração estão a indicar que a interpretação pode ser outra. De se consignar, a respeito, a lição de Carlos S. de Barros Júnior:

*[...] em tema de responsabilidade disciplinar, sempre reconheceu a doutrina dos mais diversos países, que, em princípio, as autoridades administrativas dispõem da faculdade, não só de qualificar a infração disciplinar e, com certa latitude, graduar a responsabilidade do acusado, assim como, segundo os casos, por motivos de superiores interesses da própria administração, ou mesmo em razão de equidade e oportunidade, de renunciar à aplicação da pena*⁴³.

E por fim: “Esvaziada eventual resposta sancionatória de sentido e de finalidade, entendo que a solução que melhor atende aos interesses da Administração, no caso em análise, é a absolvição dos indiciados.”⁴⁴

O que esse caso demonstra é que os princípios que regem a atuação Administrativa (dignidade da pessoa humana, eficiência, legalidade, supremacia do interesse público, dentre outros) podem orientar uma atuação discricionária no âmbito disciplinar para muito além do paradigma punitivo.

Nas análises atuais relativas à atuação do Poder Judiciário, já se tornou corrente a expressão “fórum de múltiplas portas” (*multidoor courthouse*)⁴⁵ que conduz à possibilidade de se escolher, dentre diversos caminhos possíveis, qual o mais adequado para lidar com um determinado problema. Para situações diversas, criam-se soluções diversas. Nessa concepção, há um “cardápio” de possibilidades. Por exemplo, quando os conflitos se dão entre pessoas que mantêm uma relação continuada, a preocupação deve ser solucionar o problema, mas também cuidar da relação, prevenir conflitos futuros. As estratégias adversariais, em casos assim, não são tão eficazes como a mediação ou os círculos restaurativos que promovem a compreensão do problema em outro nível. São

43 BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. p.21.

44 Este é o teor do Relatório proferido nos autos da Sindicância Punitiva em 31.03.2017. Até a data da elaboração desse artigo, não havia sido publicada a decisão administrativa.

45 V. CNJ - Manual de Mediação Judicial - 2016, p. 18. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>.

métodos em que as pessoas efetivamente se escutam e constroem juntas o caminho a ser seguido.

Os encaminhamentos tradicionais, no âmbito do Poder Judiciário, servem, muitas vezes, para agravar os problemas que deveriam solucionar. Uma litigiosidade extrema (conforme dados recentes do CNJ, existem hoje mais de 100 milhões de processos em andamento⁴⁶) levou a máquina judiciária à beira do colapso, o que apressou uma série de mudanças, das quais, por exemplo, a importância da mediação no novo CPC é um reflexo.

De fato, tais mudanças estimulam a criação de novas formas de lidar com os conflitos (como mediação judicial e extrajudicial, conciliação, justiça restaurativa, etc.) e assim proliferam iniciativas comprometidas com os princípios e valores das RADs⁴⁷. Por outro lado, decorrem – e esse aspecto é fundamental – de uma mudança maior, cultural acerca do significado do conflito. Os desafios postos ao Direito pelo mundo atual e suas complexidades não deixam espaços para as simplificações do paradigma punitivo. No âmbito penal, retornando à nossa matriz de pensamento, algumas sentenças ainda se referem ao autor de um delito como uma pessoa que coloca em risco a paz social e por isso precisa ser retirada do convívio em comunidade. Essa matriz de pensamento só faz sentido naquela racionalidade binária acima mencionada, em que o Direito Penal surge como o instrumento adequado para separar bons e maus e garantir a ordem, garantir a paz social utilizando seu principal instrumento de controle – a pena de prisão⁴⁸.

Atualmente, como reflexo dessas mudanças, proliferam iniciativas comprometidas com os princípios e valores das RADs e as mais diversas ações têm um ponto comum: a preocupação com o uso racional e eficiente da máquina estatal pela superação de uma mentalidade burocrática e

46 Relatório Justiça em Números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

47 Sigla que anteriormente remetia à expressão “Resolução Alternativa de Disputas”, hoje substituída por “Resolução Adequada de Disputas” – v. *Manual de Mediação Judicial* – CNJ, 6. ed. (2016) p. 17.

48 Excelente crítica a essa matriz de pensamento está no artigo “A fantasia do sistema penal” – de Maria Lucia Karam, in: “*De Crimes, Penas e Fantasias*” – p. 193/207.

adversarial. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, o sistema judiciário adversarial “de corte retrospectivo, retributivo, calcado numa lógica de soma zero, informada pela polaridade do certo/errado que converte as partes em vencedor e vencido, não mais se adapta às necessidades da sociedade contemporânea, onde a complexidade das relações sociais pede um outro tipo de abordagem das controvérsias, de índole consensual, e por isso mesmo, menos impactante e capaz de preservar a continuidade das relações interpessoais”.⁴⁹

As iniciativas das RADs decorrem também de uma preocupação com aquela dicotomia mencionada pelo Diretor do Programa de Justiça Restaurativa de Batavia: de que adianta resolver o problema jurídico se o problema real não foi resolvido?

Os grandes sistemas jurídicos, como o civil e o penal, estão se abrindo para explorar novas possibilidades; é hora de buscar novos caminhos também no sistema disciplinar.

8. Um procedimento disciplinar restaurativo

Um dos aspectos mais relevantes do caso acima relatado foi a radical mudança de postura das partes, aqui chamadas de Ana e João, em dois momentos: no interrogatório e no encontro frente a frente. É um fenômeno quase que instintivo. A pessoa, ao se sentir acusada, ameaçada, assume a posição defensiva e atribui a responsabilidade ao outro. Busca construir uma versão dos fatos que lhe seja favorável, ao tempo em que elabora um perfil negativo de seu opositor. É a lógica binária do jogo adversarial: para que um se saia bem, o outro tem que se sair mal; se um ganha, o outro perde. E foi assim nos interrogatórios: cada um buscava minimizar a sua responsabilidade, atribuindo a iniciativa da agressão ao outro. Mas eis que tudo mudou quando se encontraram frente a frente e foram convidados a refletir sobre o que acontecera a partir de uma pergunta: “Considerando que o conflito é coconstruído, o que você fez e o que poderia ter feito de forma diferente para evitar que as coisas chegassem ao ponto em que chegaram?”. Com essa proposta, surgiu um espaço em que cada um pôde elaborar a

49 *A Resolução dos conflitos e a Função Judicial*, p. 143.

autocrítica, refletir sobre sua própria conduta, responsabilizando-se por suas atitudes. A partir daí, pôde ver e ouvir o outro; pôde reconhecer a razão do outro. A estratégia infantil do “mas foi ele quem começou” foi substituída por um diálogo respeitoso entre adultos. Não houve um *follow-up* do caso, não é possível relatar o que aconteceu depois. No entanto, é possível afirmar que, a partir daquele encontro, estavam dadas algumas das condições para que, no futuro, os conflitos viessem a ser encarados por eles de forma mais positiva. E isso, por si, representava um ganho precioso. A opção pelo paradigma punitivo talvez não fosse, usando a expressão de Hulsman, tão fecunda assim. Talvez perpetuasse as desavenças.

Durante os anos de 2015 e 2016 foram ouvidas na 2ª Unidade da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares 1.359 pessoas. Desse total, foram 425 interrogatórios. Os relatos constituem um repertório considerável para a análise seguinte.

Dentre os acusados, constata-se que, em raras ocasiões, alguém admite a responsabilidade por um resultado danoso. O tom da narrativa é, quase sempre, o da vitimização. A responsabilidade é do chefe que persegue, da falta de estrutura, da falta de treinamento, da sobrecarga de trabalho, dos problemas psicológicos decorrentes da pressão do dia a dia. Em relação às testemunhas, é comum perceber nelas algum desconforto, como se tivessem que tomar partido, a depender se foram arroladas pela Administração ou pela Defesa. Embora essa sensação de desconforto seja mais frequente nas testemunhas de defesa, o que efetivamente se nota é que, na perspectiva das pessoas ouvidas, ou elas estão “contra” ou estão “a favor”. Assim, nesse contexto essencialmente binário e adversarial, o que de mais precioso foi experimentado no caso de Ana e João facilmente se perde.

Seria possível imaginar uma forma de encaminhamento da questão disciplinar que trouxesse à tona potencialidades construtivas em vez de ressaltar o negativo? Que possibilitasse uma avaliação crítica sincera do que ocorreu, construindo alternativas positivas para o futuro? (e é de se lembrar aqui que a grande maioria dos servidores que passam por um procedimento disciplinar mantém o vínculo com a Administração). Um encaminhamento assim não atenderia melhor o objetivo de se alcançar

“*a perfeição do fim a que o serviço público se destina*”, nas palavras de Marcello Caetano?

Como mencionado acima, o paradigma punitivo é o reflexo de uma introjeção cultural que privilegia o castigo como estratégia de adestramento social e encontra no sistema penal e no sistema disciplinar um campo fecundo para a sua disseminação. As limitações dessa estratégia, porém, vêm sendo sentidas e denunciadas em diversas áreas.⁵⁰

Em sua obra “Disciplina Restaurativa para Escolas”, Judy H. Mullet e Lorraine S. Amstutz reproduzem a questão: “De onde tiramos a ideia maluca de que para fazer uma pessoa ter o melhor desempenho é necessário primeiro fazê-la sentir-se pior?”.

As considerações que as autoras fazem acerca do binômio disciplina/punição relacionam-se ao ambiente escolar, mas são absolutamente pertinentes ao cenário do procedimento disciplinar. Veja-se:

Em geral, a punição consegue coibir a criança temporariamente, mas dificilmente ensina autodisciplina em primeira mão. Talvez a punição faça a criança obedecer às regras quando o responsável pela punição está por perto, e pode ensiná-la a seguir as regras no curto prazo. Mas será que a punição ensina as habilidades necessárias para compreender o significado por trás das regras?⁵¹

Em diversos pontos deste artigo, foi mencionado que um efeito positivo do procedimento disciplinar deveria ser o aprimoramento do servidor e do serviço público. E, para isso, não seria essencial que o servidor “compreendesse o significado por trás das regras”? Será que a estratégia que vem sendo adotada nos procedimentos disciplinares se preocupa com esse aspecto e o considera essencial? Ou apenas acredita, sem nenhum respaldo empírico, nos supostos efeitos da “prevenção

50 Alguns autores, como os já citados Hulsman, Christie, Alvaro Pires e Eugenio Raul Zaffaroni vem denunciando, há anos, as falácias do sistema punitivo. Esse último, no prólogo do livro de Maria Lucia citado na nota 46, obra que ele considera “uma das maiores mostras da literatura penal ‘à contramão’”, diz: “coitados dos penalistas que perdemos a fé na pena! Fomos treinados para interpretar códigos.. Não sabíamos nem queríamos saber de outras coisas. Mas a realidade bateu-nos brutalmente no rosto...” (p. 14-15).

51 Disciplina Restaurativa nas Escolas – p. 30.

especial e geral” decorrentes da imposição do castigo? É possível acreditar que o medo de ser punido possa ser uma boa estratégia motivacional?

Seguindo com as autoras:

Os efeitos negativos da punição estão bem documentados. Tais efeitos incluem sentimentos de raiva por parte da pessoa punida, cujo foco passa do mal cometido para a pessoa que administrou a punição dolorosa. O aluno castigado tende então a questionar a natureza da punição e a culpar o punidor em vez de assumir a responsabilidade pelas consequências de seu mau comportamento. Nos alunos punidos tem início um efeito dominó: eles culpam os professores, descontam sua frustração nos colegas e oferecem resistência passiva aos trabalhos escolares⁵².

No campo disciplinar, foi mencionado acima, essa é uma percepção bem próxima daquela que advém da atitude dos acusados nos interrogatórios. Além dos efeitos detectados no ambiente escolar, há, possivelmente, um outro efeito dramático no âmbito do serviço público. Embora faltem dados e pesquisas a respeito, o que se constata na prática é que, muitas vezes, depois de serem acusados de alguma falta grave, os servidores, acometidos, então, de quadro depressivo, solicitam e obtêm afastamento para tratamento de saúde. A Administração perde duas vezes.

Diante do quadro que constata, as autoras indagam: “Então, por que a punição continua a ser a principal característica da disciplina escolar?” e respondem: “A resposta mais óbvia é que ela é rápida, fácil de administrar e parece atender ao critério segundo o qual ‘ao menos fizemos alguma coisa a respeito’”.

Essa é também uma realidade no sistema disciplinar. Parece haver uma norma não escrita que diz: “se acontecer um problema e você não souber o que fazer, faça um comunicado de evento”. Assim, o problema é passado adiante e o “comunicante” afasta um outro risco que também inflaciona a produção das apurações disciplinares. Esse outro risco, detectado com frequência nas audiências⁵³, é o medo de ser considerado omissor, como Carlos o foi, no caso de Ana e João.

52 Ibid., idem, p. 30.

53 Um outro caso ilustra bem a situação: uma servidora, Agente de Segurança Penitenciária, acusada de ter abandonado o posto sem autorização superior relatou, quando interrogada,

A alternativa proposta pelas autoras é um conjunto de estratégias que identificam sob a designação de “disciplina restaurativa”, inspiradas no conceito amplamente difundido de justiça restaurativa.

Como mencionado no item 3 (nota de rodapé nº 20), em 1995, quando da visita ao projeto de justiça restaurativa “Genesee County Justice Program”, que serviu de inspiração a uma pesquisa de mestrado, a bibliografia nacional acerca do assunto era inexistente. Uma busca no Google, no dia 17 de abril de 2017, trouxe 71.600 retornos⁵⁴. O que aconteceu nesses 22 anos? A pergunta estaria a merecer uma ampla pesquisa e uma resposta longa, mas, para os fins propostos neste artigo, é suficiente, por ora, uma resposta simples: o sistema tradicional não tem se mostrado suficiente; a resposta que o sistema de Justiça vem dando aos conflitos sociais, em especial os problemas criminais, tem cobrado um preço alto (tanto em recursos financeiros quanto em sofrimento humano) com poucos resultados efetivos.

As propostas da Justiça Restaurativa buscam, de alguma forma, responder aos anseios que o sistema tradicional não atende, por suas limitações inatas. São estratégias diversas, que envolvem mediação entre o ofensor e o ofendido, processos circulares em que as diversas pessoas impactadas pelo fato participam e são efetivamente ouvidas. Por trás do conflito, as reais necessidades são vistas e atendidas na medida do possível. O procedimento tradicional tem a preocupação maior de olhar para trás para descobrir o que aconteceu e ouvir as pessoas apenas para apurar autoria e materialidade do fato imputado. A imagem do acusado é congelada no momento da prática da infração e essa é a imagem que importa para a imposição do castigo. As práticas restaurativas não se interessam por imagens congeladas e olham para o futuro: como vamos

que, em verdade, havia apenas saído para buscar um copo de água, como era permitido fazer, dizendo, ainda, que a própria chefe, que havia elaborado o comunicado de evento, pedira desculpas a ela. A história parecia improvável e a chefe foi ouvida. Na audiência (Audiência = intimações, assentadas, deliberações, pagamento de diárias, deslocamentos etc.) confirmou que, a seu ver, a acusada não havia cometido nenhuma irregularidade. Sobreveio a pergunta óbvia: qual o motivo do comunicado de evento? Disse ela, repetindo expressão frequente: “a minha chefe me disse que, se eu não a comunicasse, eu é que seria comunicada por prevaricação”.

54 Disponível em: <<http://www.bing.com/search?q=justi%C3%A7a+restaurativa&form=IE1TR&src=IE1h1TR&pc=NMJB>>.

lidar com isso e como será daqui para a frente? Quando a punição é necessária, ela está inserida em um contexto bem diferente. Passa a fazer sentido. Todas as ações restaurativas se desenvolvem em um ambiente de respeito, sem condenações apriorísticas. Esse é o ambiente adequado para a autorresponsabilização, para a conscientização. Um elemento fundamental no âmbito do serviço público, que o paradigma punitivo não oferece, é possibilitar ao servidor a percepção do impacto de sua conduta em seus colegas, em seu ambiente de trabalho. Ao ouvir os relatos dos outros envolvidos, o autor de infração perceberá que não deixou apenas de cumprir um dever funcional, mas causou um impacto na vida de outras pessoas. O efeito de uma experiência assim é bem mais produtivo do que o relato vitimizado diante do Procurador do Estado Presidente da Unidade Processante.

As práticas restaurativas se desenvolvem a partir de três pilares, como indica um dos mais influentes autores da JR, Howard Zehr: (i) o foco no dano cometido, o que dá à vítima e às suas necessidades especial relevância; (ii) a constatação de que males ou danos resultam em obrigações – a responsabilização do autor do dano é enfatizada e (iii) a justiça restaurativa promove engajamento e/ou participação – as partes envolvidas no dano participam ativamente da decisão.⁵⁵ Lembrando que 74% dos servidores mantêm o vínculo com a Administração, não parece adequado construir esses pilares no âmbito disciplinar?

A relevância da Justiça Restaurativa na atualidade, como política pública essencial para a resolução dos conflitos, fica evidenciada pelo teor da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, que “*Dispõe sobre a política nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*”. No âmbito do Tribunal de Justiça paulista, o Provimento da Corregedoria Geral nº 35/2014 que “*Dispõe sobre a implementação da Justiça Restaurativa no âmbito das Varas da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo*” é também emblemático.⁵⁶ A Justiça Restaurativa é hoje uma opção concreta do Poder

55 Justiça Restaurativa, p. 38/39.

56 Vale reproduzir o primeiro dos “considerando” do Provimento, muito significativo: “CONSIDERANDO que os meios autocompositivos e consensuais de solução de conflitos, como aqueles contidos na Justiça Restaurativa, têm alcançado significativos e exitosos

Judiciário. As experiências já consolidadas em diversas áreas e documentadas em ampla bibliografia demonstram que pode ser um promissor caminho para que os conflitos sejam vivenciados como oportunidades de mudança, sejam transformados positivamente⁵⁷ também na área da Administração.

Não cabe, no escopo deste artigo, uma mais profunda análise da Justiça Restaurativa nem conceber como seria, concretamente, o modelo no âmbito disciplinar. O que este artigo, em suma, pretende, é abrir uma nova perspectiva para a abordagem dos problemas disciplinares na administração pública. O paradigma punitivo tem sido a única ferramenta para se lidar com uma variedade enorme de questões e, muitas vezes, agrava o problema que pretende solucionar. As abordagens restaurativas, ancoradas em valores comprometidos com a cultura da paz, com a participação responsável, com o fortalecimento dos relacionamentos, têm uma imensa contribuição a dar a todos nós que queremos, ao final de um procedimento, quando indagados se as coisas melhoraram, responder SIM.

É hora de dar o próximo passo e conceber um programa para a instituição, no âmbito da administração pública, do Procedimento Disciplinar Restaurativo.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

resultados em âmbito nacional e, particularmente, no Estado de São Paulo, sendo necessário estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas restaurativas que atendem às necessidades de vítimas, comunidade e ofensores, propiciando a reparação do dano e definição de corresponsabilidades;”.

57 Os princípios da mediação transformativa são ferramentas fundamentais. *Transformação de Conflitos*, John Paul Lederach.

ARAUJO, Edmir Neto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

BETEGON, Jeronimo. *La Justificacion del Castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Serviço de Publicações da Fundação Getúlio Vargas.

CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain*. Mariluz Caso (Trad.). México: Fondo de Cultura Economica, 1984.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. São Paulo: Síntese, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FISHER, Roger & URY, Willian. *Como chegar ao SIM*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais (Trad.). Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996.

GALAWAY, Burt and J. Hudson. *Restorative Justice: International Perspectives*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o Sistema Penal em Questão*. Maria Lucia Karam (Trad.). Niterói: Luan, 1993.

KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos* [Título original: *The Little Book of Conflict Transformation*]. Tônia Van Acker (Trad.). 1. ed. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MULLET, Judy H.; AMSTUTZ, Lorraine Stutzman. *Disciplina Restaurativa para Escolas: responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo* [Título original: *The Little Book of Restorative Discipline for Schools*]. Tônia Van Acker (Trad.). 1. ed. São Paulo: Palas Athena, 2012.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “A Política Criminal dos Estados Unidos da América – Notas de Viagem”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 19, 1998, p. 73-93.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. “Conversa com um Abolicionista Minimalista”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 21, 1998, p. 14-22.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf>.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares* [Título original: *The Little Book of Circle Processes*]. Tônia Van Acker (Trad.). 1. ed. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação Não Violenta*. 4. ed. São Paulo: Agora.

SEARLE, John R. *Speech Acts*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999.

STOCO, Rui. *Processo Administrativo Disciplinar: Processo Disciplinar na Administração Pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa* [Título original: *The Little Book of Restorative Justice*]. Tônia Van Acker (Trad.). 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2015.

_____. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça* [Título original: *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*]. Tônia Van Acker (Trad.). São Paulo: Palas Athena, 2005.

A Suspensão Condicional da Sindicância – SUSCONSIND

Messias José Lourenço¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O interesse público à luz do Direito Administrativo Disciplinar; 3 – A influência do Direito Penal; 4 – A finalidade das penas; 5 – A classificação das penas disciplinares e seus objetivos; 6 – As alternativas ao modelo clássico; 7 – A indisponibilidade do interesse público; 8 – A pena mínima e suas deletérias consequências; 9 – A consensualidade no Direito Administrativo Disciplinar; 10 – A SUSCONSIND; 11 – Da alteração legislativa; 12 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A busca por uma atuação mais eficiente por parte daqueles que respondem pela condução dos procedimentos administrativos disciplinares, em algumas espécies de faltas e dependendo do perfil do servidor público, passa pela revisão de mecanismos tradicionais, baseados na unilateralidade e na imperatividade.

Nesse modelo clássico, toda a esperança de um funcionamento indene do serviço público se acha depositada na aplicação sistemática de sanções, o que caracteriza a chamada *cultura repressiva* da Administração Pública.

Contudo, como podem confirmar aqueles que atuam diretamente com tais processos, há uma gama de faltas disciplinares que poderiam, a

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Presidente da 1ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Professor de Direito Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

exemplo do ocorrido no âmbito penal na década de 90, ser consideradas de menor potencial ofensivo.

Essas faltas, dependendo do mérito do servidor acusado de praticá-las, poderiam ser objeto de uma atuação consensual por parte da Administração Pública, na qual, prestigiada a autonomia da vontade e afastada a deletéria litigiosidade que permeia nesse terreno, chegar-se-ia a um denominador comum, que atendessem às aspirações de ambas as partes.

2. O interesse público à luz do Direito Administrativo Disciplinar

Ao elencar uma série de princípios que devem nortear a atuação da Administração Pública, o art. 37, da Constituição Federal almeja alcançar seu principal objetivo que, no escólio de Hely Lopes Meirelles, se consubstancia no *bem comum da coletividade administrada*.²

Sob tal ótica, ao ingressar nos domínios do Direito Administrativo Disciplinar, essa finalidade se transmuda para o *indene desenvolvimento do serviço público*.

Esse escoreito desenvolvimento estaria condicionado ao exercício do poder disciplinar que, nas palavras de Mario Masagão,³ constitui-se na *faculdade de aplicar, a pessoas que se encontram em determinada situação, penas que não possuem caráter criminal*. Daí a explanação de Marcelo Caetano,⁴ para quem o poder disciplinar *tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público*.

Para que o poder disciplinar se exerça, enfatiza Marcelo Caetano, se faz necessário que *o agente subalterno proceda de forma prejudicial à atividade do serviço público*, violando um dever e, portanto, cometendo uma falta disciplinar.⁵

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

3 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 229-230.

4 CAETANO, Marcelo. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932. p. 25.

5 CAETANO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 49.

O que se reprime, de acordo com Carlos S. de Barros Júnior, é *sempre um ato ou omissão do agente público, contrário aos deveres que, nessa qualidade, lhe incumbem, e que vem a afetar o bom funcionamento do serviço público.*⁶

Depreende-se, assim, que a sanção, em linhas gerais, objetiva *obrigar a submissão à norma*, seja por conta de seu caráter retributivo, seja em razão de sua conotação preventiva (geral ou especial);⁷ submissão esta que no Direito Administrativo Disciplinar se legitima por conta do *interesse dos serviços e da conveniência de seu regular funcionamento.*⁸

Na mesma direção, J. Cretella Júnior, calcado na lição de Paul Laband, assinala que, exceção à pena de demissão, todas as demais sanções disciplinares não podem ser consideradas castigos, no sentido que lhe é dado no Direito Penal, mas sim *meios que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos.*⁹

Trilhando semelhante caminho, Themístocles Brandão Cavalcanti, de forma incisiva, assinala que o fim da pena administrativa é o bom funcionamento do serviço.¹⁰ Aliás, esse é o pensamento adotado por significativa parcela dos autores que se propõem a discorrer sobre a finalidade das penas disciplinares.¹¹

Delineia-se, por consequência, um Direito Administrativo Disciplinar baseado num sistema imperativo e unilateral, no qual uma cultura

6 JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 67.

7 BLAZECK, Luiz Maurício Souza; PAGLIONE, Eduardo Augusto (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Lantin, 2014. p. 215.

8 CAETANO, Marcelo, *op. cit.*, p. 94.

9 JÚNIOR, J. Cretella. *Prática de Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

10 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964. p. 114.

11 RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones Administrativas*. Bolonia Studio Albornatiana, Publicaciones Del Real Colegio de Espanã, 1989. p. 55. JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, p. 119; CAETANO, Marcelo, *op. cit.*, p. 94; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 229; COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 200-201; FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

eminentemente repressiva deposita todas as suas esperanças de alcançar um serviço público eficiente no caráter retributivo e preventivo das penas.

É exatamente esse sistema que o presente trabalho põe em xeque, sobretudo porque esse modelo não tem alcançado de forma eficaz os fins a que se propõe.

O método que se pretende utilizar partirá de noções cristalizadas no Direito Penal que, na sequência, serão confrontadas com as regras de Direito Administrativo Disciplinar.

3. A influência do Direito Penal

Uma das discussões mais antigas no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar diz respeito à sua identificação com o Direito Penal.

Essa verdadeira *vexata quaestio* e todas as suas implicações refoge aos limites propostos pelo presente trabalho, todavia, como se faz imprescindível uma breve incursão pelas teorias que no Direito Penal buscam identificar as finalidades das penas, não se pode deixar de ingressar no referido tema, mesmo que superficialmente.

Nos termos do magistério de Carlos S. de Barros Júnior, por conta da imposição de sanções e de seu conteúdo punitivo, muitos autores foram levados a pesquisar a identificação do Direito Administrativo Disciplinar com o Direito Penal.¹²

Porém, longe de um consenso, a doutrina apresenta diversas posições, muitas delas totalmente antagônicas. A título de exemplo, poder-se-ia citar o entendimento adotado por Themístocles Brandão Cavalcanti,¹³ para quem os modernos autores de direito administrativo dissociam o problema do direito penal no conteúdo e na aplicação de preceitos de direito disciplinar. Em sentido contrário, Fábio Medina

12 JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. p. 8.

13 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964. p. 113.

Osório reconhece a existência de *profunda interface* entre o Direito Sancionador¹⁴ e o Direito Penal.¹⁵

Cino Vitta¹⁶, no entanto, amplia essa relação, fazendo menção até mesmo a autores que apontam semelhanças entre o Direito Disciplinar e o Direito Civil; a saber:

1. doutrinas que estabelecem semelhanças entre as sanções disciplinares e civis;
2. doutrinas que admitem analogia entre as sanções disciplinares e as penais quanto aos seus fins;
3. doutrinas que reconhecem a identidade dos meios usados nas diversas espécies de sanções, embora diferentes as normas aplicadas;
4. doutrinas que estabelecem perfeita afinidade entre o direito disciplinar e o direito penal.

Ao primeiro grupo estariam filiados: Lanband, Pfeiffer e Pacinotti. Ao segundo: Binding, Manzini, Otto Mayer, Heffter, Gonner, Dolhamnn, Giriodi. No terceiro grupo: Von Liszt, Schulze, Santi Romano, Ugo Forti, Raneletti, Nezard, Jellinek. Por fim, ao quarto grupo estariam alinhados: Mayer, Mittermayer, Hauriou, Jèze, Presutti, Cammeo, Vaccheli, Zorn, Von Bar, Seydel.¹⁷

Ao examinar a questão, Romeu Felipe Bacellar Filho é categórico ao afirmar que a *distinção entre a punição disciplinar e a criminal revela-se tanto nos seus fundamentos quanto na natureza das penalidades*. Na sequência, o autor arremata:¹⁸

14 Direito Sancionador é gênero do qual o Direito Administrativo Disciplinar é espécie.

15 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

16 VITTA, Cino. *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*. Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964. p. 105.

17 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964. p. 105.

18 FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36.

“Há, portanto, uma diferença substancial, e não meramente gradativa, da qual decorre a possibilidade de aplicar concomitantemente ambas as sanções sem a configuração de ‘bis in idem’”.

Em doutrina recente, Maysa Abrahão Verzola, ao examinar o Direito Sancionador, alerta que se deve ter em mente que essa abertura ao Direito Penal é provisória e continua tendo um caráter de importação.¹⁹

A questão em comento, de fato, está longe de uma solução.

Deve-se reconhecer que o Direito Disciplinar, nos termos do magistério de Themístocles Brandão Cavalcanti, tem assumido grande importância e de tal ordem vem se desenvolvendo que já se lhe procura atribuir foros de autonomia.²⁰

Não obstante tais posições é inegável a semelhança entre as duas áreas, eis que inúmeras legislações disciplinares contemplam expressamente institutos do Direito Penal.²¹

Na doutrina, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello, ao elencar as excludentes da infração disciplinar, dentre outras, destaca: estado de necessidade, legítima defesa, coação irresistível, erro, obediência hierárquica, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.²²

19 VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

20 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Fundação Getúlio Vargas, 1964. p. 105.

21 V.g.: Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Distrito Federal e das autarquias e fundações públicas distritais (Lei Complementar nº 840/11); no art. 197 estão previstas as circunstâncias atenuantes das penas disciplinares. Dentre outros institutos do Direito Penal, são identificados: a coação moral resistível; a *obediência hierárquica*; a *violenta emoção*, a *legítima defesa*, a *legítima defesa putativa*; o *excesso moderado*; a *desistência voluntária*; o *arrepentimento eficaz*; e o *arrepentimento posterior*. Por seu turno, a excludente de ilicitude, consubstanciada na legítima defesa é encontrada, por exemplo, nos seguintes estatutos: no Estatuto Federal (Lei 8.112/90, art. 132, inciso VI); no Estatuto do Estado de São Paulo (Lei 10.261/68, art. 257, inciso V); e Estatuto do Estado do Mato Grosso (Lei Complementar nº 04/ 90, art. Art. 159, inciso VII), Estatuto do Distrito Federal (Lei Complementar nº 840/11, art. Art. 192, inciso I); e Estatuto do Estado do Mato Grosso do Sul (Lei Lei nº 1.102/90, art. 235, inciso V).

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 837.

Dentre as várias posições existentes, que vão desde uma total autonomia do Direito Administrativo Disciplinar²³ até a sua identidade substancial com o Direito Penal,²⁴ deve prevalecer o escólio de J. Cretella Júnior,²⁵ nos seguintes termos:

[...] Erro elementar de método consiste em transplantar, pura e simplesmente, para o campo do direito disciplinar as noções cristalizadas e já tradicionais no campo do direito penal, adaptando institutos deste para utilização no campo daquele.

De outro lado, os que defendem totalmente a autonomia do direito disciplinar [...] acabam por cometer o erro típico dos que tomam posições radicais, porque confundem *autonomia* com soberania, procurando inovar na reformulação dos institutos do novo ramo; jamais aceitando qualquer canalização de conceitos hauridos em outros setores da ciência jurídica, mesmo de campos afins, como é o caso do *direito penal* em relação ao direito disciplinar [...]

Um dos pontos de convergência entre as duas áreas do Direito, como se pretende demonstrar, diz respeito à finalidade das penas.

4. A finalidade das penas

A proposta de racionalização no terreno destinado à aplicação das sanções disciplinares, nos termos sugeridos no presente artigo, passa necessariamente pela clássica divisão entre as teorias que buscam definir as finalidades das penas, no âmbito do Direito Penal.

A propósito, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira reconhece que, na seara penal, há praticamente um consenso na doutrina, no sentido de apontar a existência de três teorias: *absolutas, relativas e mistas*.²⁶

Um perfunctório exame de cada uma delas se mostra adequado.²⁷

23 V.g.: Zanobini, Florian e Galdino Siqueira.

24 V.g.: Alfred Légal, Brethe de La Gressaye, Léon Duigit e Nelson Hungria.

25 JÚNIOR, J. Cretella. *Prática de Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110-111.

26 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004. p. 28.

27 Essas teorias se desdobram em várias outras que, no entanto, refogem ao presente trabalho.

As primeiras, teorias absolutas, de acordo com o referido autor, estão ligadas a mais antiga ideia de justiça, na medida em que, numa visão eminentemente aristotélica, almejam de alguma forma compensar a lesão anterior.²⁸

Esse caráter meramente retributivo, segundo María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella, é a base dessas teorias absolutas que concebem a pena como um fim em si mesma, ou seja, como ‘castigo’, ‘compensação’, ‘reação’, ‘reparação’ do delito.²⁹

A punição, nesses termos, revela-se na necessidade de que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal,³⁰ ou seja, *o mal justo oposto ao mal injusto do crime*.³¹

O caráter preventivo, por seu turno, adotado pelas chamadas teorias relativas, ao buscar uma utilidade para as sanções, baseia-se na ideia de que com a aplicação da pena o autor da infração não volte a delinquir. Desse modo, segundo Anibal Bruno, a razão de ser da pena está *na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime*.³²

Ao discorrer sobre a culpabilidade administrativa, Fábio Medina Osório, numa alusão que se faz fortemente presente no Direito Administrativo Disciplinar, assevera que esse sistema intimidatório passaria pela ideia de inevitabilidade do fato, uma vez que é válida a crença no sentido de que *o ser humano é capaz de se sentir atemorizado ante a perspectiva da sanção*.³³

28 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, *op. cit.*, p. 29.

29 TELLA, María José Falcón y Tella, TELLA, Fernando Falcón y Tella. *Fundamento e Finalidade da Sanção. Existe um direito de castigar?* Cláudia de Miranda Avena (Trad.), Luiz Flávio Gomes (Rev.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-150.

30 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Ana Paula dos Santos Luiz Natscheradetz (Trad.). Lisboa, Vega, 1998, 16.

31 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 20. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 227.

32 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 4. ed., tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 34.

33 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 374-375. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 24.

Por derradeiro, as teorias mistas, sem negar o caráter retributivo e preventivo das penas, busca a ressocialização do condenado. A respeito, E. Magalhães Noronha afirma que, a despeito de sua índole retributiva, a pena objetiva a reeducação do criminoso e a intimidação geral.³⁴

Nas palavras de Paulo José da Costa Júnior, modernamente adotou-se um posicionamento eclético, chamado de pluridimensionalismo ou *mixtum compositum*, no qual as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção.³⁵

Depreende-se, portanto, que no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, as penas corretivas, ao encontro das chamadas teorias mistas, revestem-se de forte caráter reeducativo.

Especificamente no tocante a essa categoria de penas, é correto afirmar que ao ideal da *ressocialização no âmbito do Direito Penal, equivale, na seara disciplinar, a educação e correção do servidor faltoso*.

5. A classificação das penas disciplinares e seus objetivos

No que tange às penas disciplinares, inúmeras são as classificações apresentadas pela doutrina,³⁶ nas quais é possível identificar, como ponto comum, uma clara cisão entre faltas leves e faltas graves.³⁷

Dentre as várias classificações existentes, ao presente trabalho interessa sobremaneira aquela que diferencia as chamadas penas de *ordem, morais ou corretivas, das penas expulsivas*.³⁸ Aquelas, de acordo com

34 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. p. 227.

35 JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

36 Para Cino Vitta, as penas disciplinares se dividiriam em: morais; restritivas de liberdade pessoal (militares); pecuniárias; incidentes sobre o exercício da função; e penas depurativas. Marcelo Caetano analisando-as pela *forma como atingem os servidores*, apresenta a seguinte classificação: morais; pecuniárias; profissionais e expulsivas. Para Mário Masagão, em razão do fim a que se destinam, as penas disciplinares podem ser: corretivas, expulsivas e revocatórias.

37 Essa diferenciação se encontra até mesmo em alguns diplomas legais, como, por exemplo, o artigo 188 e seguintes da Lei Complementar 840/2011 – Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais.

38 JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. p. 119.

Mário Masagão, objetivam a *emenda do infrator, enquanto estas, a eliminação do funcionário dos quadros do serviço público*.³⁹

A doutrina contemporânea também aponta diferenças significativas entre as penas disciplinares, como é o caso da classificação apresentada por Egberto Maia Luz,⁴⁰ para quem, dependendo da natureza e de acordo com a configuração dos desvios de conduta, as penas disciplinares existentes podem ser divididas em três grupos distintos, a saber: grau mínimo (advertência, repreensão e multa), grau médio (suspensão até 90 dias) e grau máximo (demissão simples, demissão qualificada e cassação da aposentadoria ou disponibilidade).

Outra classificação oportuna é apresentada por Sandro Lúcio Dezan⁴¹, que aponta a existência de faltas disciplinares de menor, de médio e de elevado potencial ofensivo à Administração Pública e aos seus fins.

No que concerne às penas expulsivas (demissão, demissão agravada e cassação de aposentadoria ou disponibilidade)⁴², dada a gravidade das faltas disciplinares que as ensejam, é fato que refogem aos limites propostos para o presente artigo.

Em contrapartida, as penas *morais*,⁴³ face à menor lesividade das condutas que as ensejam e até mesmo do perfil profissional dos servidores que nelas incidem, ocupam o cerne das propostas que serão apresentadas neste artigo.

Isso se deve ao fato de que, em alguns casos, a imposição de penas, mesmo as mais brandas, efetivamente não se coaduna com os propósitos corretivos do Direito Administrativo Disciplinar.

A propósito, Marcelo Caetano apontava, numa classificação ampla, a existência de penas corretivas e expulsivas. Dentre as corretivas havia as penas *morais, que contemplavam duas espécies: a advertência e a*

39 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. p. 230.

40 LUZ, Egberto Maia. *Sindicância e Processo Disciplinar*. São Paulo: Edipro, 1999. p. 161.

41 DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 42-43.

42 Também chamadas pela doutrina alemã de penas *depurativas*.

43 Também chamadas de penas de *ordem ou corretivas*.

*censura ou repreensão.*⁴⁴ A primeira, segundo Carlos S. de Barros Júnior, equivale ao que os italianos chamam de *ammonizione e consistia numa censura simples, de caráter de admoestação, realizada de forma verbal,*⁴⁵ enquanto a repreensão se apresentaria como uma *censura mais solene, na medida em que era feita por escrito e de forma motivada.*⁴⁶

O que realmente interessa neste trabalho é a identificação, à luz do Direito Administrativo Disciplinar, dos fins almejados por essas penas.

Nesse sentido, Mário Masagão destaca que, a despeito de algumas posições que só as justificam em razão do bom funcionamento do serviço, é inequívoco que tais sanções também visam *corrigir e melhorar a postura do servidor punido,*⁴⁷ porquanto, como corretamente acentua Francesco Piromallo, a regularidade dos serviços *pode em parte obter-se pelo melhoramento das pessoas.*⁴⁸

Acentua Carlos S. de Barros Júnior que as penas morais, em razão de serem aplicadas às hipóteses de infrações mais *leves*, influem no ânimo do servidor, chamando sua atenção para as faltas cometidas, no intuito de evitar sua repetição e obter a melhoria de sua conduta.⁴⁹

Na mesma direção, Marcelo Caetano destaca que as penas morais objetivam *excitar o brio e o amor próprio do funcionário a que o superior hierárquico chama a atenção, instigando-o a corrigir-se pelo emprego de maior zelo em sua atividade.*⁵⁰

Por seu turno, José Armando da Costa assevera que as penas corretivas objetivam a *recuperação do funcionário.*⁵¹

44 CAETANO, Marcelo. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*. p. 103.

45 JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. p. 123.

46 Idem.

47 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. p. 119.

48 PIROMALLO, Francesco. *Disciplina della Pubblica Amministrazione, in Nuovo Digesto Italiano*. vol. V, 1938, apud Carlos S. de Barros Júnior, op. cit., p. 119.

49 JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. p. 122.

50 CATETANO, Marcelo. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*. p. 103.

51 COSTA, José Armando. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 208.

O que se evidencia diante de tais ensinamentos, é a profunda afinidade que essas penas disciplinares apresentam com as teorias retratadas; máxime entre as penas morais e as teorias mistas e o seu caráter educativo ou ressocializador.

Desmistifica-se, por consequência, a máxima que atribui às sanções disciplinares apenas o caráter retributivo,⁵² porquanto é inegável que tais penas, além do caráter preventivo, apresentam forte conotação reeducativa.

Não obstante, o modelo clássico de imposição de sanções, sob a suposta observância ao princípio da indisponibilidade do interesse público, insiste na aplicação sistemática de penas, como bem acentua Izaías Dantas Freitas:⁵³

[...] Há autores que vislumbram na sanção disciplinar apenas o caráter repressivo que, por muito tempo, foi a tônica inspiradora do Direito Penal, segundo o qual a pena tem uma finalidade simplesmente retributiva. Ao servidor que infringiu a norma legal seria aplicada, como consequência lógica de sua conduta, a respectiva pena, restaurando-se, com isso, o equilíbrio funcional abalado com a transgressão. A pena não teria qualquer finalidade, senão a de buscar, por meio de sua aplicação, a equivalente compensação do bem jurídico ofendido pelo infrator, resumindo-se, assim, a um fim em si mesma.

Como se evidencia, tal pensamento está ligado ao caráter retributivo da pena, desprezando sua conotação preventiva e, principalmente nos casos de penas leves, seu caráter reeducativo.

6. As alternativas ao modelo clássico

O modelo clássico não deixa de revelar certo paradoxo, na medida em que, a despeito da clara conotação reeducativa das penas morais,

52 Celso Antonio Bandeira de Mello exalta o caráter preventivo das penas administrativas, negando qualquer sentido de causar aflição ou mal (*Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 836).

53 FREITAS, Izaías Dantas, *A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/455/r141-10.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

insiste em adotar um sistema unilateral e imperativo, à semelhança das características apontadas anteriormente pelas teorias absolutas. A respeito, Juliana Bona Corsi de Paula obtempera:⁵⁴

O recurso ao clássico esquema de atuação administrativa por meio de atos unilaterais, cunhados no exercício da prerrogativa imperativa, parece não mais dar conta do satisfatório exercício dos deveres cometidos à Administração Pública. A complexidade do atual Direito Administrativo coloca em xeque respostas binárias do tipo ‘*proibido – permitido*’ a algumas situações concretas, como nos casos de conflito entre Administração Pública e administrado, as quais poderiam ser melhor conformadas com *acordos* que valorizam decisões mais consentâneas às especificidades do caso [...].

Nesse contexto, se mostra imprescindível ampliar as opções à disposição do administrador, para que os objetivos traçados pelo Direito Administrativo Disciplinar venham a ser eficazmente alcançados. É dizer, se mostra imperativo que as penas morais passem a ter um tratamento diferenciado, o que, em alguns casos, desencadearia uma atuação consensual por parte da Administração Pública.

Essa opção pela consensualidade, que vai ao encontro de princípios como o interesse público, a razoabilidade, a eficiência e a celeridade, notadamente ao arrefecer o caráter eminentemente litigioso que se apresenta em praticamente todos os procedimentos disciplinares, seguramente representará uma ferramenta muito mais eficaz na busca do aperfeiçoamento do serviço público.

7. A indisponibilidade do interesse público

Um dos maiores óbices para a implantação de uma consensualidade – regrada – no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar consiste, segundo alguns, na *indisponibilidade do interesse público*.

54 PAULA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca que *em razão da indisponibilidade do interesse público, às pessoas administrativas não é dado o poder de dispor sobre interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Por conta de não dispor dos interesses cuja guarda lhes é atribuída pela lei, a Administração não poderá deixar de exercê-los, sob pena de ser responsabilizado pela omissão.*⁵⁵

Ao examinar o chamado *dever de sancionar*, Celso Antonio Bandeira de Mello,⁵⁶ em lição que se aplica integralmente às faltas disciplinares consideradas graves, assevera:

Uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não o ato.

É necessário acentuar que tal regra não é absoluta e, dependendo da situação apresentada, pode comportar exceções, como expressamente prevê o Decreto 2.328/14, que instituiu o termo de compromisso de ajustamento de conduta como solução alternativa a incidentes no âmbito do poder Executivo do Estado de Mato Grosso.⁵⁷

O referido Diploma Legal, de forma expressa, ressalta que o Direito Disciplinar recepciona o princípio da discricionariedade da ação disciplinar, pelo qual o gestor pode encontrar soluções alternativas que atendam ao fim do controle da disciplina.

A respeito do tema, o Pretório Excelso assim se pronunciou:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a so-

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 98.

56 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. p. 850.

57 Legislação que será examinada mais adiante.

lução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (g.n.)

Supremo Tribunal Federal, RE 253885 / MG – Minas Gerais, Relatora, Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 04/06/2002.

Ademais, caso se proceda à alteração legislativa proposta neste artigo, o administrador não estaria afrontando tal princípio, porquanto agiria nos estritos limites impostos pela lei.

8. A pena mínima e suas deletérias consequências

A aplicação de qualquer reprimenda, como é consabido, num contexto de litigiosidade acentuado, geralmente desencadeia naquele que é punido um sentimento de absoluto inconformismo.

Há inúmeras situações em que a pena, mesmo a mínima prevista em lei⁵⁸, além da natural heterodoxia, gera revolta e principalmente desmotivação ao funcionário punido, atuando, na prática, como verdadeira antítese daqueles objetivos das penas morais anteriormente retratados.

São incontáveis os casos em que servidores públicos primários e sem qualquer antecedente desabonador, por conta de um *deslize* mínimo, decorrente de falta levíssima, se vê processado e ao final condenado.

Não bastasse a terrível pecha de *condenado*,⁵⁹ em muitas legislações essa condenação leva à perda de benefícios como, por exemplo, a licença-prêmio.

O resultado prático dessas posturas, invariavelmente, é o desânimo, o abatimento, que acaba por refletir no desempenho do servidor, com o comprometimento para com o serviço público por ele prestado.

58 V.g. *repreensão ou advertência*.

59 Para alguns, a simples instauração de uma sindicância já representa mácula inaceitável.

O paradoxo é evidente, sobretudo porque, como ficou demonstrado, tais faltas deveriam desencadear medidas que aprimorassem o servidor.

9. A consensualidade no Direito Administrativo Disciplinar

De acordo com expressa previsão inserta no preâmbulo da Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a solução pacífica de conflitos.⁶⁰

Não se pode olvidar – aquilo que com muita propriedade dispõe a legislação do Estado do Mato Grosso⁶¹ – que o Direito Disciplinar não se acha adstrito apenas à lei, mas é formado por princípios próprios, cuja finalidade precípua é o aprimoramento do servidor e sua melhoria.

Não obstante, sob a égide de princípios como o da indisponibilidade do interesse público, insiste-se numa cultura repressiva que parte da equivocada premissa de que no caso de faltas leves, envolvendo servidores primários e sem antecedentes desabonadores, apenas a punição atenderá às finalidades corretivas anteriormente apontadas.

Outro fator que não pode passar despercebido é o custo de um procedimento disciplinar que, em muitos casos supera significativamente o prejuízo causado pela falta disciplinar (por exemplo, nos casos de colisão de veículos, decorrentes de culpa leve e prejuízos de pequena monta).⁶²

Esse cenário tem levado inúmeros entes federativos a buscar alternativas consensuais que, nos limites impostos para as penas morais, propiciam o aprimoramento dos serviços públicos.

Algumas dessas experiências merecem registro.

60 PREÂMBULO “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

61 Lei Complementar 04/90 e Decreto 2.328/14.

62 Apenas a título de ilustração, os gastos com o deslocamento de testemunhas de defesa para a Capital (diárias e passagens), na sindicância nº 340/2013 (Comarca de Valparaíso/SP), atingiram o montante de R\$ 7.030,29 (sete mil e trinta reais e vinte e nove centavos).

a. Estado de Minas Gerais

No Estado de Minas Gerais, o Decreto 46.906, de 16 de dezembro de 2.015, com base no disposto no art. 2º, da Lei 14.184/02, instituiu o Ajustamento Disciplinar no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, medida alternativa à eventual instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar e à aplicação de penas de repreensão e de suspensão.

É necessário ressaltar que o aludido Termo de Ajustamento Disciplinar (TAD), cuja finalidade é cientificar o servidor sobre a irregularidade de sua conduta e dele obter o comprometimento de se ajustar aos deveres e responsabilidades previstos na legislação vigente, pode abranger tanto sindicâncias quanto processos administrativos.

Extremamente importante, dentro das premissas até aqui lançadas, são os objetivos do mencionado termo, explicitamente transcritos no art. 4º do referido Diploma Legal; *in verbis*:

- *recompor a ordem jurídico-administrativa;*
- *reeducar o agente público para o desempenho de suas atribuições;*
- *possibilitar o aperfeiçoamento do agente público e do serviço público;*
- *prevenir a ocorrência de novas infrações administrativas;*
- *promover a cultura da conduta ética e da licitude.*

*Como restou demonstrado, esses fins são muito mais factíveis em uma atuação consensual, do que sob a constante ameaça de sanção*⁶³.

Para que o servidor tenha o direito ao benefício, de acordo com o art. 6º, da mencionada legislação, é necessária a observância dos seguintes requisitos:

- inexistência de dolo ou má-fé por parte do agente público;
- histórico funcional favorável;

63 Tal qual a espada de Dâmocles em Siracusa.

- inexistência de prejuízo ao erário;⁶⁴
- inexistência de sindicância ou processo administrativo disciplinar em andamento para apurar infração;
- a solução mostrar-se razoável ao caso concreto.

É importante ressaltar, notadamente para aqueles que possam encontrar algum indício de impunidade em tal acordo, que durante o prazo estipulado no TAD, a chefia imediata acompanhará tanto o cumprimento dos termos do ajustamento disciplinar por parte do agente público quanto seu desempenho.

Ao término do período de duração do TAD, desde que o mesmo transcorra de forma indene, proceder-se-á à extinção da punibilidade.

b. Estado de Santa Catarina

No Estado de Santa Catarina, o Estatuto Jurídico Disciplinar no âmbito da Administração Direta e Indireta, a Lei Complementar 491, de 20 de janeiro de 2010, em seus artigos 9º e seguintes, prevê o chamado Termo de Ajustamento de Conduta Administrativa (TAC).

Esse Termo de Ajustamento de Conduta, em consonância com o art. 9º, da referida legislação, é aplicado como medida alternativa ao procedimento disciplinar e incide sobre infrações puníveis com repreensão verbal ou escrita, advertência ou suspensão de até 15 (quinze) dias.

Na aceitação desse Termo, o servidor será cientificado dos deveres e das proibições impostas, comprometendo-se em observá-los no seu exercício funcional.

De acordo com o disposto no art. 10 da mencionada norma, para que o servidor seja merecedor do benefício, deverá observar os seguintes requisitos:

- I - inexistência de dolo ou má-fé na conduta do servidor infrator;
- II - inexistência de dano ao erário ou prejuízo às partes, ou uma vez verificado, ter sido prontamente reparado pelo servidor;

64 Prejuízo igual ou inferior a 5.500 unidades fiscais do Estado de Minas Gerais.

III - que o histórico funcional do servidor lhe abone a conduta precedente; e

IV - o servidor não poderá estar em estágio probatório.

Não havendo qualquer assunção de culpa, a única consequência da celebração do Termo será a impossibilidade de realização de novo acordo nos três anos subsequentes, conforme estabelece o parágrafo único do art. 10, da norma em comento.

c. Estado de Mato Grosso

No Estado do Mato Grosso, numa posição de vanguarda no cenário nacional, o Decreto 2.328, de 29 de abril de 2014,⁶⁵ dispõe sobre a adoção do termo de compromisso de ajustamento de conduta como solução alternativa a incidentes disciplinares.

O instituto seria aplicável, preenchidos os requisitos legais, nos casos de faltas disciplinares punidas com repreensão e suspensão até quinze dias.

Ressalte-se que a aludida norma, que se destaca no cenário nacional, estabelece expressamente que, para ser eficaz, o controle da disciplina deve ser constituído de mecanismos adequados, uma vez que a finalidade é a garantia da ordem e da justiça, visando atender ao interesse público.

Outro aspecto expressamente reconhecido, numa clara alusão ao princípio da razoabilidade,⁶⁶ consiste na necessidade de desburocratização

65 Com base na Lei Complementar 04/1990.

66 A respeito, Odete Medauar assinala: *alguns autores pátrios separaram 'proporcionalidade' e 'razoabilidade'. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras [...]. Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo o critério de razoável adequação dos meios aos fins (Direito Administrativo Moderno. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133).*

por meio de eliminações de controle, cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional ao benefício.

A referida norma também faz menção ao fato de o Direito Disciplinar não se achar adstrito apenas à lei, mas formado por princípios próprios, cuja finalidade precípua é o aprimoramento do servidor e a melhoria do serviço.

A norma, em seu artigo 2º, expressamente indica o propósito de reeducação do servidor; no que se aproxima das teorias mistas do Direito Penal.

Condutas revestidas de má-fé e funcionários com histórico funcional desabonador estão automaticamente alijados do termo de ajuste de conduta.

Noutra medida que vai de encontro ao modelo clássico, a Instrução Normativa Auditoria Geral do Estado nº 01, de 14 de novembro de 2012 prevê, para os casos de extravio ou dano a bem público, que implicar pequeno valor, a possibilidade de a apuração do fato ser realizada por meio de um Termo Circunstanciado Administrativo.⁶⁷

Merece registro, também, a Orientação Técnica nº 02/14, na qual são ressaltadas a racionalidade e a agilidade, que propiciam uma justiça consensual e despenalizadora, apartando-se incidentes disciplinares de menor potencial ofensivo dos incidentes de alta lesividade.⁶⁸

d. Estado de Tocantins

No Estado do Tocantins, um dos precursores da solução pacífica de conflitos na seara disciplinar, a consensualidade se acha prevista no próprio Estatuto dos Servidores Civis, Lei 1.818, de 23 de agosto de 2007.

A propósito, ao dispor sobre o regime disciplinar, o art. 147 prevê a elaboração de um termo de compromisso de ajuste de conduta, sempre que a infração disciplinar, no seu conjunto, revele a ausência de efetiva

67 DOE 23.11.2012. Disponível em: <www.auditoria.mt.gov.br>.

68 Auditoria Geral do Estado/MT. Ouvidoria – Auditoria – Controle – Corregedoria.

lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.

Estão excluídos do instituto, a exemplo de outras legislações apontadas, condutas revestidas de dolo e má-fé, bem como servidores com histórico funcional desfavorável.

Ressalta-se que, mais uma vez em clara alusão às teorias mistas, o art. 148 anuncia que a medida, alternativa ao procedimento disciplinar e à punição, visa a reeducação do servidor e este, ao firmar o termo de compromisso de ajuste de conduta, espontaneamente, deve estar ciente dos deveres e das proibições, comprometendo-se, doravante, em observá-los no seu exercício funcional.

Totalmente oportuna a determinação contida no art. 150, no sentido de que o compromisso firmado com o servidor perante a Comissão Permanente ou Especial deve ser acompanhado de advogado.⁶⁹

e. Município de Belo Horizonte

Em Belo Horizonte a Lei Ordinária 10.700/14, que procedeu a alterações na Lei 7.169/96, em seu artigo 216, inciso IX, insere entre as atribuições do Corregedor Geral do Município, a possibilidade de oferecer ou cassar Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar – Suspad, bem como declarar extinta a punibilidade após o cumprimento, pelo beneficiário, de suas condicionantes.

O Decreto 15.897/15 definiu critérios para a aplicação do instituto.

De acordo com o art. 4º do referido decreto, poderão ser estabelecidas pelo Corregedor-Geral do Município as seguintes condições à Suspad, adequadas ao fato e à situação pessoal do agente público, a serem cumpridas, isolada ou cumulativamente:

I - comparecimento bimestral na sede da Corregedoria-Geral do Município, para apresentar atestado firmado pela chefia imediata, referendada pelo Secretário Municipal imediato, ou pelo exercente de cargo equiparado, a que se vincule o agente público, que certificará:

69 Visão eminentemente garantista, máxime diante da Súmula Vinculante nº 5.

a) o cumprimento dos deveres previstos no art. 183 da Lei nº 7.169/96 e o não cometimento de infração disciplinar prevista nos artigos 184 e/ou 199 do mesmo diploma legal;

b) o desempenho satisfatório das principais atribuições que lhe forem conferidas;

II - reparação do dano, quando houver, com a devolução dos valores indevidamente auferidos;

III - renúncia de direitos, tais como vantagens pecuniárias e alterações funcionais.

Dada a extensão do instituto, que a princípio pode ser aplicado tanto no caso de sindicâncias quanto nas hipóteses de processos administrativos, o art. 5º do referido decreto veda sua aplicação nos seguintes casos:

I - quando o agente público tiver sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos;

II - durante o cumprimento de outra Suspensão pelo agente público;

III - durante o dobro do prazo da Suspensão que o agente público já tiver gozado, contado a partir da declaração da extinção da punibilidade;

IV - nos casos de condenação criminal transitada em julgado, de que trata o art. 200 da Lei nº 7.169/96;

V - quando as infrações disciplinares corresponderem a crimes contra a Administração Pública;

VI - quando as infrações disciplinares corresponderem a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano;

VII - quando as infrações disciplinares corresponderem a atos de improbidade administrativa;

VIII - nos casos de abandono de cargo, função ou emprego;

IX - nos casos de acúmulo ilícito de cargos públicos, funções ou empregos.

O procedimento disciplinar, caso o servidor aceite as condições propostas, ficará suspenso por um período que será de 06 (seis) meses

a 04 (quatro) anos, conforme a natureza e a gravidade da infração disciplinar.

Curioso observar que, nos termos do art. 8º, o servidor público poderá, a seu critério, e a qualquer tempo, durante o cumprimento da Suspad, solicitar o seu cancelamento.

f. Ministério da Justiça e Cidadania – Departamento Penitenciário

Poder-se-ia citar, em reforço, a Portaria 863/16, que instituiu o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional.

Ocorre que essa iniciativa se materializou por intermédio de uma Portaria, o que vai de encontro ao ordenamento jurídico vigente.

g. Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, na área disciplinar, não havia qualquer disposição legal que adotasse em procedimentos administrativos disciplinares uma decisão consensual.

Contudo, no ano de 2015, a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (Lei Complementar 1.270, de 25 de agosto de 2015), nos casos de faltas punidas com pena de repreensão, passou a prever que na portaria de instauração da sindicância, o Corregedor Geral proporá ao Procurador do Estado acusado a suspensão do procedimento pelo prazo de 1 (um) ano, desde que não tenha sido apenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos.

A esse instituto dá-se o nome de Suspensão Condicional da Sindicância Punitiva – SUSCONSIND.

10. A SUSCONSIND

A título de *lege ferenda*, com base na doutrina apresentada, sugere-se a implantação de um instituto que possa atender aos interesses da Administração Pública e, ao mesmo tempo, não prejudicar os servidores acusados de faltas leves.

A pertinência desse instituto, contudo, implica perfunctório exame da real situação vivenciada atualmente pelo Direito Administrativo Disciplinar no Estado de São Paulo.

Nesse terreno é inegável que na última década a Administração Pública evoluiu sensivelmente.

Das antigas Comissões Processantes Permanentes às atuais Unidades Disciplinares, verifica-se um progresso significativo, cujo primeiro passo foi a criação da Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.⁷⁰

Na sequência, com a promulgação da Lei Complementar 1.183/12, foi criada a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares – PPD.

Como é consabido, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares tem como atribuição legal realizar procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da administração direta e autárquica.

Esse universo abrange aproximadamente 400.000 (quatrocentos mil) servidores públicos e empregados da administração indireta e autarquias.⁷¹

Para atender à demanda, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares dispõe de 12 (doze) Unidades Disciplinares, cada uma delas composta por um Procurador do Estado Presidente e, em regra, dois assistentes.

Evidencia-se, por certo, uma excessiva carga de trabalho que, por consequência, tem reflexos na duração dos procedimentos disciplinares.

O modelo legislativo atual, como restou demonstrado, não mais atende aos fins que se propõe, impondo-se a necessidade de se encontrar novos caminhos para assegurar o indene desenvolvimento do serviço público.

70 Decreto 54.050/09.

71 De um total de 620.000, estão excluídos policiais civis e militares, defensores públicos e universidades. Números aproximados.

Adotando-se uma postura eminentemente racional, atualmente não há como sustentar um sistema calcado exclusivamente na aplicação sistemática de sanções. O significativo grau de litigiosidade que se tem verificado no transcurso dos procedimentos disciplinares, em contraste com a aludida solução pacífica de conflitos apreçada no preâmbulo da Constituição Federal, enseja detida reflexão.

Adverte Fábio Medina Ozório, ao se referir ao Direito Administrativo Sancionador, que *não tem havido uma teorização adequada, embora seja usual, comum e rotineira a utilização desse ramo jurídico como forma de coibir comportamentos danosos*. Aliás, essa lacuna, ainda segundo o autor, vem gerando prejuízos de toda espécie e contribui para a desmoralização dos chamados sistemas de controle interno.

A rigor, nas hipóteses de faltas leves, exige-se uma resposta que atenda não só aos interesses da Administração Pública, como também aos anseios de seus servidores (algo similar ao *mutualismo*), sobretudo porque, a se manter uma relação de *amensalismo*, os nobres fins almejados restarão comprometidos.⁷²

Daí a necessidade imediata de se discutir acerca da implantação da SUSCONSIND.

11. Da alteração legislativa

Como restou consignado, a implantação da SUSCONSIND depende de alteração legislativa, a qual deverá estabelecer os parâmetros para sua implantação no Direito Administrativo Disciplinar no âmbito do Estado de São Paulo.

Nunca é demais lembrar que, conforme enfatiza Antonio Carlos Alencar Carvalho, tanto a União quanto os Estados e os Municípios possuem poder legiferante para instituir o regime jurídico que entenda mais adequado ao seu próprio funcionalismo.

De fato, em consonância com o escólio de Hely Lopes Meirelles, as normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais e

72 Termos extraídos da Biologia.

municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos seus respectivos Municípios.

Nem por isso as legislações de outros Estados e Municípios deixariam de servir de parâmetro, máximo quando traduzem um movimento que busca alcançar maior eficiência e celeridade para os procedimentos disciplinares.

Não se tem, contudo, a veledade de apontar todos os requisitos a serem observados na constituição da SUSCONSID. Todavia, alguns pontos merecem perfunctória apreciação; são eles:

a. Âmbito de aplicação

Como se pode observar, as legislações que adotam medidas de caráter consensual, em regra, aplicam termos de ajustamento de condutas a faltas punidas com repreensão e suspensão.

No Estado do Mato Grosso, o Termo de Compromisso de Ajuste de Condutas é aplicável a faltas punidas com repreensão e suspensão até quinze dias.

No Estado de Minas Gerais, o Termo de Ajustamento Disciplinar é cabível nos casos de faltas punidas com repreensão e com suspensão.

No Estado de Santa Catarina, são abrangidas pelo Termo de Ajustamento de Condutas, faltas disciplinares passíveis de repreensão verbal ou escrita, advertência ou suspensão até quinze dias.

No Estado de Tocantins, o Termo de Ajuste de Conduta será proposto ao servidor, respeitado os requisitos legais, quando a infração administrativa disciplinar, no seu conjunto, apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.

No Município de Belo Horizonte, a Suspensão Condicional do Processo Administrativo Disciplinar – SUSPAD, embora mais abrangente, impõe uma série de restrições.

No Estado de São Paulo, a suspensão prevista na Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado destina-se apenas a faltas punidas com repreensão.

Nada impede, contudo, que em caráter excepcional, respeitados critérios de razoabilidade devidamente motivados, a proposta inclua faltas punidas com suspensão.

Destaque-se que, a exemplo das demais legislações retratadas, a aceitação da SUSCONSIND não consistiria em assunção de culpa e a única consequência para o servidor seria a impossibilidade da celebração de novo acordo num prazo a ser estipulado (por exemplo, nos três anos subsequentes à extinção da punibilidade).

b. Requisitos

A exemplo de outras legislações, o servidor não poderá ter agido com má-fé ou dolosamente e deverá ter um histórico funcional sem condenações anteriores.

Ademais, não poderá realizar a SUSCONSIND, caso dela tenha se utilizado nos últimos três anos.

c. Autoridade competente para a proposta

No Estado de São Paulo, a exemplo do Rio Grande do Sul, a condução dos procedimentos disciplinares compete à Procuradoria Geral do Estado.

Essa opção, que garante maior imparcialidade, autonomia e independência na condução de tais procedimentos, dado seu caráter eminentemente jurídico, sugere que institutos como a SUSPAD venham a ser propostos pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

A adoção desse formato se mostrará extremamente relevante, especialmente no caso de faltas punidas com suspensão, porquanto caberá ao Procurador do Estado Presidente da Unidade Disciplinar, avaliar critérios de merecimento (*v.g.* montante do prejuízo causado, grau de culpa, razoabilidade da medida, danos para a imagem da Administração, prejuízo para o desenvolvimento do serviço público).

d. Prazo de suspensão – período de prova

O estabelecimento de prazos é procedimento de relevância ímpar, visto que durante o período de suspensão da sindicância, o servidor estará sujeito ao cumprimento de uma série de condições.

Para faltas punidas com repreensão, a princípio, se mostra razoável algo em torno de um a dois anos.

No caso de faltas punidas com suspensão, dado o caráter excepcional da medida, tais prazos deverão ser mais dilatados.

e. Condições

É na definição das condições a serem impostas que reside o maior benefício para a Administração Pública.

A reparação do dano, a assiduidade e a frequência regular são condições objetivas, que podem/devem ser acompanhadas pela chefia imediata do servidor e repassadas bimestralmente para a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

Impende observar que, em decorrência do perfil dos servidores beneficiados pela SUSCONSIND, na maior parte dos casos, as condições acordadas com a Administração Pública não trarão significativas mudanças comportamentais.

f. Outras condições

Em razão dos inúmeros precedentes que apontam o envolvimento de servidores públicos com álcool e outras drogas, seria extremamente salutar, a exemplo do disposto no art. 45, § 2º, do Código Penal, a previsão de aplicação de outras condições (*v.g.* frequência em grupos de alcoólicos anônimos).

g. Extinção da punibilidade

Ao término do prazo de suspensão, não havendo qualquer intercorrência, haveria a extinção da punibilidade.

12. Conclusão

Ao vivenciar o cotidiano da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, com seus milhares de dramas envolvendo uma relação conflituosa entre a Administração Pública e seus servidores, relação esta que, a princípio, deveria ser harmoniosa, emerge uma sensação de impotência e indignação.

Numa lição originalmente direcionada ao Direito Penal, mas que tem plena aplicação ao Direito Administrativo Disciplinar, a História já sedimentou o entendimento de que *quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil*.⁷³

Independentemente do desfecho absolutório ou condenatório, é fato que a decisão dos procedimentos disciplinares deve ser apresentada dentro de um prazo razoável; tarefa hercúlea, máxime em decorrência da sensível carência de recursos humanos (em flagrante contraste com uma demanda que só se agiganta).

Não se pode em momento algum olvidar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LXXVIII, a despeito de assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, condiciona tal disposição à disponibilidade de *meios* que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse cenário, a exemplo do novo Código de Processo, as vias conciliatórias, sempre que possível, devem ser incentivadas.

Aliás, a busca incessante por alternativas que se mostrem viáveis e diminuam a morosidade no trâmite dos procedimentos disciplinares, encontra expressa previsão no art. 1º, da Lei Complementar 1.183/12, ao dispor que compete à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares o *estudo, a elaboração e a proposição de medidas para o aprimoramento da celeridade, da eficácia e da segurança dos procedimentos disciplinares*.

A SUSCONSIND, num terreno que diminui a litigiosidade tão frequente nesses procedimentos, é medida que vai ao encontro desses objetivos.

73 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Trata-se, na realidade, de um benefício que se estende tanto ao servidor quanto à Administração Pública.

Interessa ao servidor, porquanto, sem qualquer assunção de culpa ou perda em seus vencimentos, poderá manter seu equilíbrio e continuar a prestar um serviço de qualidade.

Interessa à Administração, na medida em que, vinculado às condições assumidas no acordo efetivado, esse servidor empreenderá todos os esforços para se fazer merecedor da confiança nele depositada.

O quadro atual, dentro dos recursos disponíveis, exige a adoção de meios alternativos, numa concepção que, sem abrir mão do poder disciplinar, nos termos do magistério de Norberto Bobbio, impõe ao Estado uma postura muito mais propensa *a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império*.⁷⁴

Ao término dessas despreziosas ideias submetidas à apreciação e reflexão por parte daqueles que se dedicam ao Direito Administrativo Disciplinar, fica a lição de Mário Sérgio Cortella;⁷⁵ *in verbis*:

Se você não tem medo do ‘mesmo’, é melhor começar a ter. Você, gestor de pessoas, negócios e processos, tenha muito medo do mesmo. Mais do mesmo o tempo todo. Tem gente que não consegue avançar em direção ao futuro e acaba ficando com um grande passado pela frente [...].

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BLAZECK, Luiz Maurício Souza; PAGLIONE, Eduardo Augusto (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Lantin, 2014.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

⁷⁵ CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a tua obra? Inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 24. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2016. p. 73.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 4. ed., tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAETANO, Marcelo. *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964.

CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a tua obra? Inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 24. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Izaías Dantas. *A finalidade da pena no Direito*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/455/r141-10.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

JÚNIOR, J. Cretella. *Prática de Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004.

- LUZ, Egberto Maia. *Sindicância e Processo Disciplinar*. São Paulo: Edipro, 1999.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Processo Administrativo Disciplinar: aspectos atuais*. Cultural Paulista, 1998. p. 387.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 20. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1982.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PAULA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- PIROMALLO, Francesco. *Disciplina della Pubblica Amministrazione, in Nuovo Digesto Italiano*. vol. V, 1938, *apud* Carlos S. de Barros Júnior, obra citada.
- RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones Administrativas*. Bolonia Studio Albornatiana, Publicaciones Del Real Colegio de España, 1989.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Ana Paula dos Santos Luiz Natscheradetz (Trad.). Lisboa, Vega, 1998.
- TELLA, María José Falcón y Tella; TELLA, Fernando Falcón y Tella. *Fundamento e Finalidade da Sanção. Existe um direito de castigar?* Cláudia de Miranda Avena (Trad.), Luiz Flávio Gomes (Rev.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITTA, Cino. *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*. Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, 1964.

Licença-saúde e exercício de atividade remunerada

Eraldo Ameruso Ottoni¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Concessão da licença-saúde; 3 – Fiscalização da licença-saúde concedida; 4 – Intepretação do artigo 187; 4.1 – Fraude na obtenção da licença; 4.2 – Deslealdade do servidor diante da ocultação de capacidade laborativa preservada, ainda que parcialmente; 4.3 – Ausência de infração disciplinar se não comprovada incompatibilidade das limitações embasadoras da licença com a atividade exercida; 5 – Tratamento do tema no âmbito da previdência social; 6 – Postura atual da Administração; 7 – Análise crítica; 8 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A concessão de licença-saúde no âmbito da Administração Pública estadual tem números que impressionam. O jornal O Estado de São Paulo, em matéria publicada no dia 24 de março de 2016, noticiou que somente no âmbito da Secretaria de Estado da Educação são concedidas 372 licenças médicas por dia, licenças que no ano de 2015 atingiram, nessa Secretaria, o montante de 136.000, num universo estimado, àquela época, de 220.000 docentes.² No texto da matéria consta que:

[...] os dados foram obtidos pela reportagem por meio da Lei de Acesso à Informação. A carreira docente, segundo especialistas, é considerada

1 Procurador do Estado de São Paulo. Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-da-a-professores-372-licencas-por-dia-27-por-transtornos-mentais,10000022938>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

estressante por más condições de trabalho – alta carga horária, conflitos com os alunos e acúmulo de mais de um emprego. O problema cria um desafio para o governo do Estado, que precisa substituir os afastados constantemente para manter as aulas.

Esse expressivo número de licenças impacta a continuidade do serviço público, trazendo ainda outro problema para a Administração, agora no campo funcional do servidor licenciado. É que, para além da situação de mais de um emprego, que se verifica igualmente em outras categorias do funcionalismo, havendo ainda possibilidade de acúmulo de cargos, empregos e funções na própria Administração Pública, consoante disposição do art. 37, inc. XVI, da Constituição Federal³, surge também um desafio quando se detecta que o servidor afastado em gozo de licença-saúde está exercendo outra atividade remunerada, trabalhando regularmente em outro emprego, ainda que no âmbito da iniciativa privada, cargo ou função pública, em contrariedade ao que dispõe o art. 187, da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo).

Dispõe o artigo 187 do Estatuto que:

O funcionário licenciado nos termos dos itens I e II do art. 181⁴ não poderá dedicar-se a qualquer atividade remunerada, sob pena de ser cassada a licença e de ser demitido por abandono do cargo, caso não reassuma o seu exercício dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

Os desafios que a aplicação do art. 187 traz, pese embora o longo tempo de vigência da norma que ele reproduz⁵, não estão totalmente superados. O momento e o modo de exercício do dever-poder de cassação da licença concedida ainda não encontraram solução que

3 Segundo o qual é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, exceto quando houver compatibilidade de horários: a de dois cargos de professor, a de um cargo de professor e outro técnico ou científico, e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

4 Licença para tratamento de saúde e licença em virtude de acidente no exercício das atribuições ou por doença profissional, respectivamente.

5 Dispunha o art. 155, § 2º, do Decreto-Lei Estadual nº 12.273, de 28 de outubro de 1941 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo), que “o funcionário licenciado para tratamento de saúde não poderá dedicar-se a qualquer atividade remunerada, sob pena de ter cassada a licença e de ser demitido por abandono do cargo”.

concilie o respeito aos direitos do servidor com os interesses da Administração Pública no aproveitamento da força de trabalho que emprega para prestar seus serviços.

As consequências do exercício da atividade remunerada durante a fruição de licença-saúde também merecem maior reflexão, marcadamente sob o ponto de vista da tipificação de eventual falta disciplinar e de sua(s) repercussão(ões), para que possa ser respondida a seguinte pergunta: a cassação da licença esgota a resposta da Administração ao exercício concomitante de atividade remunerada ou há, também, infração do servidor a ser sancionada com pena disciplinar?

Este artigo tem por objetivo a análise das normas legais e regulamentares que tratam da concessão da licença-saúde, bem assim dos principais pareceres da Procuradoria Geral do Estado, marcadamente da Procuradoria Administrativa (PA) e da então Assessoria Jurídica do Governo (AJG)⁶. Serão analisadas também as normas que tratam do tema do auxílio-doença no âmbito da Previdência Social, para efeito de comparação e porque há servidores estaduais vinculados a este sistema.

2. Concessão da licença-saúde

Para melhor compreensão do tema é necessário, preliminarmente, fazer breve incursão pelas normas legais que regem a concessão da licença-saúde.

Nos termos do art. 191, *caput*, do Estatuto dos Servidores, será concedida licença ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o exercício do cargo, até o máximo de 4 (quatro) anos,⁷ com vencimento ou remuneração. Ainda nos termos do Estatuto,

6 Atualmente Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado, a teor do art. 9º, inc. I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, mantido o mesmo acrônimo e, no que toca aos processos disciplinares, as mesmas funções.

7 No Estatuto dos Servidores Públicos Federais o prazo máximo é de 02 (dois) anos, a teor do art. 188, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90, segundo o qual “a aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses”. Idêntico prazo pode ser encontrado em outros Estados, a exemplo do Tocantins (art. 92, da Lei Estadual nº 1.818, de 23 de agosto de 2007 – Estatuto dos Servidores Públicos Cívicos) e de Minas Gerais (art. 13, *caput*, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25.03.2002, que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos

agora em seu artigo 192, a licença para tratamento de saúde depende de inspeção médica, sendo concedida a pedido do funcionário ou de ofício.

Até o advento da Lei Complementar Estadual nº 1.196, de 27 de fevereiro de 2013, a inspeção médica era realizada em órgão oficial, conforme redação primitiva do art. 193, *caput*. Com as alterações introduzidas no Estatuto por esta Lei, a inspeção médica pode ser dispensada, a critério do órgão oficial, quando a análise documental for suficiente para comprovar a incapacidade laboral, observado o estabelecido em decreto (art. 193, § 1º), ou nas licenças de curta duração, também conforme estabelecido em decreto (art. 193, § 3º).

O órgão encarregado de realizar perícias médicas nos funcionários e servidores civis para fins de licença para tratamento de saúde, licença ao funcionário ou servidor acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de moléstia profissional é, nos termos do art. 5º, inc. III, do Decreto Estadual nº 29.180, de 11 de novembro de 1988 (Regulamento de Perícias Médicas), o Departamento de Perícias Médicas (DPME), órgão atualmente vinculado à Secretaria de Planejamento e Gestão.⁸

Nos termos do art. 202, da Lei Complementar Estadual nº 180, de 12 de maio de 1978, o Poder Público poderá manter convênios com instituições médicas para fins de concessão de licença-saúde, podendo ainda credenciar profissionais para a realização de perícias e exames médicos, tudo consoante disciplina estabelecida em Decreto.

O breve exposto já permite que se analise e se decomponha o ato de concessão da licença-saúde, inequivocamente um ato administrativo, nos termos de seus requisitos. Cinco são os requisitos do ato administrativo tradicionalmente apontados pela doutrina: *sujeito, conteúdo (ou objeto), forma, motivo, finalidade*. Vejamos como se apresentam tais requisitos no que toca ao ato concessivo de licença-saúde:

Servidores do Estado de Minas Gerais). Em São Paulo o Regime Próprio de Previdência dos Servidores foi instituído pela Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, nada dispondo sobre o tema.

8 O DPME foi criado como órgão da Secretaria da Saúde, à qual ficou vinculado até o advento do Decreto Estadual nº 52.724, de 15 de fevereiro de 2008, que o transferiu para a Secretaria de Gestão Pública.

1. sujeito: é “aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”.⁹ Tratando-se de concessão de licença-saúde, o agente competente para a prática do ato é o perito médico classificado no DPME. Ainda que a perícia ou exame seja realizado por médico ou clínica credenciada, o ato concessivo é sempre de atribuição de servidor do DPME.

2. conteúdo ou objeto: encontra-se na doutrina distinção entre estes dois conceitos. O conteúdo do ato é entendido por alguns como o efeito prático que dele decorre, enquanto o objeto seria a relação jurídica a que o ato se refere.¹⁰ O ato que concede licença-saúde tem por conteúdo o afastamento de determinado servidor do trabalho.

3. motivo: “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”.¹¹ O pressuposto de fato da licença-saúde é a incapacidade laborativa decorrente de uma enfermidade, física ou mental. Não é a doença em si,¹² mas sim os efeitos que ela projeta na capacidade de trabalho daquele a quem comete.

Enquanto o DPME esteve vinculado à Secretaria da Saúde houve a publicação, pela Imprensa Oficial do Estado, de livro intitulado “Perícia Médica – Normas e Orientações”. Dentre os inúmeros e oportunos ensinamentos ali constantes, vale destacar o seguinte:

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

9 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23. ed. Editora Atlas. p. 203.

10 “Alguns autores sugerem que se considere objeto a relação jurídica a que o ato se refere (p. ex., a exoneração de servidores), e conteúdo, aquilo que, concretamente, o ato dispõe (p. ex., exoneração de fulano e beltrano, que são os servidores). Mas é difícil separar e distinguir esses conceitos: não estaríamos mentindo se afirmássemos que o objeto é o efeito prático que se pretende alcançar, ou, mesmo, é a própria substância do ato, seu conteúdo”. (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Editora Saraiva. p. 476).

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Editora Malheiros. p. 405.

12 “[...] o que gera o direito ao auxílio-doença não é a doença, e sim a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual do segurado [...]” (LEITÃO, André Studar; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’ana. *Manual de Direito Previdenciário*. 4. ed. Editora Saraiva. p. 320).

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.¹³

A incapacidade laborativa resultante da doença, é importante destacar, encontra-se “*no mundo empírico, fático das realidades,*”¹⁴ onde deve ser constatada pelo agente competente para a prática do ato, ou, mesmo pelos médicos ou clínicas credenciadas. Assim é, pois, a constatação do pressuposto de fato exige conhecimento técnico especializado na área da Medicina, “na exata medida em que por imperativo do art. 193 da Lei nº 10.261/68 a licença médica somente pode ser concedida mediante inspeção médica, o que reveste o ato jurídico de concessão da licença de fundamento técnico-científico de modo a conferir-lhe fundamentação razoável [...]”.¹⁵

4. forma: entende-se por forma o modo de exteriorização do ato (escrito, oral ou mesmo gestual;¹⁶ portaria ou resolução etc.), e também, segundo alguns autores, como o conjunto de *formalidades* que devem ser observadas para a edição do ato.¹⁷

Para a obtenção da licença-saúde é necessário seguir um procedimento (ou um conjunto de formalidades), que começa com a solicitação do servidor, passa pela expedição da Guia de Perícia Médica, designação

13 Perícia Médica – Normas e Orientações, Coordenador Geral Dr. Paulo Sogayar. IMESP. 2. ed. p. 27.

14 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5. ed. Editora RT. p. 84.

15 Excerto do voto do Desembargador Luis Fernando Camargo de Barros Vidas, na Apelação nº 0037764-41.2012.8.26.0053.

16 Marcadamente aqueles previstos no Código de Trânsito Brasileiro, a exemplo do controle de tráfego pelo agente da autoridade de trânsito mediante sinais sonoros ou gestos.

17 PIETRO, obra citada, p. 207

da data para a perícia, realização da perícia, publicação no Diário Oficial, etc., e que não se confunde com o ato final.¹⁸

O ato concessivo de licença-saúde apresenta-se sob a forma escrita.

5. finalidade: “é o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo”,¹⁹ ou, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “pressuposto teleológico” do ato.²⁰

Para saber qual a finalidade do ato concessivo de licença-saúde temos que responder à seguinte pergunta: Por que a Administração afasta os servidores que se encontram incapacitados para o trabalho em razão de doença? A resposta parece evidente. Os servidores são afastados para que possam recuperar a saúde afetada pela doença que os incapacita, dedicando-se ao tratamento necessário para tanto sem as peias cotidianas da rotina laboral.

Em suma, e considerando-se a valiosa lição de Edmir Netto de Araújo²¹ de que o ato caminha da motivação para a finalidade, seus elementos estruturais seguem a seguinte ordem lógica: motivo, agente, objeto, forma e finalidade, assim apresentados resumidamente:

Requisitos do ato Concessivo da Licença-Saúde:

MOTIVO - Incapacidade para o trabalho resultante de doença;

AGENTE - Médico perito do DPME;

OBJETO - Afastamento do trabalho;

FORMA - Escrita;

FINALIDADE - Possibilitar a recuperação da saúde do servidor.

18 Nesse sentido é a lição de Odete Medauar, para quem “o processo constitui noção jurídica diferente da noção de ato”. Segue a autora: “o vir a ser, o fazer-se, característico da processualidade, significa que existe subjacente uma dimensão de tempo, ausente na categoria ato. A projeção no tempo possibilita apreender o dinamismo da série processual, em contraposição à imobilidade do ato”. (*A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. Editora RT. p. 29).

19 GASPARINI, *op. cit.*, p. 115.

20 *Op. cit.*, p. 413.

21 *Op. cit.*, p. 478.

Dos requisitos elencados cumpre destacar aquele que nos parece o mais relevante para os fins deste artigo: o **motivo**.

Motivo é a situação fática que atrai a incidência da norma. Não se pode confundir *motivo* com *motivação*. Motivação é a exposição do motivo, do fato percebido no mundo empírico, e a apreciação que dele faz a autoridade encarregada da prática do ato, de sorte a justificar sua decisão. Na lição de Diógenes Gasparini:

[...] tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo. O motivo, como vimos, é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo. É a narrativa.²²

Assim, o *motivo* do ato concessivo de licença-saúde é a incapacidade resultante de doença; a motivação, a apreciação médica que se faz dessa doença em termos de possibilidade ou não do exercício das atividades laborais. Para esta apreciação destacam-se três componentes, que devem constar da *motivação* do ato concessivo: “as alterações mórbidas presentes, as exigências profissionais e os dispositivos legais pertinentes”, sendo certo que “a utilização da tríade é indispensável a um parecer fundamentado”.²³

3. Fiscalização da licença-saúde concedida

É também atribuição do DPME exercer controle e fiscalização sobre as licenças médicas que concede, bem assim sobre todos os atos a elas relacionados, e sobre os funcionários e servidores civis licenciados, representando à autoridade competente quando a aplicação da sanção cabível não for de sua competência, nos termos do art. 5º, inc. V, do Regulamento de Perícias Médicas.

22 *Op. cit.*, p. 118. A Constituição Estadual prevê em seu art. 111 o princípio da *motivação*. Para a validade do ato não basta que o motivo exista; o agente deve, sempre e sempre, dizer qual é, e por qual razão, gera ele a consequência que lhe é atribuída. São inválidos os atos administrativos por falta ou insuficiência de motivação, a teor do art. 8º, inc. V, da Lei Estadual nº 10.177/98.

23 Perícia Médica citada, p. 36.

A atribuição prevista no art. 5º, inc. V, do Regulamento de Perícias, estava mais diretamente relacionada às determinações dos artigos 188 e 189, ambos do Estatuto dos Servidores, segundo os quais o funcionário licenciado era obrigado a seguir rigorosamente o tratamento médico adequado à doença, sob pena de lhe ser suspenso o pagamento do vencimento ou remuneração, sendo dever do órgão médico oficial fiscalizar essa obrigação. Estes dois artigos do Estatuto foram expressamente revogados pela Lei Complementar Estadual nº 1.123, de 1º de julho de 2010.

Nada obstante, dispõe o art. 184, *caput*, do Estatuto, que o funcionário licenciado nos termos dos itens I a IV do art. 181, é obrigado a reassumir o exercício, se for considerado apto em inspeção médica realizada *ex officio*, podendo ainda desistir da licença, desde que em inspeção médica fique comprovada a cessação dos motivos determinantes da licença, consoante disciplina do art. 184, parágrafo único, do mesmo Estatuto.

A *aptidão* referida no *caput* do art. 184 é a própria *cessação* dos motivos determinantes da licença mencionada no parágrafo único ou, noutras palavras: o servidor é considerado apto para o serviço quando cessam os motivos determinantes da licença concedida, e tratando-se de licença-saúde a aptidão se verifica no momento em que se detecta capacidade para o exercício das atividades laborais. O momento em que se detecta esta capacidade pode ser definido pela Administração *ex officio* ou pelo próprio servidor, a qualquer tempo.

Ainda que revogados os artigos 188 e 189, do Estatuto, remanesce a atribuição do DPME de verificar capacidade laborativa dos servidores, e não apenas no ato de concessão da licença, mas a qualquer momento em que esta verificação se faça necessária, a critério da Administração ou a pedido do próprio servidor.

Há, ainda, previsão de cassação da licença no art. 82, do Regulamento de Perícias Médicas, segundo o qual:

O DPME promoverá a cassação das licenças médicas concedidas, quando for comunicado pela Secretaria onde o funcionário tiver exercício, que o mesmo infringiu o disposto no artigo 187 da Lei nº 10.3261, de 28 de outubro de 1968, conforme apurado em sindicância.

A licença médica, como visto, tem como pressuposto de sua concessão a impossibilidade do exercício das atividades do cargo em razão de enfermidade. Caso seja constatado que durante a licença o servidor afastado está exercendo atividade remunerada, determina a lei (art. 187, Estatuto) que o DPME promoverá sua cassação.

Cassar é “*torna nulo ou sem efeito (licença, autorização, direitos políticos etc)*”, “*fazer cessar*”, consoante definições constantes no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, implicando em término da licença-saúde antes do termo final em que previsto inicialmente o retorno do servidor ao exercício regular das atividades do cargo.

A cassação tem lugar, nos termos da lei, quando o servidor licenciado por motivos de saúde encontra-se exercendo outra atividade remunerada. Mas por que a autoridade administrativa deve fazer cessar a licença-saúde concedida diante do exercício de atividade remunerada? Deverá fazê-lo sempre? A cassação esgota a resposta da Administração ao exercício da atividade remunerada ou há alguma infração disciplinar a ser punida? As indagações têm respostas distintas, que tentaremos fornecer na sequência.

4. Intepretação do artigo 187

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo estabelece seu regime disciplinar através da positivação de deveres e de obrigações. Os deveres estão elencados, basicamente, no artigo 241, e as obrigações nos artigos 242, 243 e 244. Ao contrário do que ocorre no âmbito do Direito Penal, os deveres e proibições dos servidores não estão diretamente ligados a qualquer sanção.

No Direito Penal a norma incriminadora resulta da conjugação de dois preceitos: o primário, em que descrita uma conduta humana, e o secundário, em que prevista a pena para esta conduta. Tomando como exemplo o homicídio “simples”, o preceito primário é a oração que consta no *caput* do art. 121, do Código Penal, ou seja, “matar alguém”; o preceito secundário é aquele em que se encontra a pena prevista para esta conduta. Quem mata alguém está sujeito a uma pena de 6 a 20 anos de reclusão.

Voltando ao Direito Disciplinar, é de se indagar: a que pena está sujeito o servidor que deixa de cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho (dever previsto no art. 241, inc. XII), ou que viola a proibição de entreter-se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço (proibição prevista no art. 242, inc. III)? Não há preceito secundário que o diga expressamente, devendo a resposta ser buscada nos artigos 253 (repreensão, aplicada para casos de indisciplina ou falta de cumprimento de dever)²⁴, 254 (suspensão, cabível em casos de falta grave ou reincidência)²⁵ e 256, inc. II (pena de demissão em casos de procedimento irregular de natureza grave)²⁶.

A menção aos artigos 253, 254 e 256, inc. II, não responde integralmente à pergunta, pois ainda há que se indagar em que momento um descumprimento de dever, ou a violação de uma proibição, pode ser considerado falta grave e, também, qual o fator que diferencia a falta grave de um procedimento irregular de natureza grave. Não sendo este o propósito do trabalho, já flagrada a diferenciação que se pretende fazer, cumpre prosseguir na análise do artigo 187.

Em vista da peculiar sistemática disciplinar, a primeira leitura do artigo 187 (“*o funcionário licenciado nos termos dos itens I e II do art. 181 não poderá dedicar-se a qualquer atividade remunerada, sob pena de ser cassada a licença e de ser demitido por abandono do cargo, caso não reassuma o seu exercício dentro do prazo de 30 dias*”) sugere que o legislador estadual, nesse caso específico, se expressou à moda dos tipos penais, podendo-se reescrever a norma estatutária, seguindo o modelo de incriminação criminal, da forma que segue adiante:

Artigo 187 – Exercer atividade remunerada durante a licença-saúde ou por acidente do trabalho.

Pena – Cassação da licença-saúde.

24 Art. 253 - A pena de repreensão será aplicada por escrito, nos casos de indisciplina ou falta de cumprimento dos deveres.

25 Art. 254 - A pena de suspensão, que não excederá de 90 (noventa) dias, será aplicada em caso de falta grave ou de reincidência.

26 Art. 256 - Será aplicada a pena de demissão nos casos de: II - procedimento irregular, de natureza grave;

Embora didática a disposição que se segue à previsão de cassação (“*demissão por abandono do cargo, caso não reassuma o seu exercício dentro do prazo de 30 dias*”), é de se argumentar que o abandono é ilícito já previsto no artigo no art. 256, inc. I, EFP.²⁷ Qualquer ausência não justificada por mais de 30 (trinta) dias, haja ou não prévia licença – de qualquer natureza – cassada, configura, em tese, o abandono de cargo. O abandono não é consequência do exercício da atividade remunerada, e menos ainda da cassação da licença. É consequência da violação do dever de assiduidade,²⁸ qualificado pelo período contínuo de 30 (trinta) dias sem comparecimento ao trabalho, razão pela qual é dispensável que figure no “preceito secundário” do art. 187.

O primeiro contato com a disposição sob análise faz pensar que, uma vez constatado o exercício de atividade remunerada durante a licença saúde, a Administração deve cassar a licença, determinando o retorno do servidor ao trabalho, e nisso se resume e se esgota a consequência da violação da proibição.

Essa não nos parece a melhor interpretação. Com efeito, a licença médica, repita-se à exaustão, tem como pressuposto de sua concessão (ou motivo) a impossibilidade do exercício das atividades do cargo em razão de enfermidade, e como finalidade possibilitar ao servidor que se recupere do agravo de saúde que o acomete, seguindo o repouso recomendado ou submetendo-se ao tratamento indicado sem as peias cotidianas do trabalho. Em suma, para que suas energias sejam concentradas e direcionadas ao restabelecimento do mal que ensejou a incapacidade, e da qual decorre a licença. Sendo assim, o exercício de outra atividade remunerada durante a licença-saúde pode trazer indícios no sentido de que não há agravo algum de saúde, e que a licença foi concedida fraudulentamente, hipótese que será analisada a seguir.

27 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 artigo 63. Nos termos do art. 63, “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”.

28 Previsto no art. 241, inc. I, 1ª figura, do Estatuto dos Servidores Públicos.

4.1. Fraude na obtenção da licença

A licença-saúde pode eventualmente ser obtida mediante erro da Administração, induzido por ardil do servidor, que obtém benefício a que não fazia jus. Há ocultação de capacidade laborativa mediante prática ilícita, que pode ser do servidor somente, ou do servidor em conluio com o perito, ou mesmo com o médico assistente.

O principal meio empregado para a fraude dessa natureza é a apresentação do conhecido *atestado médico falso*. A falsidade do atestado pode ser *material*, crime previsto no art. 298, do Código Penal,²⁹ ou *ideológica*, crime previsto no art. 299, do mesmo Código.³⁰

É muito importante, diante de indícios de falsidade, distinguir a falsidade *material* da falsidade *ideológica*, notadamente para efeitos probatórios. Na falsidade material há adulteração na forma como o documento se apresenta (p. ex., documento forjado através de inserção de texto por meio de xérox sobre outro documento timbrado). Na falsidade ideológica a declaração constante do documento não é verdadeira, não correspondendo à realidade.

A prova da falsidade material usualmente é feita por meio de perícia, a cargo do Instituto de Criminalística, da Superintendência da Polícia Civil. Tratando-se de falsidade ideológica a prova não se faz por perícia, mas sim por simples confrontação de dados da realidade. Nesse sentido, decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça que “como o crime de falsidade ideológica envolve a ilaqueação mediante a modificação do conteúdo abstrato do documento, não há se falar em comprovação da imputação mediante perícia, mas pelo cotejo de outros elementos da realidade”. (HC 108919 / SP).³¹

29 Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro. – Pena: reclusão, de um a cinco anos, e multa.

30 Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

31 “[...] na falsidade material o que se frauda é a própria forma do documento, que é alterada, no todo ou em parte, ou é forjada pelo agente, que cria um documento novo. Na falsidade ideológica, ao contrário, a forma do documento é verdadeira, mas seu conteúdo é falso,

Bom exemplo de atestado médico ideologicamente falso é aquele em que declarada realização de consulta ou atendimento de paciente que sequer compareceu ao hospital no dia que consta no documento. Para início de investigação os dados da realidade a serem confrontados com o atestado são os registros constantes das fichas de atendimento do hospital.

Induzir alguém a erro mediante fraude configura crime de estelionato, tipificado no artigo 171, do Código Penal.³² Tão comum é a prática de estelionato mediante uso de documento falso que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 17, a dispor que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.³³ Trata-se de aplicação do princípio da consunção. Falsidade é crime-meio, absorvida pelo estelionato, que é o crime-fim. É dizer: nesses casos o falso é praticado como meio para ludibriar a vítima e dela obter vantagem indevida, não havendo mais potencialidade lesiva após a obtenção da vantagem.³⁴

A evolução legislativa sobre a concessão de licença-saúde, brevemente abordada no item anterior deste artigo, é cada vez mais no sentido de retirar o contato entre o servidor e o DPME, aumentando a possibilidade de concessão de licença mediante simples análise documental. Tal circunstância pode eventualmente facilitar o uso de documento falso, diante da não confrontação do que nele se contém com o efetivo

isto é, a ideia ou declaração que o documento contém não corresponde à verdade.” (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial 4. 8. ed. Editora Saraiva. p. 554.)

- 32 Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. A pena prevista é de reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis, havendo previsão de aumento de um terço se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.
- 33 Para maior aprofundamento do tema, principalmente no que toca à prescrição no *estelionato previdenciário*, confira-se GOMES, Luiz Flávio e BORSIO, Marcelo Fernando, Crimes Previdenciários, RT, 2. ed., p. 105 e ss.
- 34 “O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbit minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro.” (JESUS, Damasio E. de. *Direito Penal*, Parte Geral. 13 ed. Editora Saraiva. p. 99).

quadro clínico do servidor que se diz doente, no momento da perícia. Isso porque na elaboração do laudo médico-pericial o perito deve “registrar as queixas do paciente, mas atentar sempre o fato de que em perícia as manifestações subjetivas (sintomas) não têm valor se não houverem achados clínicos que lhe correspondam”.³⁵ Sem perícia não há achado, nem manifestação subjetiva, e tudo se resume a ler um pedaço de papel.

Na hipótese da licença-saúde obtida mediante apresentação de atestado médico falso, o ato concessivo traz um vício de origem que o torna inválido, marcadamente se o atestado declarar uma doença que não existe. Não havendo doença obviamente não há incapacidade do trabalho dela resultante, sendo caso de anulação do ato nos termos do art. 8º, inc. IV, da Lei Estadual nº 10.177/98, segundo o qual são inválidos os atos administrativos por inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito.

A anulação implicará consequências as mais diversas na vida funcional do servidor, a exemplo do (re)enquadramento dos dias de licença como dias de falta injustificada, perda da remuneração e da contagem de tempo para aposentadoria; tais consequências, porém, não se confundem com a necessidade de constatação da capacidade laborativa do servidor, que deve ocorrer antes mesmo do início de qualquer outra providência de natureza puramente jurídica. Com efeito, havendo indício de falsidade de atestado, a Administração Pública deve convocar, de ofício, o servidor, para que este se submeta a perícia nos termos do art. 184, do Estatuto, de sorte a verificar se o mesmo se encontra apto para o serviço.

Bem de ver que a aptidão para o serviço verificada no momento da perícia **médica** não tem qualquer relação com a apuração do suposto uso de documento falso que se atribui ao servidor. O vocábulo “médica” está em negrito para realçar que o perito avaliará as condições de saúde do servidor a partir de elementos colhidos em anamnese, não sendo sua função analisar a validade ou invalidade intrínseca do documento por ele apresentado. Da perícia pode resultar inclusive conclusão no sentido de que o servidor não está apto para o trabalho, eventualmente até por

35 Perícia Médica citada, p. 65.

motivo diverso daquele que consta no documento supostamente falso, circunstância que não tem o condão de impedir que se continue a investigação quanto à falsidade documental. Constatada a aptidão, por outro lado, o servidor deve retornar ao trabalho, mesmo que ao depois se conclua verdadeiro o atestado que se suspeitava falso. Não porque esteja sendo antecipadamente punido pelo órgão médico, mas sim porque está em condições de cumprir suas obrigações funcionais.

A apuração da falsidade trilha caminho diverso da constatação de capacidade laborativa, pois diversos são os destinos para os quais se encaminham. O destino da primeira é descobrir se o documento é verdadeiro ou não; da segunda, se o servidor está ou não está apto para o serviço.

Na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares são raras as apurações relativas à obtenção de licença-saúde mediante apresentação de atestado médico falso. Isso não significa que semelhante fraude não exista, mas sim que não houve até o momento investigação mais aprofundada nesse sentido. De outra banda, a apresentação de atestado falso para justificação da ausência conhecida como *falta médica* é extremamente comum. A falta médica é justificada perante o RH da unidade de classificação, com a mera apresentação do atestado a servidor administrativo sem conhecimento técnico de saúde e sem necessidade de anamnese por perito. A utilização de documento falso, imputação usualmente feita nesses casos, é crime autônomo, com a mesma pena do falso³⁶. Pedidos de justificação de falta ao serviço em razão de consultas médicas inexistentes é fato corriqueiro, rendendo ensejo à demissão a bem do serviço público, a teor do art. 257, inc. II, do Estatuto.³⁷

Embora a obtenção fraudulenta de licença-saúde se relacione com ocultação de capacidade laborativa e possa ser detectada a partir da

36 Nos termos do art. 304, do Código Penal (uso de documento falso) – “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os artigos 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

37 Artigo 257 - Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que: [...] II - praticar ato definido como crime contra a administração pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, ou previsto nas leis relativas à segurança e à defesa nacional.

aplicação do art. 187, é de se ressaltar que a proibição nele contida tutela, na realidade, situação diversa, de mais sutil percepção.

4.2. Deslealdade do servidor diante da ocultação de capacidade laborativa preservada, ainda que parcialmente

O parecer PA nº 190/07³⁸ analisou recurso hierárquico de servidor da Secretaria da Educação, titular de cargo de Professor de Educação Básica II (PEB-II), que esteve afastado em diversas licenças-saúde ao longo de quatro anos, período em que manteve praticamente inalterada sua rotina de trabalho em outros dois vínculos de emprego que mantinha na iniciativa privada. Na iniciativa privada o servidor trabalhava como coordenador de curso de uma determinada instituição, ministrando aulas de redação em outra. O agravo de saúde estava relacionado a problemas na coluna lombar, que impedia o servidor de subir um lance de escadas, de sorte a chegar na sala de aula que o esperava na rede pública; os trabalhos na iniciativa privada desenvolviam-se no andar térreo, implicando, segundo tese defensiva, em menos desgaste físico, além do que, ainda segundo tese defensiva, as atividades eram diversas daquelas exercidas no serviço público.

Na análise do i. parecerista, o exercício de atividade remunerada durante a licença saúde é vedada em razão da presunção de que tal ocorrência prejudica a recuperação do servidor ou mesmo evidencia que sua

38 Assim ementado: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – Procedimento Irregular de Natureza Grave – Lesão ao Patrimônio ou aos Cofres Públicos. PENA ADMINISTRATIVA – Demissão a Bem do Serviço Público. RECURSO ADMINISTRATIVO – Recurso Hierárquico. MAGISTÉRIO. Professor da rede estadual que exerceu atividade remunerada em escolas privadas durante sucessivos períodos de licença para tratamento de saúde. Defesa centrada no argumento de que a atuação na esfera particular era menos gravosa à saúde precária do recorrente, quer em face da natureza das atividades, quer em face das condições dos locais em que se desenvolviam. Vedação legal ao exercício de qualquer atividade remunerada durante o gozo de licença-médica (art. 187 do EFP). Se o recorrente preservava parte de sua capacidade laborativa, o dever de lealdade para com a Administração lhe impunha pleitear readaptação. Caracterização de procedimento irregular de natureza grave, em face da reiteração da irregularidade funcional e da intensidade do dolo em seu cometimento. Não configuração do ilícito de lesão aos cofres públicos. Pena de cassação de aposentadoria que merece subsistir, excluindo-se de sua fundamentação a referência ao tipo do artigo 257, inciso VI, do EFP. Pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovemento. Competência do Governador. (Parecerista Dr. ELIVAL DA SILVA RAMOS).

capacidade laborativa não está afetada, ou está afetada apenas parcialmente. Neste caso, cumpre ao servidor solicitar sua readaptação, com o apoio do DPME, nos termos do art. 3º, do Decreto nº 52.968, de 07 de julho de 1972.³⁹ A não solicitação de readaptação implica deslealdade do servidor ensejadora do reconhecimento de procedimento irregular de natureza grave, com a consequente aplicação da pena de demissão, desfecho que se deu ao caso.

Cargo público é, com efeito, o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, nos termos do art. 4º, do Estatuto dos Servidores; função-atividade, o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a servidor, nos termos do art. 5º, inc. III, da Lei Complementar Estadual nº 180/78. Os cargos e funções públicas não têm apenas uma atribuição, mas várias. Na impossibilidade do exercício de uma delas, nada obsta que se prossiga nas demais. O exemplo consignado no parecer sob análise foi o aproveitamento do Professor, que não conseguia ministrar aulas, para realização de atividades de correção de provas, ou mesmo outras de natureza pedagógica.

No caso analisado o servidor não induziu a erro a Administração, não havendo qualquer vício no ato concessivo da licença-saúde. O agravo de saúde de fato existia, e na sua exata medida foi apresentado ao sistema de perícia posto à disposição pela Administração. Não há, portanto, qualquer deslealdade do servidor no momento da concessão, pois foi a própria Administração que decidiu afastá-lo por completo do serviço, ao considerá-lo totalmente incapaz para qualquer atividade pertinente ao seu cargo.

Vislumbrou-se deslealdade na fruição da licença, deslealdade que pode ser entendida como o desvirtuamento da finalidade de sua concessão (ao invés de se dedicar ao tratamento, o servidor estava desgastando-se em outra atividade, quiçá agravando seu quadro clínico), seja pela fruição indevida (o problema de saúde foi superado, ou ao menos a fase

39 “Nos casos em que a contraindicação se verificar apenas para algumas tarefas do cargo ou com relação a certas condições ou ambientes de trabalho, a readaptação será feita pela designação de novas tarefas ou pela mudança para setor de trabalho onde as deficiências verificadas não tenham influência.”

incapacitante, e o servidor continuou a usufruir o benefício como se totalmente incapaz estivesse).

Lealdade é realmente a diferença mais marcante entre o regime estatutário e o regime comum contratual, consoante lição de Marcello Caetano, sempre citado em assuntos de natureza disciplinar:

Percorrendo a lista dos deveres comuns dos funcionários e dos que na legislação trabalhista e nas convenções coletivas são impostos aos empregados e aos operários, verifica-se que as diferenças são pequeníssimas.

A diferença mais relevante, a que poderá considerar-se característica do regime de direito público, reside na imposição do dever de fidelidade ao seu País.

[...]

O agente administrativo deve, pois, inteira lealdade ao seu País em termos mais especialmente vinculantes que a generalidade dos cidadãos, cumprindo-lhe evitar tudo quanto possa diminuir o culto patriótico ou minorar o crédito ou prestígio da Nação [...]⁴⁰

Posteriormente, o parecer PA 199/08⁴¹ analisou recurso hierárquico de servidor ocupante de função-atividade de Médico, lotado

40 *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Almedina, Reimpressão da Edição Brasileira de 1977, 3ª reimpressão portuguesa, p. 298-299.

41 Assim ementado: RECURSO. Processo administrativo disciplinar. Médico. Licença-saúde. Violação, em tese, ao disposto nos artigos 187, 241, I e XIII, e 242, IV da Lei estadual 10.261, de 28.10.1968 - Estatuto dos Funcionários Públicos (EFP). Exercício de atividade remunerada durante período de licença para tratamento de saúde. Acumulação de um cargo de médico (Secretaria de Emprego e Relações do Trabalho) com uma função-atividade de médico (Secretaria da Saúde). Legalidade. Readaptação na função-atividade, gozo de licença-saúde no cargo. Admissibilidade. Tipificação que não se sustenta ante a prova produzida. Pela absolvição do servidor ou, ao menos, mitigação da pena. Transferência do cargo efetivo para a Secretaria da Saúde por força do Decreto 51.782, de 27.04.2007; nova transferência conforme Decreto 52.724, de 15.02.2008, com alteração do Decreto 53.324, de 15.08.2008. Deslocamento da competência para decidir o feito. Ilegalidade da decisão do Sr. Secretário da Saúde, por vício de competência. Necessidade de remessa dos autos à Secretaria de Gestão Pública, para que seja proferida decisão pela autoridade que detém hierarquia. Impossibilidade de convalidação em face do teor do artigo 11 da Lei 10.177, de 1998. Se a conclusão for contrária à absolvição, deverá ser aberto prazo para recurso, não se aproveitando o que se encontra junto aos autos, que, ademais, foi interposto por advogado sem procuração ou substabelecimento, a exigir regularização. Observação sobre a prescrição. (Parecerista Dra. ANA MARIA TOLEDO DE OLIVIERA RINALDI)

na Secretaria da Saúde, e também titular de cargo na Secretaria de Emprego e Relações de Trabalho, na qual encontra-se readaptado. O servidor esteve afastado em licença-saúde no cargo, mantendo-se em atividade na função em que readaptado (ambos, cargo e função, do Estado de São Paulo).

A i. parecerista não vislumbrou deslealdade do servidor, ao fundamento de que a incapacidade se estabelece em função da natureza do serviço executado, e que somente em casos excepcionais pode ele solicitar readaptação, estando na sua alçada tão somente o pedido de licença-saúde. Recomendou absolvição. A recomendação não foi acolhida pela Chefia da PA, que opinou pela manutenção da pena de demissão aplicada, ao fundamento da existência de deslealdade, extraída da ausência de questionamento do servidor acerca da readaptação em ambos os vínculos, exigível em razão dos conhecimentos sobre o assunto decorrentes das funções do servidor.

Embora este parecer tenha analisado com profundidade o tema, como era costume da i. parecerista, profissional extremamente dedicada e de saudosa memória, o pedido de readaptação não nos parece ter qualquer excepcionalidade. Se o servidor pode solicitar o retorno “integral” ao trabalho, nos termos do art. 184, do Estatuto, nada obsta que solicite o mesmo retorno em condições diversas (“mais favoráveis”, na dicção regulamentar), pois quem pode o mais, pode o menos.

Pese embora o dever de lealdade, que inequivocamente existe e deve ser exigido, não se pode perder de vista que a solidez dos fundamentos que o moldaram certamente experimentaram alguma diluição ao longo do tempo, considerada especialmente a *liquidez*⁴² que marca as relações no mundo de hoje.

42 No sentido em que a emprega Zygmunt Bauman, em sua vasta obra, ao analisar a fragilidade dos laços humanos e a fluidez das relações sociais.

4.3. Ausência de infração disciplinar se não comprovada incompatibilidade das limitações embasadoras da licença com a atividade exercida

O parecer AJG nº 276/11⁴³ analisou recurso hierárquico de Diretor de Escola que, em licença saúde, continuou a exercer atividades docentes em Universidade privada. Enquanto tramitava o processo disciplinar as licenças-saúde continuaram a ser concedidas.

Ao analisar o recurso, a i. parecerista afirmou que a violação da proibição de exercício de outra atividade remunerada em gozo de licença-saúde não implica necessariamente na prática de infração disciplinar. O reconhecimento da infração disciplinar exige a comprovação da incompatibilidade da atividade exercida na atividade privada com a limitação embasadora da licença. Ao aprovar o parecer, o i. Procurador do Estado Chefe da AJG acresceu que o art. 187 deve ter interpretação conforme a Constituição, em vista dos acúmulos que permite, sobretudo no setor privado. Ademais, juntou, a concessão de licença-saúde no Estado não implica na necessidade de rescisão do contrato de trabalho ou na obtenção de afastamento junto ao INSS, pois “a afecção impeditiva do exercício de uma das atividades não acarreta o mesmo resultado no tocante à outra”.⁴⁴

A proibição do exercício de atividade remunerada incompatível com o fundamento da licença é solução que já encontrou expressão legislativa em importante Município brasileiro. O Município de Belo

43 Assim ementado: PENA ADMINISTRATIVA. Demissão. RECURSO ADMINISTRATIVO. Recurso Hierárquico. MAGISTÉRIO. Diretora de Escola demitida do serviço público, nos termos dos artigos 251, IV, e 256, II, por infração aos artigos 187 e 241, inciso XIII, todos da Lei nº 10.261/68. Exercício de atividade remunerada no curso de licença para tratamento de saúde. Recurso. Pressupostos de admissibilidade presentes. Inexistência de provas quanto à gravidade do quadro clínico e às limitações físicas e psíquicas para o exercício das funções, bem como sobre a impossibilidade de exercício de qualquer outra atividade. Não comprovação da incompatibilidade da atividade exercida na universidade privada com a limitação de saúde embasadora da licença específica. Provas contraditórias e destituídas de detalhamento quanto à atividade remunerada exercida. Não configuração de prática de procedimento irregular de natureza grave pela acusada, a demandar a aplicação de qualquer penalidade. Proposta de conhecimento e, no mérito, de deferimento. Competência do Governador do Estado. (Parecerista Dra. ANADIL AUJABRA AMORIM)

44 Idêntico argumento do parecer PA 199/08, no sentido de a incapacidade se estabelece em função da natureza do serviço executado.

Horizonte, por meio da Lei nº 7.169, de 30 de agosto de 1996 (Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte), dispôs que:

[...] o servidor que se encontrar licenciado nas hipóteses especificadas nos incisos I, II, III e IV do art. 140 desta Lei não poderá, no prazo de duração do afastamento remunerado, exercer qualquer atividade remunerada incompatível com o fundamento da licença, sob pena de imediata cassação desta e perda da remuneração, até que reassuma o exercício do cargo, sem prejuízo da aplicação de penas disciplinares cabíveis.

A disposição, para além de explicitar que a licença deve ser cassada, deixa claro que a conduta do servidor deverá ser apreciada sob o prisma disciplinar.

Para melhor compreensão da ideia que preside o entendimento da AJG, basta imaginar a situação de um professor da rede estadual de ensino que tem outro emprego, por exemplo, de violinista de orquestra. Se em determinado momento de sua vida funcional enfrentar uma situação de afonia (ficar sem voz), não terá como comunicar-se com os alunos em sala de aula, mas certamente terá preservada a habilidade de tocar violino, mister para o qual é irrelevante o estado das cordas vocais do músico. Na versão do parecer PA 190/07, mencionado linhas atrás, essa específica limitação não impediria a designação de funções que pudessem ser cumpridas em silêncio, consoante o exemplo fornecido de correção de provas.

Ainda a título de exemplo, diversa é a situação do professor que exerce idêntica função no sistema privado de ensino, onde permanece ministrando aulas regularmente. Ora, se não há para o servidor a obrigação de pedir afastamento na outra atividade que exerce junto à iniciativa privada, ele também não é obrigado a afastar-se da função pública, se idênticas forem as atividades. Caso se licencie no Estado e continue ministrando aulas no setor privado, é de se indagar a razão pela qual fez isso, o motivo pelo qual deu prioridade ao emprego e deixou em segundo plano a satisfação do interesse público em favor do qual o vínculo estatutário existe.

Seja como for, o parecer AJG traz questão da mais tormentosa em termos de distribuição de ônus probatório, na medida em que a prova de *incompatibilidade* da atividade com o motivo da licença, ainda mais diante dos termos em que atualmente são concedidas, implica na prova de um fato negativo (*não compatibilidade*).

5. Tratamento do tema no âmbito da previdência social

Na iniciativa privada também ocorre, e não é raro, o acúmulo de atividades pelo trabalhador, sendo de grande importância o estudo das normas pertinentes à incapacidade laborativa decorrente de doença. Esse estudo é relevante não só para que se possa fazer uma comparação com o sistema utilizado no serviço público, mas, sobretudo, porque a Administração Pública também contrata pela CLT, e também submete seus servidores comissionados “puros” (que não mantenham vínculo efetivo prévio) ao regime previdenciário comum.

Com efeito, a Lei Complementar Estadual nº 1.123, de 1º de junho de 2010, alterou o Estatuto dos Servidores, dispondo que os servidores ocupantes de cargos exclusivamente em comissão passariam a submeter-se às regras do regime geral de previdência, no que toca a licenciamento por motivo de saúde, acidente do trabalho e doença profissional.⁴⁵

Os planos de benefício da Previdência Social estão previstos na Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e têm por finalidade assegurar, mediante contribuição, meios indispensáveis de manutenção por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente (art. 1º).

A incapacidade para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias é fato gerador do benefício designado auxílio-doença, disciplinado pelos artigos 59 a 63, da Lei Federal nº 8.231/91. Os primeiros quinze dias são de responsabilidade do empregador (art. 60, § 3º), a implicar, quanto aos exclusivamente comissionados, o regime híbrido.⁴⁶

45 Trata-se do art. 181, §§1º e 2º:

“§ 1º - “Ao funcionário ocupante exclusivamente de cargo em comissão serão concedidas as licenças previstas neste artigo, salvo as referidas nos incisos IV, VI e VII.
§ 2º - As licenças previstas nos incisos I a III serão concedidas ao funcionário de que trata o § 1º deste artigo mediante regras estabelecidas pelo regime geral de previdência social.”

46 Nesse sentido, o parecer CJ/SGP 106/10, assim ementado: “LICENÇA. SERVIDOR. CARGO EM COMISSÃO. REENQUADRAMENTO DE LICENÇA-SAÚDE EM LICENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO. Servidor exclusivamente ocupante de cargo em comissão. Não incidência da Lei federal nº 8.213/91 nos primeiros quinze dias. Responsabilidade do ente público que o admitiu. Submissão à Lei nº 10.261/68. Direito a ambas as licenças.

No que toca a eventual exercício de mais de uma atividade, dispõe o art. 60, § 6º, da Lei Federal nº 8.213/91, que o segurado em auxílio-doença que venha a exercer atividade que lhe garanta subsistência poderá ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade. Nessa hipótese, caso a atividade seja diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas (art. 60, § 7º).

O Regulamento da Previdência Social, estabelecido pelo Decreto Federal nº 3.048, de 06 de maio de 1999, minudencia a concessão de auxílio-doença para o segurado que exerce mais de uma atividade. As regras dos artigos 73 e 74 merecem transcrição integral:

Art. 73. O auxílio-doença do segurado que exercer mais de uma atividade abrangida pela previdência social será devido mesmo no caso de incapacidade apenas para o exercício de uma delas, **devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que o mesmo estiver exercendo.**

§ 1º Na hipótese deste artigo, o auxílio-doença será concedido em relação à atividade para a qual o segurado estiver incapacitado, considerando-se para efeito de carência somente as contribuições relativas a essa atividade.

§ 2º **Se nas várias atividades o segurado exercer a mesma profissão, será exigido de imediato o afastamento de todas.**

§ 3º Constatada, durante o recebimento do auxílio-doença concedido nos termos deste artigo, a incapacidade do segurado para cada uma das demais atividades, o valor do benefício deverá ser revisto com base nos respectivos salários de contribuição, observado o disposto nos incisos I a III do art. 72.

§ 4º Ocorrendo a hipótese do § 1º, o valor do auxílio-doença poderá ser inferior ao salário mínimo desde que somado às demais remune-

Artigos 181, parágrafo único, e 194. Licença inicial enquadrada como para tratamento de saúde. Artigo 58 do Decreto nº 29.180, de 11 de novembro de 1988. Posterior retificação do enquadramento legal de competência do DPME. Artigos 59 e 60 do Decreto nº 29.180/88". (Parecerista Dra. SUZANA SOO SUN LEE). Embora anterior à Lei Complementar Estadual nº 1.123/10, o parecer foi elaborado em vista do disposto no art. 40, § 13, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 20/98.

rações recebidas resultar valor superior a este (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003).

Art. 74. Quando o segurado que exercer mais de uma atividade se incapacitar definitivamente para uma delas, deverá o auxílio-doença ser mantido indefinidamente, **não cabendo sua transformação em aposentadoria por invalidez, enquanto essa incapacidade não se estender às demais atividades.**

Parágrafo único. Na situação prevista no caput, o segurado somente poderá transferir-se das demais atividades que exerce após o conhecimento da reavaliação médico-pericial. (g.n.)

O regulamento no âmbito privado atende a uma constatação que não é difícil de alcançar: a incapacidade laborativa não se projeta igualmente em todas as atividades humanas, representando puro desperdício econômico e social a paralisação de todas as atividades que alguém que se mostra enfermo esteja apto a exercer. Daí a necessidade de avaliar a capacidade laborativa a partir dos labores que a pessoa exerce.

De outra banda, a preocupação no âmbito da Previdência Social está mais relacionada ao valor do benefício a ser pago ao segurado, e às reais condições de sustento dele, do que propriamente com sua lealdade ao sistema estabelecido⁴⁷, muito embora tal sistema, sabidamente contributivo, implica compulsória solidariedade entre todos os trabalhadores que para ele contribuem.⁴⁸

6. Postura atual da Administração

As perícias médicas são solicitadas a partir de pedido feito no sítio eletrônico do próprio DPME, em que são lançados diversos dados do servidor. Menciona-se, inclusive, o cargo ocupado ou função exercida, mas não há campo próprio para descrever as atividades efetivamente realizadas pelo interessado em seu cotidiano de trabalho. Igualmente

47 Para mais detalhamento, consultar *Atividades concomitantes ou simultâneas na Previdência Social – Regras e Teses Revisionais no RGPS*, de Emerson Costa Lemes, Juruá Editora, 2015.

48 No regime estritamente estatutário dos servidores públicos a licença-saúde não é assunto previdenciário. O infortúnio da doença do servidor é suportado por todos os contribuintes do Estado de São Paulo.

não há campo para informação acerca de outras atividades profissionais diversas daquela em que solicitada a licença, nem mesmo informação acerca de outros vínculos com o próprio Estado de São Paulo.

Os contatos com os peritos oficiais são cada vez mais raros, dada a sistemática de credenciamento de clínicas. O conhecimento que o órgão oficial de perícia tem do servidor, por meio de contato pessoal, é decrescente, também em vista da concessão de licenças mediante mera análise documental.

É muito rara a determinação de reabilitação profissional prevista no art. 4º, do Decreto Estadual nº 52.968, de 07 de julho de 1972, que implica, na prática, verdadeira readaptação “provisória”. O programa de reabilitação está assim disciplinado:

Artigo 4º - Nos casos em que o Departamento Médico do Serviço Civil do Estado (DMSCE) julgar necessário, o funcionário deverá ser submetido a um programa de reabilitação que o conduza ao trabalho primitivo ou a um outro adequado à sua condição.

§ 1º - Enquanto perdurarem as condições deste artigo, deverão ser concedidas ao funcionário facilidades de horário e distribuição de trabalho que lhe permitam conciliar a permanência em exercício com o tratamento prescrito, ficando sujeito à comprovação de que está sendo submetido a esse tratamento.

§ 2º - Terminado o tratamento a que se refere este artigo deverá o funcionário submeter-se a nova inspeção no DMSCE e, de acordo com a conclusão do laudo médico, retornar às tarefas do cargo ou ser definitivamente readaptado.

Diante do pedido de licença a resposta é simplesmente sim ou não.

O DPME não tem sido comunicado da constatação do exercício de atividade remunerada durante a fruição de licença-saúde, encontrando severas dificuldades para exercer a fiscalização e controle de seus atos concessivos. Mais não fosse, o parecer PA nº 57/2015⁴⁹ concluiu que a

49 SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. Exercício concomitante de atividade remunerada. Inteligência do artigo 187 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968).

sindicância a que se refere o art. 82, do Regulamento de Perícias, é na realidade o processo disciplinar que tramita perante a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, e que incumbe ao Procurador do Estado que preside o processo manifestar juízo específico sobre a atividade remunerada para eventual comunicação ao DPME (o que, diante dos entendimentos já analisados neste artigo, só pode significar juízo sobre a compatibilidade ou não da atividade com as limitações decorrentes da doença).

7. Análise crítica

Na introdução deste artigo fez-se menção à matéria jornalística que evidencia a magnitude dos dados referentes à concessão de licença-saúde. Ao que ficou consignado ali é de se acrescentar que por ocasião do envio do Projeto de Lei Complementar Estadual nº 02/10, que se transformou na Lei Complementar Estadual nº 1.123, de 1º de julho de 2010, o Governador do Estado fez inserir na mensagem de encaminhamento à Assembleia Legislativa ofício do Secretário de Planejamento, que informou a existência de 1.200.000 prontuários nos arquivos médicos do DPME, noticiando ainda que nos anos de 2008 e 2009 foram concedidos 11.864.218 dias de licença-saúde, numa média mensal de 494.342 dias de afastamento, envolvendo 22.032 servidores. O custo das licenças foi estimado em R\$ 727.697.985,00.⁵⁰

Cassação da licença pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado. Insuficiência da apuração preliminar. Procedimento meramente investigativo, que nada conclui a respeito dos fatos nele apurados (precedente: Parecer PA nº 72/2009). Necessidade de processo administrativo em que se assegurem ao interessado as garantias do contraditório e da ampla defesa. Processo administrativo que, no caso, coincide com o processo disciplinar proposto no relatório final da apuração preliminar, fundado na suposta prática, pelo funcionário, de procedimento irregular de natureza grave (artigo 256, II, do EFP). Possibilidade de punição disciplinar que não se esgota no abandono de cargo cogitado pela específica norma estatutária (precedentes: Pareceres PA nº 199/2008 e nº 190/2007). Recomendação de que, em casos do gênero, a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar indique, além da pena disciplinar mais elevada em tese cabível, a sanção administrativa de cassação da licença médica; e que a decisão final contenha juízo específico sobre o exercício de atividade remunerada durante o período da licença, para fins de eventual comunicação ao DPME nos termos do artigo 82 do Decreto Estadual nº 29.180/1988, independentemente do conteúdo propriamente disciplinar do mencionado ato decisório. (Parecerista Dr. DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JÚNIOR)

50 Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=925537>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

Dados da Secretaria da Fazenda revelam que no 3º quadrimestre de 2015 a folha de pessoal do Poder Executivo consumiu **46,28%** da Receita Corrente Líquida, ou o equivalente a aproximadamente **R\$ 64.970.000,00**,⁵¹ havendo algo em torno de **620.000** servidores ativos nesse Poder.⁵²

Estes dados são trazidos para demonstrar a dimensão do problema que envolve a gestão de pessoas no âmbito do Poder Executivo, especialmente no que diz com eventual incapacidade laborativa. Nem de longe se pode criticar os valerosos servidores do DPME, que superam toda a sorte de dificuldades para o escorreito exercício de suas funções.

Isso dito, a primeira crítica que merece registro é a ausência de dados que possibilitem ao perito uma correta decisão e, principalmente, uma correta orientação do periciando, não apenas em favor da continuidade do serviço que se verá dele desfalcado, mas, fundamentalmente, para que a reabilitação profissional se dê de forma mais breve possível, em homenagem à dignidade do trabalhador. Realmente, trabalho é a:

[...] soma de energia necessária à manifestação de qualquer atividade. Em tal sentido, o trabalho é uma concomitância da matéria: - toda matéria trabalha.

Tratando-se, porém, do homem, transcende-se a este conceito puramente físico. Ao trabalho humano se comunica a própria dignidade espiritual do homem. Como objeto do comércio jurídico, a energia humana não se pode confundir com os demais bens.⁵³

A falta de dados e, talvez de uma orientação no sentido de um melhor aproveitamento da energia humana que a Administração tem a seu serviço, conduz a que se conceda licença na base do *tudo* ou *nada*. É dizer, ou é concedido um período (maior ou menor do que aquele constante dos documentos médicos apresentados) de total afastamento,

51 Disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Indicadores-Execu%C3%A7%C3%A3o-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.aspx>>. Acesso em: 15 mar. 2017. O total de gastos, incluindo os demais Poderes, é da ordem de 53,44% da Receita Corrente Líquida, ou pouco mais de R\$ 75 bilhões.

52 Exatos 620.331, aí incluídas as empresas, fundações, Universidades e Defensoria Pública. Dados atualizados em março de 2.016. Fonte: Corregedoria Geral da Administração

53 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. Editora RT. p. 159.

ou nenhum afastamento é concedido. É certo que a Administração não pode atribuir ao funcionário serviços diversos dos inerentes ao cargo, exceto as funções de chefia e direção e as comissões legais (art. 10, do Estatuto dos Servidores), como também é certo que existe a possibilidade de readaptação temporária, de sorte a conceder “*facilidades*” ao servidor parcialmente incapacitado para o trabalho.

Demais disso, “*não podemos mais utilizar os antigos conceitos e o paradigma burocrático para analisar questões de desempenho e alegações de desvio de função no serviço público. Devem ser observados os princípios da eficiência e da economicidade, que impõem a todos servidores públicos um comprometimento com o serviço público oferecido. Sob esses novos princípios é que a jurisprudência e o caso concreto devem ser examinados*”.⁵⁴

Não se ignora a dificuldade de aproveitamento do readaptado, que se apresenta nas repartições como verdadeiro “trabalhador de cristal”, alguém que parece intocável e cujo emprego nas atividades quotidianas do órgão é extremamente melindroso. Mas não é disso que se cuida a readaptação, que é tão somente o ajustamento das atividades que podem ser desenvolvidas em razão das limitações de saúde do trabalhador. Não é *bill* de indenidade contra todo e qualquer trabalho.

O exercício da atividade de cassação por parte do DPME não está, com a devida *venia*, equacionado em seus melhores termos. Como visto, o motivo do ato concessivo da licença-saúde é a incapacidade laborativa que resulta de uma doença, enquanto a motivação é a explicitação deste motivo, justificando o ato em vista de sua finalidade legal. Ora, adequação de capacidade orgânica à atividade laboral não é assunto que pertence à ciência do Direito, devendo ser verificada por técnico da área da Medicina do Trabalho.

Mais do que ouvir o (suposto) enfermo em interrogatório disciplinar, com todas as garantias jurídicas peculiares ao ato, deve a Administração auscultá-lo no consultório do médico perito, sob a orientação dos critérios que orientam a prática da Medicina do Trabalho. O perito

54 TRF-4ª Região, ACi 309.887/2001, *apud* FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito à boa administração pública*. Malheiros, 2007. p. 30.

cassará a licença caso verifique que o motivo que a ensejou não está presente. Esta verificação para a cassação, tal qual a verificação para a concessão, não é tema que possa ser carreado ao processo disciplinar.

Sabe-se que o trabalho é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal). Este artigo resulta da realização de trabalho, bem assim a edição da revista em que publicado; sem trabalho não há progresso e nem se constrói a dignidade do trabalhador. É do trabalho que a imensa maioria de brasileiros extrai seu sustento. Sabe-se disso, e sabe-se também que as pessoas, muitas vezes, “mesmo sem condições de trabalho, sujeitam-se à atividade laboral por diversos motivos, dentre os quais, o mais importante, para não perderem seus empregos”.⁵⁵

Não se quer, com o afirmado até aqui, submeter o servidor a trabalho que exceda suas forças ou que agrave sua condição de saúde. Pelo contrário, quer-se, a bem de sua recuperação, uma resposta mais personalizada à sua situação, que possibilite conciliar sua dignidade com a necessidade social do trabalho.

Nesse sentido, a simples constatação do exercício de atividade remunerada, coisa que a todas as luzes prescinde de contraditório, é fato que deflagra a atuação fiscalizadora do DPME, que pode e deve ser exercida de ofício pela Administração (princípio da autotutela). Se dessa atuação fiscalizadora resultar cassação, em razão de ausência de motivo, haverá daí fortíssimos indícios para a instauração do processo administrativo disciplinar, em razão da subtração de capacidade laborativa.

Aqui é importante destacar que eventual fraude pode estar na fruição de uma licença cuja concessão não tem vício algum. O sistema adotado pela Administração Pública é o da “alta programada”, por meio da qual o perito estabelece o dia em que estará restabelecida a plena capacidade laborativa, o que pode ocorrer ou não. Ou pode ocorrer antes do termo final da licença, cuja cessação o servidor não solicitou nos termos do art. 184 do Estatuto.

55 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 16. ed. Editora Impetus. p. 142.

Pode também ser verificada ausência de capacidade laborativa para o retorno às atividades do cargo, resultando do confronto entre o estado de saúde do servidor e a atividade remunerada exercida, conclusão de que ambos são plenamente compatíveis, estando preservada a finalidade do ato de concessão da licença-saúde. Ou o resultado pode ser no sentido contrário: servidor sem condições de retorno ao exercício do cargo que trai a finalidade do ato concessivo da licença-saúde ao se dedicar a atividade remunerada incompatível com seus fundamentos.

8. Conclusão

Quando se fala em serviço público, qualquer número relativo às pessoas que no cotidiano o realizam, são superlativos. São mais de **seis centenas de milhares** de servidores, que atendem mais de **quatro dezenas de milhões** de usuários.⁵⁶ A quantidade de dinheiro para pagar o funcionalismo é da ordem das **dezenas de bilhão**. Trata-se de uma força de trabalho imensa, cuja gestão é merecedora de atenção que lhe seja proporcional.

Nesse cenário, a questão pertinente à concessão de licenças-saúde é tema da mais elevada importância, marcadamente para aquelas de curta duração, e também para aquelas em que dispensada a perícia. Nesses casos, a Administração deverá dedicar especial atenção aos atestados médicos que receber, de sorte a precaver-se contra eventual emprego de documento falso.

Em todas as hipóteses de licença-saúde é necessária análise mais criteriosa do total afastamento do servidor, em vista da reabilitação, ou readaptação provisória, prevista na legislação.

A proibição veiculada pelo art. 187, do Estatuto dos Servidores, deve ter sua redação atualizada, de modo a adequá-la aos princípios constitucionais pertinentes e também para que resulte mais clara a extensão da vedação e suas consequências, a exemplo do que já fez a legislação do Município de Belo Horizonte.

⁵⁶ Conforme dados do IBGE, a população do Estado de São Paulo, estimada em 2016, era de 44.749.699 habitantes (disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=sp>>).

É imperativo que o DPME conheça todas as atividades laborativas do servidor, no serviço público e no âmbito privado, no momento em que concede a licença-saúde, de sorte a melhor orientá-lo para sua mais pronta recuperação. Para isso é necessário atualizar a rotina de trabalho das perícias, por meio de alterações pontuais no Regulamento de Perícias Médicas, sugeridas no Anexo I, deste artigo.

A constatação do exercício de atividade remunerada durante a licença-saúde traz para a Administração Pública indícios de que o servidor tem, ou recuperou antecipadamente, sua capacidade laborativa. Essa constatação deve deflagrar a aplicação do art. 184, da Lei Estadual nº 10.261/68, submetendo-se o servidor a nova perícia.

Eventual cassação da licença não implica pena de qualquer natureza, mas apenas constatação de capacidade laborativa que deve legalmente ser empregada em proveito do serviço público.

Constatada a existência de capacidade laborativa, ou eventual incompatibilidade da atividade remunerada com os fundamentos da licença concedida, é que devem ser deflagradas providências de natureza disciplinar.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Saraiva.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial 4. 8. ed. Saraiva.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, reimpressão da edição brasileira de 1977, 3ª reimpressão portuguesa.

FREITAS, Juarez. *Discricionariade Administrativa e o direito à boa administração pública*. Malheiros, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BORSIO, Marcelo Fernando. *Crimes Previdenciários*. 2. ed. RT.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Parte Geral. 13. ed. Saraiva.

LEMES, Emerson Costa. *Atividades concomitantes ou simultâneas na Previdência Social – Regras e Teses Revisionais no RGPS*. Juruá Editora, 2015.

LEITÃO, André Studar; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’ana. *Manual de Direito Previdenciário*. 4. ed. Saraiva.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. RT.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. RT.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Malheiros.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5. ed. RT.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23. ed. Atlas.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 16. ed. Editora Impetus.

ANEXO I

Sugestão de alteração do Decreto Estadual nº 29.180,
de 11 de novembro de 1988

Regulamento de Perícias Médicas

a. Inclusão do inciso V e dois parágrafos no art. 28, com a seguinte redação:

[...]

V – informação acerca do exercício de outra atividade remunerada, a ser firmada pelo periciando no momento da perícia.

§ 1º – Considera-se atividade remunerada o exercício de outro cargo, emprego ou função pública, na Administração Direta ou Indireta estadual, municipal ou federal, bem assim outras atividades exercidas na iniciativa privada, ainda que sem vínculo de emprego.

§ 2º – O requisito previsto no inc. V, deste artigo, poderá ser dispensado em razão do estado de saúde do periciando, a critério do perito.

b. Acréscimo de parágrafo único ao art. 34, com a seguinte redação:

Parágrafo único – O perito verificará a compatibilidade ou não da manutenção do exercício da atividade remunerada informada na forma do art. 28, inc. V, deste Decreto, orientando o periciando e fixando os termos de concessão da licença, inclusive à luz do art. 3º e do parágrafo 2º, do art. 4º, ambos do Decreto Estadual nº 52.968, de 07 de julho de 1972.

c. Alteração do art. 82, que passará a ter a seguinte redação:

Art. 82 – Constatado o exercício de atividade remunerada não informado quando da concessão da licença, ou em contrariedade ao fixado pelo perito na forma do art. 34, parágrafo único, mediante Apuração Preliminar realizada pelo órgão encarregado da frequência do servidor,

o DPME será comunicado e convocará o servidor para nova perícia médica.

Parágrafo único – Mantida ou cassada a licença médica, o DPME comunicará o órgão de origem do servidor para eventuais providências de natureza disciplinar que se façam necessárias.

d. Disposições Finais e Transitórias

Art. .. – A Unidade Central de Recursos Humanos adaptará os formulários necessários ao cumprimento deste Decreto.

Art. .. – Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação e será aplicado às prorrogações de licenças-saúde concedidas antes de sua vigência.

O assédio moral no âmbito da Administração Pública

Adalberto Robert Alves¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Conceito, elementos e espécies de assédio moral; 3 – O assédio moral na Administração Pública; 4 – Casuística e jurisprudência; 5 – Conclusões; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Dentre os inúmeros temas que poderiam ser abordados em uma edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado destinada a celebrar a edição da Lei Complementar estadual nº 1.183, de 30 de agosto de 2012, e conseqüente implantação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares – PPD, parece-me adequado trazer à baila algumas linhas acerca do assédio moral no âmbito da administração pública, notadamente sob o prisma disciplinar, de modo a bem situá-lo, dirimindo-se, assim, dúvidas e equívocos verificados amiúde.

Se na esfera privada o assédio moral muitas vezes ocorre pelo temor que o empregado tem de perder seu posto de trabalho, na seara pública a garantia da estabilidade é, justamente, um dos fatores que ensejam sua ocorrência.

Paralelamente, o poder hierárquico, uma das notas basilares da administração pública, quando mal exercido também pode desaguar em assédio moral.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Foi Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral (2011-2015). Atualmente exerce o cargo de Procurador do Estado Assessor Chefe da Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Este singelo artigo busca apenas deitar luzes sobre algumas questões que orbitam o assédio moral, sem ter a pretensão de esgotá-las.

2. Conceito, elementos e espécies de assédio moral

O delineamento do assédio moral, embora tirado da doutrina trabalhista, é de todo aplicável à administração pública:

A doutrina pátria define o assédio como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho².

Assim, para que se esteja diante de uma situação que possa ser enquadrada como assédio moral, são necessários os seguintes elementos:

a) Conduta abusiva: ou seja, aquela que extrapola os limites da urbanidade e da razoabilidade;

b) Violência de natureza psicológica: a agressão pode se dar de várias formas³, mas nunca mediante contato físico entre agressor e vítima;

2 NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio Moral e Dano Moral no Trabalho*, p. 29/30.

Marie-France Hirigoyen, uma das principais estudiosas do tema, assim o define:

“Por assédio moral em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade, ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*, p. 65.

3 “[...], as práticas mais comuns consistem em: (i) desaprovação velada e sutil a qualquer comportamento da vítima; (ii) críticas repetidas e continuadas em relação à sua capacidade profissional; (iii) comunicações incorretas ou incompletas quanto à forma de realização do serviço, metas ou reuniões, de forma que a vítima sempre faça o seu serviço de forma incompleta, incorreta ou intempestiva, e ainda se atrase para reuniões importantes; (iv) apropriação de ideias da vítima para serem apresentadas como de autoria do assediador; (v) isolamento da vítima de almoços, confraternizações ou atividades junto aos demais colegas; (vi) descrédito da vítima no ambiente de trabalho mediante rumores ou boatos sobre a sua vida pessoal ou profissional; (vii) exposição da vítima ao ridículo perante colegas ou clientes, de forma repetida e continuada; (viii) alegação pelo agressor, quando e se confrontados, de que a vítima está paranoica, com mania de perseguição ou não tem maturidade emocional suficiente para desempenhar as suas funções; e (ix) identificação da vítima como ‘criadora de caso’ ou indisciplinada.” Nascimento, Sônia Mascaro. Op. cit., p. 30.

c) Repetição e protraimento: para a configuração do assédio moral não basta um único fato isolado, mas um comportamento reiterado por parte do agressor (*“Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão”*)⁴;

d) Constrangimento/humilhação da vítima: a conduta do agressor deve ser apta a causar constrangimento e/ou humilhação à vítima, não sendo suficiente, para tanto, mero aborrecimento ou dissabor; e

e) Isolamento da vítima e/ou deterioração do ambiente de trabalho: sob o ponto de vista do indivíduo vítima do assédio, a reiteração da conduta do agressor acaba por levá-lo a isolar-se no ambiente de trabalho, deixando não só de conviver com o próprio agressor, mas também com os demais colegas de trabalho.

À vista do conceito e dos elementos que caracterizam o assédio moral, é possível constatar que, ao contrário do que se infere em um primeiro momento, o assediador nem sempre é o superior hierárquico da vítima (embora esta seja a situação que ocorra com maior frequência), podendo ser outro colega de trabalho ou, inversamente, ser o subordinado.

Daí a doutrina mencionar as seguintes espécies de assédio moral:

Classifica-se, pois, nos seguintes moldes: assédio moral horizontal e assédio moral vertical (subdividindo-se em ascendente ou descendente) e assédio moral organizacional. Conforme a exposição abaixo:

[Assédio moral Horizontal] é também conhecido como *ganging* e *consubstancia-se* na conduta coletiva contra um(a) colega que, por razões a serem discutidas posteriormente, passa a ser alvo de discriminação e humilhação constante. Nesse aspecto, fica evidente a igualdade hierárquica entre os envolvidos, tanto assediadores quanto assediado.

[...]

[Assédio Moral Vertical Ascendente] é a hipótese mais rara, em que uma pessoa hierarquicamente superior é assediada por seus subordinados, que discordam de seus métodos. Mais uma vez, reforça-se a existência

4 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. p. 17.

de uma relação de dominação e poder, que supera inclusive a posição institucional superior do assediado.

[...]

[Assédio Moral Vertical Descendente] é o caso mais frequente nos ambientes de trabalho. Também recebe a denominação de *bossing*, já que retrata o assédio moral praticado por um superior contra um subordinado. Quer significar, portanto, que ao elemento dominação soma-se a hierarquia, de tal forma que a integridade moral da vítima fica exposta, sem obstáculos, à exploração e crueldade do assediador.

O ‘Assédio Moral Organizacional’, se manifesta quando a própria organização empresarial ou pública, tem como política institucional o assédio moral, com o objetivo de cumprir metas ou, simplesmente, como tática administrativa⁵.

3. O assédio moral na Administração Pública

Na esfera pública, o assédio moral passou a ganhar destaque crescente, ensejando a edição de leis para discipliná-lo, sendo que no âmbito estadual o Rio de Janeiro foi o pioneiro, ao editar a Lei estadual nº 3.921⁶, de 23 de agosto de 2002. No Estado de São Paulo, com o advento da Lei estadual nº 12.250⁷, de 09 de fevereiro de 2006, também restou vedado o assédio moral no âmbito da administração pública direta e indireta, sendo conveniente trazer à baila o disposto no artigo 2º da lei:

Artigo 2º - Considera-se assédio moral para os fins da presente lei, toda ação, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade

5 SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública*, p. 41.

6 “Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, e dá outras providências.”

7 Os evidentes vícios de inconstitucionalidade ensejaram a propositura, em 23.10.2007, da ADI nº 3.980, ora sob a relatoria da Min. Rosa Weber, cujo último andamento data de 23.09.2013. Não se tendo notícia do deferimento da liminar pleiteada, a lei continua hígida até o presente momento.

que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário, bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcionais do servidor, especialmente:

I - determinando o cumprimento de atribuições estranhas ou de atividades incompatíveis com o cargo que ocupa, ou em condições e prazos inexecutáveis;

II - designando para o exercício de funções triviais o exercente de funções técnicas, especializadas, ou aquelas para as quais, de qualquer forma, exijam treinamento e conhecimento específicos;

III - apropriando-se do crédito de ideias, propostas, projetos ou de qualquer trabalho de outrem.

Parágrafo único - Considera-se também assédio moral as ações, gestos e palavras que impliquem:

1 - em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor, que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;

2 - na sonegação de informações que sejam necessárias ao desempenho de suas funções ou úteis à sua vida funcional;

3 - na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na de subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;

4 - na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional.

De todo modo, o assédio moral sempre pôde ser facilmente enquadrado no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, Lei nº 10.261/68, que, no artigo 241, incisos VI, XII e XIV, elenca como deveres dos servidores públicos: *“tratar com urbanidade as pessoas”*, *“cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho”* e *“proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública”*. Dentre as proibições, cabe citar aquela prevista no artigo 242,

inciso VI, do Estatuto: “*promover manifestações de apreço ou despreço dentro da repartição, ou tornar-se solidário com elas*”.

Ou seja, para fins de configuração de ilícito disciplinar não havia necessidade da edição da Lei nº 12.250/2006, o que significa dizer que, ainda que ela seja declarada inconstitucional, subsiste a vedação ao assédio moral e, conseqüentemente, o poder/dever de a administração paulista coibi-lo, inclusive com a deflagração de procedimento disciplinar.

A par de violar as regras supracitadas, o assédio moral também afronta, indubitavelmente, princípios constitucionais, notadamente os da moralidade⁸ e impessoalidade⁹, o que torna ainda mais grave a conduta do agressor.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por considerar como ato de improbidade administrativa o assédio moral:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. CONDUTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO.

1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.
2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

8 “[...]a moralidade administrativa consiste no conjunto de ‘regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.

[...]A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar ou favorecer alguém deliberadamente, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente ofensivo à moralidade administrativa”. Silva, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 341.

9 “Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.” Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 117.

3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho – sarcasmo, crítica, zombaria e trote –, é campanha de terror psicológico pela rejeição.

4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.

7. Recurso especial provido.¹⁰

Do voto da Min. Relatora destaca-se:

A questão é saber se o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa também abrange atos como o presente, configuradores de assédio moral.

A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública todos os agentes que demonstrem pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

A partir dessas premissas, não tenho dúvida de que comportamentos como o presente, enquadram-se em ‘atos atentatórios aos princípios da administração pública’, pois ‘violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições’, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

Ademais, consoante já mencionado, está absolutamente caracterizado o elemento subjetivo na hipótese, a título de dolo genérico.

10 STJ – 2ª Turma – Resp. 1.286.466 – Rel. Min. Eliana Calmon – v.u. – j. 03.09.2013.

Mas o que torna propício o assédio moral no âmbito da administração pública?

Antes de responder à pergunta, é necessário ressaltar que este desprezioso artigo aborda o assédio moral de forma genérica, ou seja, em todas as esferas governamentais. Portanto, o estimado leitor deve ter em vista que algumas das situações de assédio são de difícil ocorrência na administração pública paulista (e, em especial, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado), mas certamente ocorrem de forma corriqueira em vários municípios: *“O assédio moral nas administrações públicas municipais ocorre principalmente nos municípios de pequeno porte, uma vez que há uma maior proximidade nas relações humanas e o ranço do coronelismo ainda se encontra entrelaçado às formas de gestão das prefeituras.”*¹¹.

Volvendo à indagação, quando se trata do assédio moral vertical descendente, ou seja, aquele praticado pelo chefe em relação ao seu subordinado, certamente ele resulta do extrapolamento do poder hierárquico, assim gizado:

4. Poder hierárquico

Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.

[...]

Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.

Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais.

[...]

11 SILVA, Leda Maria Messias da. Op. cit., p. 61.

A apreciação da conveniência e da oportunidade das determinações superiores refoge das atribuições meramente administrativas e, por isso, escapa da órbita de ação dos subalternos.¹²

Um dos estais da administração pública, o poder hierárquico confere grande ascendência das chefias em relação aos subordinados, disso resultando a necessidade de os cargos/funções de chefia serem preenchidos por servidores que, a par da competência técnica, reúnam também qualidades pessoais que lhes permitam lidar com conflitos interpessoais. É dizer, cabe à administração pública, por seus órgãos de recursos humanos, propiciar constante aperfeiçoamento das chefias, até porque o servidor, quando ingressa no serviço público, não é aprovado em concurso para exercer, inicialmente, cargos/funções de chefia, sendo isso decorrência de sua evolução funcional.

Então, aquele servidor que galga postos mais elevados em determinada carreira muitas vezes não tem a temperança suficiente para tratar com colegas que até recentemente estavam no mesmo nível hierárquico:

Muitas vezes, os principais gestores da administração pública não possuem capacitação adequada para exercer papéis de líderes dentro do âmbito público, acabando por cometer excessos dentro dos poderes estatais, restando acobertados muitas vezes pelo respaldo que as garantias políticas ou de um concurso público oferecem.¹³

Por outro lado, no assédio moral horizontal¹⁴, bem como no vertical ascendente, verifica-se que o agressor se fia na estabilidade, na lenidade

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 136/137.

13 SILVA, Leda Maria Messias da. *Op. cit.*, p. 52.

14 Na perfunctória pesquisa jurisprudencial para subsidiar este artigo logrou-se encontrar o seguinte caso de assédio moral horizontal:

“Responsabilidade Civil. Ação indenizatória por danos morais resultantes de alegada campanha difamatória encetada contra o autor, professor universitário, por colegas e discentes, no âmbito da universidade. Improcedência. Recurso. Inexistência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado. Provas documentais aptas a firmar a convicção do sentenciante que é o destinatário das provas. Prescrição de grande parte do pedido inicial. Embates acadêmicos. Inexistência de ilícito a ser reparado. Recurso improvido.” TJ/SP – 4ª Câmara de Direito Privado – Ap. nº 0023645-75.2011.8.26.0032 - Rel. Des. Fábio Quadros – V.U. – j. 25.08.2016.

Traz-se à baila o seguinte excerto do acórdão:

“[...] em desfavor de três outros colegas professores e quatro discentes do curso de

e até mesmo no corporativismo para conduzir-se desse modo contrário aos deveres funcionais.

A estabilidade gera, por vezes, a crença da impunidade, até porque a apuração de ilícito disciplinar demanda a deflagração de procedimento disciplinar (no mais das vezes precedido de apuração preliminar), cuja instrução, conclusão/decisão e recursos prolongam a decisão final, via de regra, por anos. Além disso, não é incomum a aplicação de pena relativamente branda, comparada à gravidade do ilícito.

Já a leniência e o corporativismo tendem a levar as vítimas de assédio moral a permanecerem inertes. Não é incomum, no âmbito disciplinar, o denunciante – ou mesmo a chefia – sentir “pena” do servidor que se vê processado, chegando até a amainar suas declarações quando ouvido no procedimento disciplinar.

Se o despreparo de algumas chefias pode dar ensejo ao assédio moral vertical descendente, pode também permitir suas demais espécies. Chefias excessivamente condescendentes com comportamentos inadequados na repartição pública acabam por permitir abusos, condutas relapsas, favorecimentos etc. Cria-se, assim, um ambiente díspar e propício ao assédio moral.

A doutrina retrata outras circunstâncias que também dão azo ao assédio moral:

Na administração pública, o assédio moral está correlato aos conflitos por melhores cargos dentro do plano de carreira, como também aos cargos de confiança, não se olvidando ainda do cumprimento de metas e preenchimento de requisitos necessários à elevação de cargo. Impende destacar que o autoritarismo presente na estrutura pública é um fator

pós-graduação diante de sistemática campanha difamatória contra sua pessoa, desde os idos de 2001, caracterizando verdadeiro assédio moral.

[...]

No mais, o que se colhe é que houve realmente desgaste entre os ilustres professores, mas que ele surgiu do puro embate que se dá em todos os campos da divulgação do conhecimento e que, muitas vezes, trazem desconforto, aborrecimentos e até mágoas entre os interlocutores que, no entanto, como no caso em tela, não desbordaram para a vera intenção de menosprezar, diminuir ou ofender a honra e o bom nome dos envolvidos, principalmente o recorrente que é profissional de reconhecida competência e portador de títulos que o qualificam para o exercício da atividade acadêmica.”

inibidor de denúncias, sendo muito difícil a configuração do assédio moral no âmbito público, uma vez que a coleta das provas torna-se escassa, pois as testemunhas furtam-se a prestar depoimentos com medo de sofrer posteriores retaliações.¹⁵

4. Casuística e jurisprudência

Com o fito de dar mais concretude à análise do assédio moral na esfera pública, passa-se à abordagem de algumas situações que corriqueiramente ocorrem na administração pública:

a) Remoção de servidores

A remoção de servidores está relacionada à mobilidade funcional dos servidores públicos e já mereceu tratamento na LC nº 180, cujo artigo 52 estabelece diretrizes importantes:

Artigo 52 - Mobilidade Funcional é a utilização plena e eficaz dos recursos humanos do serviço público por intermédio de institutos que permitam:

I - o constante aproveitamento do funcionário e do servidor em cargos ou funções-atividade mais compatíveis com suas aptidões, potencialidade e habilitação profissional;

II - o adequado dimensionamento e distribuição dos recursos humanos, consoante as reais necessidades das unidades administrativas. (grifei)

A rigor, as diretrizes acima balizam a administração, para que seja observado o interesse público, disso não destoando a doutrina:

Ainda que seja previsível que a remoção ocorra a pedido, esta concessão não subsistirá à conveniência do Poder Público. Tampouco há que se falar, em tese, em direito subjetivo a ser exercido pelo servidor, pois que prevalecerá o atingimento da finalidade pública. Portanto, a remoção a pedido será sempre relativizada em face de um interesse maior.

[...]

15 SILVA, Leda Maria Messias da. *Op. cit.*, p. 53.

*A autoridade administrativa tem poderes para determinar a designação e remoção de servidor, em face do poder discricionário conferido ao administrador público, baseada nos critérios de conveniência e oportunidade.*¹⁶ (grifei)

Assim, a simples remoção de servidor público, para atendimento de necessidades da administração e, *ipso facto*, observância do interesse público, não caracteriza assédio moral.

Nesse sentido, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO – ILEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL. AGRAVO RETIDO - Oitiva de testemunha contraditada - Alegação de suspeição, com fundamento em amizade íntima entre a testemunha e o agravado - Pedido de exclusão do depoimento - Impossibilidade - Amizade íntima não demonstrada - Compartilhamento de ideologias políticas que não configuram, necessariamente, a relação de amizade descrita - Ação ajuizada em face da Prefeitura e não do Prefeito, suposto inimigo político de ambos - Prova testemunhal, ademais, que não se mostrou pertinente e relevante para influir na decisão da causa - Agravo retido desprovido. MÉRITO. Auxiliar administrativo transferido de seu local de trabalho - Alegação de ilegalidade. Inexistência. Possibilidade de transferência de servidor, que pode se dar ex officio ou a pedido, sempre em conformidade com o interesse da Administração Pública (oportunidade e conveniência) - Perseguição não comprovada - Ausência de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade - Poder Judiciário que não pode rever o mérito da decisão administrativa - Não cumprimento do ônus probatório. Inteligência do artigo 333, I, do CPC/1973. Litigância de má-fé. Inocorrência - Discussão judicial - Direito constitucional assegurado - Não enquadramento em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 17 do Código de Processo Civil/1973 - Sentença mantida. Recurso não provido.¹⁷

16 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*, p. 378/379.

17 TJ/SP – 13ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0001734-66.2014.8.26.0140 – Rel. Des. Spoladore Domingues – V.U. – j. 06.07.2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Servidor municipal. Itu. Motorista. Remoção de setor. Cessação das horas extras prestadas. Assédio moral. Dano moral. Indenização. O servidor público estável pode ser removido ou transferido pela Administração, segundo a conveniência do serviço, sem qualquer ofensa à sua efetividade e estabilidade; o autor não é inamovível e sua lotação em outro setor não caracteriza arbitrariedade, perseguição política, abuso de poder ou coação moral. Esvaziamento das funções e condições inadequadas do local de trabalho não demonstradas na espécie. Funcionário, ademais, que não possui direito à prestação de horas extras, mas tão somente ao recebimento da respectiva remuneração caso prestadas. Dano moral não demonstrado; autor que não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, a teor do art. 333, I do CPC. Improcedência. Apelo do autor desprovido.¹⁸

Quando do julgamento da Ap. nº 3004549-11.2013.8.26.0272, entretanto, o TJ/SP houve por bem considerar provado o assédio moral em decorrência de sucessivas remoções do mesmo servidor, que se deram sem a devida motivação:

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO - Pedido de reparação moral em decorrência de assédio moral - Repetidas imotivadas transferências de lotação - Dano moral caracterizado - Situação que avançou o mero aborrecimento - Remessa necessária, considerada interposta, e apelação do Município de Itapira parcialmente providas, com determinação de nova disciplina acerca dos consectários legais.¹⁹

Destaca-se o seguinte trecho do voto do Des. Relator:

Enfim, os fatos avançaram para além da fronteira do mero aborrecimento para a órbita da reparação extrapatrimonial, posto que o servidor

18 TJ/SP – 10ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0007917-08.2011.8.26.0286 - Rel. Des. Torres de Carvalho – V.U. – j. 21.11.2016.

No mesmo sentido:

TJ/SP – 6ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0007972-73.2014.8.26.0505 - Rel. Des. Sidney Romano dos Reis – V.U. – j. 08.08.2016.

19 TJ/SP – 5ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 3004549-11.2013.8.26.0272– Rel. Des. Fermio Magnani Filho – V.U. – j. 14.07.2016.

foi relatado seguidamente sem qualquer motivação plausível. Duvida-se que tantas realocações tenham atingido outro barnabé dessa prefeitura em tão poucos meses. Há evidências de danos psíquicos. A justificativa do interesse público deve ser afastada por conta do caráter genérico do argumento, que tornaria defensável qualquer ato governamental, agasalhado pelo dito pretexto, o que não pode ser acolhido. A gravidade da situação, dada pelo número de remoções frente ao curto espaço de tempo, podendo claramente ser entendida como assédio moral.

b) Meros aborrecimentos e dissabores no ambiente de trabalho

A caracterização do assédio moral exige que à vítima seja impingido tratamento tal que lhe cause humilhação, ofenda sua integridade, chegando às raias de abalá-la psicologicamente.

Meros e pontuais dissabores, que podem ocorrer cotidianamente em qualquer repartição pública, não são aptos a configurar assédio moral:

Reclamação Trabalhista. Indenização por danos morais e materiais. Servidora municipal que afirma ter sofrido assédio moral por parte de sua superiora hierárquica, desenvolvendo, em consequência, problemas de saúde físicos e mentais. Sentença de procedência em relação aos danos morais. Recurso da Municipalidade buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Conjunto probatório que lastreia suficientemente o acolhimento da pretensão, e estabelece indício entre o transtorno depressivo da autora e a atuação de sua superiora hierárquica. Valor indenizatório adequado e que não merece redução. Recurso improvido.²⁰

20 TJ/SP – 11ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 3010587-42.2013.8.26.0562 - Rel. Des. Aroldo Viotti – V.U. – j. 27.09.2016.

Destaca-se o seguinte trecho do julgado:

“Há prova suficiente de que a autora recebia de sua superiora imediata, no ambiente de trabalho, tratamento vexatório e que a expunha publicamente a situação de constrangimento. Nada obstante boa parte das alegações da inicial não tenha recebido confirmação probatória, vieram aos autos elementos no sentido de que a chefe imediata da autora, Coordenadora Administrativa, repetidamente a admoestava e repreendia, criticando seu trabalho de maneira acintosa e ostensiva, em altos brados e publicamente, de modo a ser ouvida por todos no ambiente de trabalho”.

ASSÉDIO MORAL. Pretensão a indenização por dano moral não configurado, pois para tanto é necessária a existência de abusos reiterados, atestando o ilícito, o que não ficou demonstrado nos autos. Sentença confirmada. Recurso não provido.²¹

APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. TRATADOR DE ÁGUA. Horas extras. Escala de trabalho que demonstra ter o autor trabalhado sob o regime de 12x24h sem que o município tenha demonstrado o pagamento de todas as horas extras. Indenização de danos morais. Incabível. Assédio moral não configurado. Necessária conduta reiterada e não acontecimento isolado. Reintegração. Impossibilidade. Desvio de função. Não demonstrado. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.²²

APELAÇÃO. ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. AUTORES QUE NÃO SE DESINCUMBIRAM DE COMPROVAR O EFETIVO ABALO PSÍQUICO DE QUE TERIAM SIDO VÍTIMAS E ASSIM O CONSEQUENTE DANO MORAL. A EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA EM UMA REUNIÃO DE TRABALHO DE FORMA MAIS ACALORADA E DIRIGIDA DE MANEIRA GENÉRICA A TODOS OS PARTICIPANTES NÃO CONFIGURA ASSÉDIO MORAL. NÃO CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.²³

21 TJ/SP – 7ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0003477-53.2015.8.26.0439 - Rel. Des. Coimbra Schmidt – V.U. – j. 03.10.2016.

22 TJ/SP – 10ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0001421-55.2009.8.26.0666 - Rel. Des. Marcelo Semer – V.U. – j. 03.10.2016.

23 TJ/SP – 3ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 1004453-24.2015.8.26.0510 - Rel. Des. Amorim Cantuária – V.U. – j. 04.10.2016.

Cumprir citar o seguinte excerto do voto do Des. Relator:

“No caso, como bem constou na fundamentação da r. sentença, depreende-se dos depoimentos das testemunhas arroladas que, de fato, as falas atribuídas ao Sr. Alour, gerente do setor de transporte, foram proferidas durante uma acalorada reunião de maneira generalizada, provavelmente na candência de um embate.

[...]

Diante disto, insista-se, o mero incômodo, o enfado e o desconforto de algumas circunstâncias que se suporta em razão da vida em sociedade, não são acontecimentos aptos a causar abalos psíquicos de efeitos duradouros, de modo a ensejar a fixação de reparação

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de Indenização – Servidora Pública Municipal – Assédio Moral praticado por superiora hierárquica – Discussões e conflitos no ambiente de trabalho – Prova testemunhal comprobatória do ambiente hostil – Prova pericial a demonstrar o abalo psicológico e afastamento do trabalho – Conflitos que perduraram por longo período – Afastado o mero dissabor – Responsabilidade do Administrador de gerir os conflitos e intervir nas relações de trabalho – Nexo de causalidade demonstrado – Alegada redução salarial não comprovada – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso da Municipalidade não provido e recurso da acionante parcialmente provido.²⁴

c) Insatisfação com o trabalho e condições inadequadas

A insatisfação do servidor com as funções desempenhadas, bem como condições de trabalho inadequadas tampouco configuram assédio moral:

Responsabilidade civil do Estado – Funcionalismo – Agentes de segurança penitenciária – Imputação de assédio moral a dirigentes de unidade prisional – Fatos que denunciem intenção deliberada e persistência em agredir valores da personalidade não provados – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação improvido.²⁵

pecuniária. Trata-se de mero dissabor, derivado de uma exigência de cunho patrimonial, que não tem o condão de se transmutar em dano moral”.

No mesmo sentido: TJ/SP – 2ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0071428-84.2006.8.26.0114 - Rel. Des. Vera Angrisani – V.U. – j. 11.10.2016

24 TJ/SP – 11ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0063010-60.2006.8.26.0114- Rel. Des. Luis Ganzerla – V.U. – j. 18.10.2016.

25 TJ/SP – 12ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0006346-50.2014.8.26.0430 - Rel. Des. Souza Meirelles – V.U. – j. 03.04.2017.

Cita-se, por oportuno, a seguinte passagem do acórdão:

“Decerto que uma unidade prisional, ao menos no modelo trilhado pela atual política penitenciária brasileira e diante da própria natureza do serviço público nela prestado, está longe de ser uma repartição em que as condições de trabalho dos servidores sejam as mais satisfatórias, posto que nem mesmo para os reclusos o são, a despeito das constantes reivindicações dos organismos imbuídos do propósito de reivindicar o respeito à dignidade humana”.

APELAÇÃO CÍVEL. 1. Servidora pública do Município de Campinas ocupante do cargo de Diretora Educacional – Pedido de percepção de adicional de periculosidade – Descabimento – Falta de prova da existência de ambiente de risco justificador do recebimento do respectivo incremento – Assédio moral – Fato não demonstrado – Exigências de trabalho, ainda que persistentes, em ambiente com estrutura inadequada, que não configuram assédio moral, desde que desacompanhadas de ofensas e perseguições injustificadas – Improcedência da ação – Manutenção da sentença. 2. Agravo retido prejudicado e recurso não provido.²⁶

APELAÇÃO CÍVEL. 1. Reparação de danos extrapatrimoniais – Assédio moral – Procuradora autárquica do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Sorocaba (SAAE) – Desgaste psicológico advindo de conflitos internos existentes em local de trabalho, inclusive ex vi de postura profissional duvidosa e questionável – Testemunho crítico de colegas e funcionários que conviveram no mesmo contexto – Insatisfação com o ambiente de trabalho que não caracteriza perseguição, humilhação ou menosprezo – Ambiente conflituoso atribuível ao comportamento de pouca colaboração da parte, questionada, inclusive, por colegas de profissão – Improcedência da ação – Manutenção da sentença. 2. Recurso não provido.²⁷

d) Deflagração de procedimento disciplinar

A simples deflagração de procedimento disciplinar, até mesmo em cumprimento ao dever de ofício a que todo servidor está adstrito (cf. artigo 241, V, do Estatuto), não configura assédio moral, ainda que, ao final, o servidor sindicado venha a ser absolvido:

26 TJ/SP – 12ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0034319-65.2008.8.26.0114 – Rel. Des. Osvaldo de Oliveira – V.U. – j. 10.06.2016.

Destaca-se:

“As condições ruins de trabalho tudo indica não colaboravam para que desempenhasse suas atribuições com mais eficiência, o que proporcionava, do outro lado da ponta, as cobranças que acabaram por refletir em sua saúde, o que foi interpretado pela autora como fundamento para a reparação civil em apreço, mas que, na verdade, não configuram assédio moral.”

27 TJ/SP – 12ª Câmara de Direito Privado – Ap. nº 0047980-34.2010.8.26.0602- Rel. Des. Osvaldo de Oliveira – V.U. – j. 22.09.2016.

APELAÇÃO – Indenização por danos morais – Assédio moral – Conduta de superior hierárquico na apuração de denúncia envolvendo os autores, policiais militares – Situação vexatória ou humilhante inexistente – Conduta do superior que não extrapolou os limites legais, agindo no cumprimento de dever de ofício – Dano moral não configurado – Transtorno que não é apto a provocar dano reparável – Sentença mantida – Recurso não provido.²⁸

APELAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REINTEGRAÇÃO DE CARGO – Exoneração a pedido do servidor público – Alegação de perseguição e assédio moral – Descabimento – Ônus probatório que incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu alegado direito – Exegese do art. 373, I, do CPC (vigente) – Instauração de vários processos administrativos em virtude de faltas injustificadas, dentre outras ocorrências desabonadoras – Impossibilidade de o Judiciário adentrar no mérito administrativo, sob pena de afronta ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) – Análise do Poder Judiciário, em sede de processo administrativo disciplinar, que deve se limitar a verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido processo legal (âmbito da legalidade) – Inexistência de irregularidade no processamento do processo administrativo – Procedimento que pautou-se pela estrita observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, com oportunidade para manifestação e produção de provas – Simples arrependimento do servidor com o seu pedido de exoneração – Dano moral – Inocorrência – Precedentes do E. STJ e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido.²⁹

28 TJ/SP – 8ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 1000310-39.2014.8.26.0053 - Rel. Des. Ponte Neto – V.U. – j. 27.07.2016.

29 TJ/SP – 11ª Câmara de Direito Público – Ap. nº 0011522-20.2010.8.26.0278 – Rel. Des. Marcelo L. Theodósio – V.U. – j. 14.06.2016.

5. Conclusões

O assédio moral na administração pública, em qualquer de suas espécies, há que ser combatido com vigor, pois, além de configurar ilícito disciplinar, enseja a reparação da vítima pelo dano moral dele decorrente.

A despeito das dificuldades materiais (excesso de trabalho e condições inadequadas de trabalho, por exemplo), o respeito e a cordialidade – entre chefes e subordinados e vice-versa – devem ser mantidos na repartição pública, até para que possa ser possível o atendimento do fim último, que é prestar um serviço de qualidade ao cidadão e bem atendê-lo.

Mas não é uma tarefa exclusiva dos servidores, cabendo à administração pública, principalmente por seus órgãos de recursos humanos, propiciar treinamento adequado às chefias, viabilizar o atendimento às vítimas de assédio moral e instituir canais de diálogo, de modo a impedir a paulatina degradação do ambiente de trabalho.

Referências bibliográficas

HIRIGOYEN, Marie-Francie. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. Maria Helena Kuhner (Trad.). 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 4. ed. Rejane Janowitzzer (Trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. 8. ed., atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral e dano moral no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Leda Maria Messias da. *O assédio moral na administração pública: um livro em prol da extinção dessa praga*. São Paulo: LTr, 2015.

Responsabilização disciplinar dos empregados de autarquia

Eraldo Ameruso Ottoni¹

Sumário: 1. Delimitação do tema; 2. Atribuições da Procuradoria Geral do Estado; 3. Das Comissões Processantes Permanentes à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares; 4. Processo punitivo – procedimento legal adotado para os empregados públicos; 4.1. Ampla Defesa e Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal; 4.2. Conexão ou continência entre infrações praticadas por estatutários e celetistas; 5. Penas cabíveis; 5.1. Rescisão do contrato de trabalho; 5.2. Suspensão por até 30 dias; 5.3. Advertência; 6. Prazo para aplicação das penas; 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Delimitação do tema

A Administração Pública Estadual conta atualmente com 25 Secretarias de Estado, 25 Autarquias (8 delas de regime especial), 20 Empresas Públicas, 16 Fundações e 3 Universidades,² empregando em

-
- 1 Procurador do Estado de São Paulo. Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.
 - 2 Nos termos do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 07, de 06.11.69, que dispõe sobre entidades descentralizadas: Artigo 1º - O Estado descentralizará os serviços que, por sua natureza ou finalidade, justifiquem autonomia técnica, administrativa ou financeira. Artigo 2º - A descentralização se efetivará mediante a constituição de: I - autarquias; II - empresas públicas e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua Administração centralizada ou descentralizada. III - fundações.” Não há previsão de sociedades de economia mista, a exemplo do art. 4º, inc. II, “c”, do Decreto-Lei Federal nº 200, de 25.02.67.

seu conjunto mais de 600.000 mil pessoas. Na Administração Direta são aproximadamente 465.000 servidores; nas Autarquias (incluindo as de Regime Especial), 32.000; nas Empresas Públicas, 41.000; nas Fundações, 18.000 e nas Universidades, 40.000.³

Todas essas pessoas vinculam-se à Administração Pública por intermédio de uma relação jurídica que estabelece os direitos e deveres relativos ao exercício da atividade profissional a ser desenvolvida.

No Estado de São Paulo não foi adotado o regime jurídico único previsto no art. 39, *caput*, da Constituição Federal,⁴ havendo na Administração Direta servidores sujeitos a regime estatutário, estruturado essencialmente pela Lei Estadual nº 10.261/68, Leis Orgânicas (a exemplo da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado) e Leis específicas de determinadas categorias profissionais (a exemplo da Lei Complementar nº 898, de 13 de julho de 2001, que trata dos Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária); regime temporário, nos termos da Lei Complementar nº 1.093, de 16 de julho de 2009 (que proibiu, em seu art. 24, contratações pela Lei nº 500/74) e regime contratual, observando as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).⁵

Na Administração Indireta, o regime de contratação de pessoal das Autarquias previsto no art. 14, §2º, do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 07/69 é da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).⁶ Nas empresas públicas, o regime é o da CLT por força de

3 Conforme dados da UCRH, relativos à folha de pagamento do mês de fevereiro de 2017, são 620.331 servidores; 465.451 nas Secretarias de Estado e Polícia Militar, 1.528 na Defensoria Pública, 52.657 nas Autarquias, 41.457 nas Empresas Públicas, 18.274 nas Fundações e 40.964 nas Universidades.

4 Art. 39. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. A Emenda Constitucional nº 19/98 pretendeu extinguir o regime jurídico único, alterando a redação do art. 39, que passaria a ser a seguinte: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”. Por questões de vícios formais e materiais de constitucionalidade, entretanto, a alteração encontra-se suspensa em Medida Cautelar proferida na ADI 2135.

5 Sendo relevante destacar que a Lei nº 500/74 prevê possibilidade de admissão pelo regime da CLT, o que faz em seu art. 3º.

6 Exceto quanto aos Superintendentes, que são considerados ocupantes de cargos

determinação do art. 173, §1º, inc. II, da Constituição Federal. As Fundações, a exemplo da Fundação Casa, são constituídas “sob a égide do direito privado”⁷, motivo pela qual devem contratar seu pessoal pela CLT.

Do universo de pessoas vinculadas profissionalmente à Administração Pública, mais de 150.000 estão sujeitas ao regime de contratação previsto na CLT, circunstância que, por si só, recomenda o constante estudo e aprimoramento de atuação neste ramo do Direito.

Este artigo tem o objetivo de analisar como se dá a responsabilização disciplinar dos servidores públicos contratados pelo regime da CLT, com foco específico nos empregados de Autarquia, tendo em vista as alterações constitucionais e legais que se operaram no Estado de São Paulo a partir do início dos anos 2000. Para tanto, inicialmente serão analisadas as normas que dizem respeito às atribuições institucionais da Procuradoria Geral do Estado.

Uma vez fixadas as atribuições institucionais da Procuradoria Geral do Estado, o artigo analisa a forma como tais atribuições vem sendo exercidas, marcadamente no que diz com a legislação processual empregada para apuração da responsabilidade disciplinar dos empregados.

O estudo da legislação processual empregada permitirá verificar a extensão do devido processo legal que se defere a esses empregados, inclusive, à luz do que dispõe a Súmula Vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal. Também serão analisadas as penas a que se sujeitam, bem assim o prazo para a imposição de tais penalidades.

comissionados, nos termos do art. 10, do Decreto-Lei Complementar 07/69 - “Art. 10 - As autarquias serão dirigidas por um Superintendente, nomeado pelo Governador do Estado, em comissão, mediante prévia aprovação da Assembleia Legislativa. Parágrafo único - A nomeação para o exercício do cargo de que trata este artigo deverá recair em pessoa de reconhecida capacidade técnica e administrativa, relacionada com a atividade da autarquia”. Autarquias de recente criação têm adotado o regime da CLT para o seu pessoal, como a SPPrev (art. 21, da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007) e o DETRAN (art. 15, par. único, da Lei Complementar Estadual nº 1.195, de 17 de janeiro de 2013).

7 Parecer PA nº 103/14.

2. Atribuições da Procuradoria Geral do Estado

As disposições pertinentes à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, para além da regra matriz do artigo 132,⁸ da Constituição Federal, tem sede na Constituição Estadual, nos artigos 98 a 102.

Em sua redação original, o art. 98 da Constituição Estadual previa a Procuradoria Geral do Estado como instituição permanente, “responsável pela Advocacia do Estado, da Administração Direta e autarquias”. Ao minudenciar suas funções institucionais, o art. 99 dispunha que lhe incumbia “representar judicial e extrajudicialmente o Estado” (inc. I), “exercer as funções de consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral” (inc. II), incumbindo-lhe ainda “realizar procedimentos administrativos não regulados por lei especial” (inc. IX).

Os entes Autárquicos foram dotados de órgãos jurídicos próprios, vinculados à Procuradoria Geral do Estado “para fins de atuação uniforme e coordenada” (art. 101, Constituição Estadual).

Ao tempo em que promulgada a Constituição Estadual, a Procuradoria Geral do Estado estava organizada pela Lei Complementar Estadual nº 478, de 18 de julho de 1986 (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado). No elenco de suas atribuições, então constante do art. 2º, não havia qualquer menção às autarquias. Havia previsão no sentido de que a Procuradoria Geral do Estado tinha por atribuições “representar judicial e extrajudicialmente o Estado” (inc. I) e também, dentre tantas outras, “exercer as funções de Consultoria Jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral” (inc. III). Cabia ao Subprocurador Geral da área da Consultoria “coordenar os trabalhos das Comissões Processantes” (art. 9º, parágrafo único). Tais Comissões, como se verá adiante, eram as Comissões existentes nas Secretarias de Estado.

8 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Em 2004, a Emenda Constitucional (Estadual) nº 19, de 14 de abril de 2004, alterou as disposições pertinentes à Procuradoria Geral do Estado. Do artigo 98 suprimiu-se qualquer distinção entre a Administração direta e autarquias, de sorte que a Instituição passou a ser “responsável pela advocacia do Estado”.

O art. 99 também foi alterado, passando a serem funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, a representação judicial e extrajudicial do Estado “e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais” (inc. I), o exercício das “atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas” (inc. II) e, também, dentre outras, a de “realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial” (inc. IX).

Por meio de alteração no art. 101 foi suprimida a previsão da existência de órgãos jurídicos nos entes autárquicos, sem prejuízo de ficarem vinculados à Procuradoria Geral do Estado, “para fins de atuação uniforme e coordenada, os órgãos jurídicos das universidades públicas estaduais, das empresas públicas, das sociedades de economia mista sob controle do Estado, pela sua Administração centralizada ou descentralizada, e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Os órgãos jurídicos das Autarquias foram extintos e as atribuições deles passaram a ser da Procuradoria Geral do Estado, condicionada a efetiva assunção “à adequação da estrutura organizacional desta, sem prejuízo da possibilidade de imediata designação de Procuradores do Estado para a execução de tarefas específicas da entidade autárquica, por ato do Procurador Geral do Estado, mediante prévia solicitação do respectivo Superintendente”, consoante disciplina do art. 11-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (redação da Emenda Constitucional nº 19, de 14.04.04).

No início dos anos 2000, paralelamente às alterações na Constituição Estadual, promoviam-se também no âmbito da legislação infraconstitucional profundas inovações em três grandes regimes disciplinares da Administração Pública Estadual. Pela ordem em que implantadas, foram alterados o *i*) Regulamento Disciplinar da Polícia Militar;

ii) Regime Disciplinar das carreiras da Polícia Civil; e iii) Regime Disciplinar dos Funcionário Públicos Cíveis.

Interessam-nos, para este artigo, as alterações do Regime Disciplinar dos Funcionários Públicos Cíveis e seus reflexos nas atribuições da Procuradoria Geral do Estado. Antes, porém, ainda que de relance, vale mencionar as alterações verificadas no âmbito da Polícia Militar e da Polícia Civil, pois inclusive nesta ordem é que passaram a vigorar as inovações introduzidas.

1. Polícia Militar: em julho de 1998, o Governador encaminhou à Assembleia Legislativa Projeto de Lei Complementar (PLC) para instituir o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com o objetivo de “atualizar e adequar a aplicação de sanções disciplinares às normas constitucionais vigentes, bem como dinamizar o procedimento demissório no âmbito da Polícia Militar”.⁹

O PLC recebeu o nº 26/98, convertendo-se na Lei Complementar Estadual nº 893, de 09 de março de 2001, logo alterada pela Lei Complementar Estadual nº 915, de 22 de março de 2002 (com a única finalidade de tornar irrecuráveis as decisões do Comandante Geral).

Vale destacar que a Lei Complementar nº 893/01 classifica as faltas disciplinares em graves, médias e leves, o que faz em seu art. 13,¹⁰ elencando em seguida 132 transgressões específicas. As penas cabíveis estão no art. 14, e são: advertência, repreensão, permanência disciplinar, detenção, reforma administrativa disciplinar, demissão, expulsão e proibição do uso de uniforme.

2. Polícia Civil: em maio de 2002 foi encaminhado à Assembleia Legislativa Projeto de Lei Complementar com a finalidade “primordial de modernizar e dinamizar o procedimento das sindicâncias e processos administrativos disciplinares”¹¹ previstos na Lei Complementar Estadual

⁹ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=26268>. Acesso no dia 16.05.17.

¹⁰ Artigo 13 - As transgressões disciplinares são classificadas de acordo com sua gravidade em graves (G), médias (M) e leves (L).

¹¹ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=144737>, acesso no dia 16.05.17. Preocupou-se também o projeto em abolir o instituto da verdade sabida, com as seguintes palavras, constantes da mensagem de encaminhamento: “Assim é que, a partir da nova ordem constitucional, deixou de ter qualquer sentido, por exemplo, a instituição da ‘verdade sabida’, bem como tornou-se impossível a aplicação de qualquer sanção sem prévio exercício do direito de defesa”.

nº 207, de 05 de janeiro de 1979 (Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo).

O PLC recebeu o número 20/02 e foi convertido na Lei Complementar Estadual nº 922, de 02 de julho de 2002. Do que se contém no regime disciplinar dos Policiais Civis vale destacar: *i*) dever de lealdade às instituições (art. 62, inc. II); *ii*) previsão de 65 transgressões disciplinares, sem classificação em graves, médias e leves (art. 63); *iii*) penas cabíveis: advertência,¹² repreensão, multa, suspensão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentadoria ou disponibilidade (art. 67).

3. Servidores Públicos Civis: no que toca aos servidores civis, as inovações foram concebidas em dois Projetos de Lei Complementar distintos. Um deles, o PLC nº 40, de 2002, com a finalidade de criar na organização da Procuradoria Geral do Estado a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, para absorver as atribuições que lhe seriam endereçadas pelas profundas alterações que o PLC 41, também de 2002, objetivava fazer na Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968.

Os dois projetos foram encaminhados à Assembleia Legislativa na mesma data, 16 de outubro de 2002. O PLC 41 teve tramitação muitíssimo rápida, convertendo-se na Lei Complementar nº 942, de 06 de junho de 2003. Já o PLC 40 não teve a mesma sorte, convertendo-se em Lei tão somente em 2012, mais de nove anos após (Lei Complementar nº 1.183, de 30 de agosto de 2012).

A inserção da Procuradoria Geral do Estado no sistema disciplinar das Autarquias iniciou-se, portanto, com a vigência da Lei Complementar Estadual nº 942, de 06 de junho de 2003, razão pela qual esta lei merece análise mais detida, que adiante se fará.

12 Art. 71 – A pena de advertência será aplicada verbalmente, no caso de falta de cumprimento dos deveres, ao infrator primário. Parágrafo Único – A pena de advertência não acarreta perda de vencimentos ou de quaisquer vantagens de ordem funcional, mas contará pontos negativos na avaliação de desempenho.

3. Das Comissões Processantes Permanentes à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares

Até a promulgação da Lei Complementar Estadual nº 942/03, o papel da Procuradoria Geral do Estado no sistema disciplinar estadual era indicar Procurador do Estado para presidir as Comissões Processantes Permanentes, órgãos integrantes dos Gabinetes das Secretarias de Estado¹³, e nessa indicação se esgotava a coordenação a cargo da Subprocuradoria da área da Consultoria. Esta lei extinguiu as Comissões Processantes Permanentes, e a condução dos processos disciplinares passou a ser incumbência da Procuradoria Geral do Estado, sob a presidência de Procurador do Estado confirmado na carreira.¹⁴

Estabelecida a nova atribuição, não foi criada a estrutura necessária para absorvê-la, na medida em que o PLC 40 permanecia em tramitação. De tal sorte é que os processos disciplinares continuaram a tramitar nas Secretarias, presididos por um Procurador do Estado, e não mais por comissão. As *Comissões Processantes Permanentes* então se transformaram em *Unidades Processantes Permanentes*,¹⁵ permanecendo ainda na estrutura organizacional das Secretarias.

13 Em sua redação original, dispunha a Lei Estadual nº 10.261/68: Art. 278 – Em cada Secretaria de Estado haverá Comissões Processantes Permanentes destinadas a realizar os processos administrativos. § 1º - Os membros das Comissões Processantes Permanentes serão designados pelos Secretários de Estado, com aprovação do Governador. 2º - O disposto neste artigo não impede a designação de comissões especiais pelo Governador do Estado. Art. 279 – As Comissões Processantes Permanentes serão constituídas de 3 (três) funcionários, nomeados pelo prazo de 2 (dois) anos, facultada a recondução, cabendo a presidência a Procurador do Estado. § 1º - Haverá tantas Comissões quantas forem julgadas necessárias. § 2º - Os membros da Comissão poderão ser dispensados a qualquer tempo, com aprovação do Governador.

Antes da Lei Estadual nº 10.261/68, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis era regulamentado pelo Decreto-Lei Estadual nº 12.273, de 28 de outubro de 1941. Este Decreto-Lei também previa realização de processo disciplinar por comissão de funcionários, cabendo a um deles a presidência. Dispunha o art. 248: O processo administrativo será realizado por uma comissão, designada pela autoridade que houver determinado a sua instauração e composto de três funcionários. § 1º – A autoridade indicará, no ato da designação, um dos funcionários para dirigir, como presidente, os trabalhos da comissão. § 2º - O presidente da comissão designará um funcionário para secretariá-la.

14 Nova redação do art. 271: “Os procedimentos disciplinares punitivos serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procurador do Estado confirmado na carreira”

15 Nos termos do parágrafo único, do art. 3º, das disposições transitórias da Lei Complementar nº 942/03, “o presidente da Comissão Processante assumirá a condução do processo

No ano de 2008, a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado sofreu alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 1.082, de 17 de dezembro de 2008. O art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar 478/96, teve nova redação, passando a dispor que “compete, ainda, ao Subprocurador Geral da área da Consultoria coordenar a atividade referida no inc. IX do artigo 99 da Constituição estadual”.

Em 2009, por intermédio do Decreto Estadual nº 54.050, de 20 de fevereiro, é que as Unidades Processantes Permanentes das Secretarias foram extintas,¹⁶ ficando as respectivas atividades diretamente subordinadas à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria, sob a Coordenação de um Procurador Chefe. Estava criada a Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, integrada à Subprocuradoria da Consultoria, pela qual passaram a tramitar todos os processos disciplinares de todas Secretarias de Estado.¹⁷

O breve relato histórico permite compreender melhor a cultura até então instalada, no sentido de que, uma vez relatado o processo disciplinar pela Comissão Processante Permanente, ele era encaminhado para a Consultoria Jurídica da Pasta. Isso tinha algum sentido antes de 2009, época em que a condução dos processos disciplinares não era atribuição institucional da Procuradoria Geral do Estado, e os relatórios retratavam opinião de servidores reunidos em Comissão, ainda que sob a presidência de Procurador do Estado. A partir de 2009, a elaboração dos relatórios finais em processos disciplinares passou a ser atribuição institucional da

administrativo em curso, sem prejuízo de eventual redistribuição a critério da Procuradoria Geral do Estado”.

16 Decreto nº 54.050/09, art. 6º - Ficam extintas as Unidades Processantes Permanentes das Secretarias de Estado e cessadas as designações dos Procuradores do Estado para presidi-las.

17 A Resolução PGE-13, de 27.02.09, designou os seguintes Procuradores do Estado para atuarem na Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares: 1. Dr. Messias José Lourenço (atualmente classificado na PPD); 2. Dr. Carlos Miyakawa (atualmente classificado na Procuradoria Fiscal); 3. Dr. Oscar Rodrigues de Campos Filho (aposentado); 4. Dra. Monica Mayumi Eguchi Oliveira Souza (atualmente classificada na Procuradoria Fiscal); 5. Dr. Ricardo Gomes Correa (aposentado); 6. Dra. Helena Omena Lopes de Faria Zuffo (atualmente classificada na PPD); 7. Dra. Ana Paula Zomer (atualmente classificada na CJ/Educação); 8. Dra. Vera Lúcia de Souza Catita (atualmente classificada na PPD); 9. Dr. Olavo Domingos Nogueira (aposentado); 10. Dr. Levi de Mello (atualmente classificado na CJ/SSP); 11. Dra. Vera Pimentel Fonseca (atualmente classificada na PPD). A primeira Coordenadora foi a Dra. Jacqueline Zabeu Pedroso (atualmente classificada na CJ/SSP).

Procuradoria Geral do Estado, que os remetia à Secretaria de origem do servidor processado para decisão. Por outras palavras, os processos passaram a ser remetidos da área de Consultoria da Procuradoria Geral do Estado para a Pasta, e não mais da Pasta para a Consultoria Jurídica, como antes.

Tornando ao tema específico das Autarquias, os Superintendentes foram trazidos para o universo da Lei Estadual nº 10.261/68 com as alterações da Lei Complementar 942/03, ao serem mencionados no art. 260, inc. II, como autoridades competentes para aplicar as penas previstas no art. 251, da mesma lei (repreensão, suspensão, multa, demissão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentadoria), recebendo também atribuição para instauração de sindicância (art. 272) e processo administrativo disciplinar (art. 274).

Embora o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo não se aplique aos empregados de Autarquia, por expressa disposição de seu artigo 2º, *caput*,¹⁸ e o regime de contratação adotado por estas entidades venha sendo o contratual (CLT), há nas Autarquias servidores estatutários, a exemplo do que ocorre no IMESC (Instituto de Medicina Social do Estado de São Paulo).

Uma vez alterado o art. 271, do Estatuto dos Servidores Civis, o IMESC entendeu que os processos administrativos envolvendo seus servidores estatutários seriam doravante presididos por Procurador do Estado, e nesse sentido solicitou manifestação da Procuradoria Geral do Estado. A resposta veio sob a forma do Parecer PA nº 51/05, assim ementado:

SERVIDOR AUTÁRQUICO. Procedimentos disciplinares. Competência para realização. Interpretação da nova redação do art. 271 da Lei nº 10.261/68, conferida pela LC 942/03. O Estatuto, lei geral, tem aplicação limitada pelo disposto na legislação especial. A Lei Orgânica da PGE ainda não prevê em sua organização administrativa a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Descabe, assim, ao Procurador do

18 Segundo o qual “as disposições desta Lei não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial, ressalvada a situação daqueles que, por lei anterior, já tenham a qualidade de funcionário público”.

Estado Presidente das Unidades Processantes Permanentes a promoção de procedimentos disciplinares em face de infrações em tese cometidas por servidores autárquicos, enquanto não aprovada a lei específica (atual PLC nº 40/2002), ressalvada a hipótese de designação especial.

Até então, a Procuradoria Geral do Estado não estava presente em qualquer Autarquia, nem mesmo sob a forma de indicação de Procurador do Estado para presidir eventual Comissão Processante. Ainda não aprovado o PLC 40, de 2002, não havia qualquer estrutura para receber tais processos, seja jurídica, seja material.

Bem de ver que, àquela altura, as discussões diziam respeito tão somente aos servidores estatutários das Autarquias, na medida em que, nos termos do art. 2º, do PLC 40, “*o disposto nesta lei complementar não se aplica aos servidores sujeitos à legislação trabalhista*”. De tal sorte, a ideia do Governo do Estado, nos idos de 2002, era centralizar na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares os processos relativos a servidores estatutários, com exclusão expressa dos servidores regidos pela CLT.

Nada obstante, é bom lembrar que a Administração Direta também admite servidores pelo regime da CLT, notadamente a Secretaria da Saúde. Tais servidores sempre foram processados pelas Comissões Processantes Permanentes das Secretarias de Estado em que lotados, motivo pelo qual a aprovação do art. 2º, do PLC 40, traria dois problemas: excluiria da competência das Unidades Processantes, já integradas à Procuradoria Geral do Estado, expedientes atinentes a estes servidores; e, extintas as Comissões Processantes Permanentes das Secretarias, não haveria órgão para processar as irregularidades por eles praticadas.

Em razão disso, por solicitação da Procuradoria Geral do Estado,¹⁹ uma vez aprovado o PLC 40 pela Assembleia Legislativa, o Governador do Estado vetou o art. 2º, circunstância que atraiu para a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares a competência sobre todos os servidores celetistas da Administração Indireta.

¹⁹ Mensagem de veto parcial nº 97/2012, que também mencionou necessidade de harmonização do texto legal com as disposições da Emenda Constitucional nº 19/04.

Embora superado o problema que o art. 2º, do PLC 40, traria, outro surgiu. Não bastava criar juridicamente uma estrutura organizacional para atender determinada atribuição. Seria necessário que a organização juridicamente criada também se tornasse realidade no mundo dos fatos, adequadamente dotada dos meios para atender à demanda que se lhe pretendia impor.

Isso ainda não ocorreu, pois a estrutura material para atender à demanda acrescida (todos os servidores celetistas das Autarquias, ampliando em mais de 30.000 servidores o elenco da “clientela disciplinar”) permaneceu inalterada, não tendo sido adequada às tarefas acrescidas.

Nesse sentido, as questões levantadas no Parecer PA nº 51/05, tal qual nele discutidas, já se encontram vencidas. A estrutura organizacional, entendida como vigência de um ato normativo abstrato, com *status* de Lei Complementar, existe. E existe já há quase cinco anos. Resta *adequar materialmente* a estrutura organizacional à demanda, nos termos do art. 11-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do art. 17, da Lei Complementar nº 1.183/12 (disponibilização de recursos humanos e materiais),²⁰ e regulamentar o art. 18, desta Lei.²¹

4. Processo Punitivo – procedimento legal adotado para os empregados públicos

Nos termos do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal”, assegurando-se “aos litigantes em processo judicial ou administrativo a ampla defesa e o contraditório”, agora nos termos do inciso LV, do mesmo artigo.

20 “Art. 17 - Os recursos humanos e materiais que, na data da publicação desta lei complementar, estiverem disponibilizados para as Comissões Processantes Permanentes serão transferidos para a Procuradoria Geral do Estado, mediante decreto, por proposta do Procurador Geral do Estado.

21 “Artigo 18 - A assunção das funções das Comissões Processantes Permanentes pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares fica condicionada ao estabelecimento da estrutura organizacional desta, sem prejuízo da possibilidade de imediata designação de Procuradores do Estado para a execução de tarefas específicas, mediante ato do Procurador Geral do Estado”.

Para que a Administração Pública possa exercer seus poderes, dentre eles o poder disciplinar, de forma legítima, são crescentes os estudos que abordam a *processualidade* de seu agir,²² na medida em que não se concebe que alguém sofra restrição de direitos sem a observância do devido processo legal.

Mais ainda, embora a CLT discipline um regime contratual, não se pode perder de vista que a Administração Pública sujeita-se ao regime jurídico administrativo determinado pela Constituição Federal. A sujeição ao regime jurídico administrativo implica naquilo que a doutrina denomina *derrogações publicísticas* do regime contratual, ou em *regime híbrido*.

Na lição de Edmir Netto de Araújo:

O regime celetista sofre algumas derrogações do direito privado pelo direito público, constituídas de prerrogativas e sujeições que não se aplicam a empregados de empresas particulares, tais como exigência de concurso para admissão, proibição de acumulação de empregos com cargos, funções ou outros empregos públicos, limites de salários e outras. As derrogações não podem ser criadas (mas apenas adotadas) por Estados, Municípios e Distrito Federal, porque não possuem competência (reservada à União) para legislar sobre direito do trabalho. Assim, só se aplicam as derrogações decorrentes da Constituição Federal.²³

Em razão dessas derrogações, a Administração Pública não tem a mesma liberdade de atuação que os empregadores da iniciativa privada, motivo pelo qual, tendo a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares recebido a atribuição de realizar *procedimentos punitivos* (essa a dicção do art. 1º, inc. I, da Lei Complementar Estadual nº 1.183/12)²⁴ em face de empregados de Autarquia, cumpre indagar que procedimento é esse.

22 Em sua obra “A processualidade no Direito Administrativo” Odete Medauar identifica as seguintes finalidades do processo administrativo: garantia individual e coletiva, melhor conteúdo e eficácia das decisões, legitimação do poder, correto desempenho da função, Justiça na Administração, aproximação entre Administração e cidadãos, sistematização de atuações administrativas, facilitar o controle da Administração, aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa.

23 Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 5. ed., p. 296.

24 “Artigo 1º - Fica criada, na Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, órgão de execução da área da Consultoria Geral, com as seguintes atribuições:

Qual é o devido processo legal que se deve assegurar aos servidores contratados pelo regime da CLT?

A Lei Complementar Estadual nº 1.183/12 não trouxe qualquer rito específico, apenas conferindo atribuição para a realização do procedimento, sem dizer como isso deveria ser feito.

No Estado de São Paulo não há qualquer lei que discipline o processo disciplinar dos empregados, nem a CLT cuida de estabelecer o procedimento que o empregador deve adotar para punir seus empregados. Havia, portanto, uma lacuna jurídica a suprir. E a lacuna foi suprida por intermédio da aplicação da Lei Estadual nº 10.177/98, nos termos do parecer PA 39/13, assim ementado:

SERVIDOR TRABALHISTA – PROCEDIMENTO DISCIPLINAR – Lei Complementar nº 1.183, de 30/05/12, 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 da extensão analógica do art. 63, da Lei Estadual nº 10.177/98 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 artigo 482 da CLT. Desnecessidade de adequação formal dos regulamentos disciplinares das autarquias à nova lei, que já se operou “ex vi legis”. Condutas definidas em lei como “faltas graves” são aptas a ensejar a rescisão contratual por justa causa, mesmo quando não referidas expressamente no regulamento disciplinar.

O artigo 63, da Lei nº 10.177/98 estabelece as regras do que denomina *procedimento sancionatório*, o que faz em 8 incisos. Estão previstas as seguintes etapas:

i) instauração por portaria que deve indicar os fatos em que se baseia a acusação, normas pertinentes à infração e sanções cabíveis (incs. I e II);

I - realizar procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da administração direta e autárquica (...)

ii) citação para resposta escrita em 15 dias, podendo ser indicadas provas (inc. III). Esta resposta pode ser subscrita pelo próprio interessado, não havendo necessidade de intervenção de Advogado;

iii) saneamento, em que a autoridade decide motivadamente sobre as provas requeridas (inc. IV);

iv) instrução, ocasião em que poderão ser produzidos documentos, ouvidas testemunhas e realizadas perícias (inc. V, alíneas “a”, “b”, “c”);

v) alegações finais (inc. V, alínea “d”);

vi) relatório final, pois no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares não há falar-se em remessa ao órgão de consultoria jurídica, prevista no inc. VI;

vii) decisão (inc. VII) e

viii) recurso. (inc. VII).

Como se vê, existe ampla possibilidade de defesa, inclusive com a previsão de recurso hierárquico, havendo pouca diferença com o rito estabelecido na Lei Estadual nº 10.261/68. As diferenças podem ser facilmente observadas no seguinte quadro:

ATO PROCESSUAL	LEI nº 10.261/68	LEI nº 10.177/98
Portaria de instauração, com descrição dos fatos, normas e penas cabíveis	Art. 277, § 1º	Art. 63, inc. II
Oitiva do denunciante (se houver)	Art. 279	Não prevê
Interrogatório	Art. 278, § 2º, “2”	Não prevê
Defesa escrita	Art. 283	Art. 63, inc. III
Instrução	Art. 284	Art. 63, inc. V, “b”
Alegações Finais	Art. 292	Art. 63, inc. V, “d”
Relatório Final	Art. 293	Art. 63, inc. VII
Recurso	Art. 312	Art. 63, inc. VIII
Obrigatoriedade de Advogado	Sim	Não

Tais diferenças não ofendem de forma alguma o devido processo legal, pois, o processo legal é devido na medida da necessidade de tutela do direito, considerada inclusive a relevância jurídica do interesse protegido.

Para melhor compreensão do argumento tome-se o exemplo de um servidor público estatutário que se vê envolvido em suspeita da prática de grave infração. Um Delegado de Polícia, conduzindo investigações de crimes financeiros complexos cometidos para financiamento de campanhas políticas majoritárias, em que há quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico, decretação de prisões etc., realiza uma determinada diligência que a defesa de um investigado entende irregular e o denuncia à respectiva Corregedoria.

Tome-se agora o exemplo de um servidor celetista. O motorista do Superintendente de uma Autarquia registra, numa semana, 4 atrasos ao serviço superiores a 30 minutos. Mesmo chegando atrasado sai 1 hora antes do término do expediente.

Não se verifica no exemplo qualquer demérito à valorosa categoria dos motoristas, mas é evidente que tal função não exige o mesmo preparo intelectual dos Delegados de Polícia, nem as mesmas garantias para o desassombado exercício dela. Justamente por isso é que não se afigura razoável exigir da Administração Pública a adoção do mesmo procedimento apuratório para as duas situações.

Daí porque José Roberto dos Santos Bedaque, embora dissertando sobre a perspectiva do Direito Processual Civil, sustenta que “os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”.²⁵

Ademais, “dentro do que a prática processual ensina, a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais”.²⁶

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*, Malheiros, 6. ed., p. 16/17. Mais adiante o autor defende o *princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa*, também denominado princípio da elasticidade processual, através da concepção de um procedimento flexível, que atenda às circunstâncias do caso concreto (pp. 74/75). Tal princípio poderia ser melhor explorado no âmbito da Administração Pública, principalmente em vista do formalismo moderado que informa o processo administrativo.

26 FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*, Saraiva, 10. ed., p. 77.

Uma última palavra sobre o Parecer PA nº 39/13. Eventuais regulamentos das Autarquias que contenham dispositivos de natureza disciplinar incorporam-se ao contrato de trabalho, a exemplo do que ocorre com os regulamentos de empresa, de modo que “a norma regulamentar passa a fazer parte do contrato de trabalho e obriga o empregador”.²⁷ O entendimento do TST sobre a matéria está sumulado no verbete 77, segundo o qual “nula é a punição do empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar”, sendo que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento” (Enunciado nº 51, I).

Em razão desse entendimento é que a Sra. Subprocuradora da Consultoria, ao aprovar o Parecer PA nº 39/13, determinou à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares a realização de levantamento de todos os regulamentos de Autarquia, estudando a necessidade de propor a padronização dos mesmos, o que está sendo feito.

4.1. Ampla Defesa e Súmula Vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal

É na doutrina do Direito Processual Penal que se colhe a lição segundo a qual “a *defesa do imputado*, em termos constitucionais *amplamente assegurada*, se faz *abrangente* não só da *defesa técnica*, precipuamente considerada pelo legislador, como também pela da *autodefesa*”.²⁸

Autodefesa é aquela exercida diretamente pelo próprio acusado, seja por intermédio de interrogatório perante a autoridade (relato oral da versão dos fatos), seja pela apresentação de documento escrito em que o acusado pode livremente narrar sua versão acerca das imputações que lhe são dirigidas, indicar provas e fazer os pedidos que reputar necessários. A autodefesa é assegurada pela Lei Estadual nº 10.177/98.

27 MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*, Atlas, 15. ed., p. 50.

28 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Editora RT, 4. ed., p. 163, itálicos do original.

Defesa técnica é a produzida por profissional do Direito, por Advogado, “essencial à função jurisdicional”, nos termos do art. 133, da Constituição Federal. A defesa técnica não é exigida pela Lei Estadual nº 10.177/98, igualmente ao que ocorre no exercício da função jurisdicional nas hipóteses em que o processo pode ser conduzido sem atuação de Advogado, a exemplo do processo trabalhista e de alguns processos de competência dos Juizados Especiais Cíveis.

No âmbito do processo administrativo, marcadamente no processo administrativo disciplinar, firmou-se o entendimento de que a autodefesa é suficiente para a validade do processo, consoante dicção da Súmula Vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a falta de defesa técnica por advogado no processo disciplinar não ofende a Constituição”.

Embora não ofenda a Constituição, pode ofender outras normas, caso tragam a exigência de defesa técnica, como entendeu a Procuradoria Administrativa no Parecer PA nº 173/08, que está assim ementado:

CONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ADVOGADO. AMPLA DEFESA. 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 10.261/68, 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 Estatuto.

Com fundamento neste parecer, a Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral expediu o Despacho SubG-Cons. nº 05/2016, cuja ementa está redigida da seguinte forma:

EMPREGO PÚBLICO. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. A exigência de nomeação de defensor dativo no processo administrativo disciplinar, prevista no art. 282, § 3º do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, não se aplica aos servidores celetistas, mas apenas aos servidores estatutários e àqueles que lhe são equiparados, como os

regidos pela Lei estadual nº 500/1974. Orientação geral que se coloca em linha com os Pareceres PA 27/2007 e PA nº 173/2008.²⁹

De tal sorte, não havendo previsão legal expressa no sentido da exigência de Advogado, na Lei Estadual nº 10.177/98, o exercício da auto-defesa será suficiente para a validade do processo punitivo ou sancionatório.

4.2. Conexão ou continência entre infrações praticadas por estatutários e celetistas.

Servidores estatutários e celetistas, sejam eles da Administração Direta ou Indireta, compartilham, não raro, o mesmo ambiente de trabalho, e podem eventualmente envolver-se em infrações disciplinares em que se verifica a conexão ou a continência. Conexão e continência são dois institutos do Direito Processual Penal que implicam a reunião de processos, quando houver pluralidade de infrações ou de autores, ou ambas (pluralidade de infrações e de autores).³⁰

Tais institutos do Direito Processual Penal podem perfeitamente ser trazidos para o processo disciplinar, pois embora seja erro “transplantar, pura e simplesmente, para o campo do *direito disciplinar* as noções cristalizadas e já tradicionais do *direito penal*, adaptando institutos destes para utilização no campo daquele”, é também equivocado defender a total autonomia direito disciplinar, “jamais aceitando qualquer

29 Embora o Despacho SubG Consultoria 5/2016 tenha sido proferido em processo originário de Autarquia (IPEM), na sua fundamentação está expresso que “a regra prevista no art. 282, § 3º, da Lei Estadual nº 10.261/68, que dispõe sobre a nomeação de defensor dativo em processo administrativo disciplinar não se aplica aos servidores celetistas da Administração Pública paulista” (negritos do original), devendo o entendimento ser estendido aos servidores da Administração Direta sujeitos ao regime da CLT.

30 Disciplinadas no Código de Processo Penal pelos artigos 76 e 77, a seguir transcritos: Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. O inciso II, do art. 77, remete artigos da Parte Geral do Código Penal, consoante a redação de 1940. Com a reforma de 1984 os artigos passaram a ser, respectivamente, 70, 73 e 74.

canalização de conceitos hauridos em outros setores da ciência jurídica, mesmo em campos afins, como é o caso do *direito penal* em relação ao *direito disciplinar*.”³¹

A conexão é classificada em:

1) intersubjetiva por 1.1) simultaneidade (duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas reunidas sem prévio ajuste de vontades); 1.2) concurso (duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso); 1.3. reciprocidade (duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas umas contra as outras), consoante art. 76, inc. I, do Código de Processo Penal;

2. teleológica (infração cometida para facilitar a prática de outra) ou consequencial (infração cometida para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem em relação à outra), nos termos do art. 76, inc. II, do Código de Processo Penal;

3. probatória (prova de uma infração, ou de qualquer de suas circunstâncias, influi na prova de outra), nos termos do art. 76, inc. III, do Código de Processo Penal.

A continência pode se dar por cumulação subjetiva (duas ou mais pessoas acusadas da mesma infração – art. 77, inc. I, Código de Processo Penal) ou por cumulação objetiva (essencialmente concurso material ou formal de infrações – art. 77, inc. II, do Código de Processo Penal).³²

Um exemplo simples de conexão por reciprocidade é o caso de falta de urbanidade recíproca: no corredor de uma determinada repartição pública, dois servidores, um contratado pelo regime da CLT e outro sujeito a regime estatutário, desentendem-se por questões corriqueiras de serviço, ou mesmo por desavenças pessoais, e ofendem-se mutuamente com palavras de baixo calão.

Para o estatutário o dever de urbanidade está previsto no art. 241, inc. VI, da Lei Estadual nº 10.261/68, seguindo o rito desta lei a apuração

31 JUNIOR, José Cretella. *Prática de Processo Administrativo*. Editora RT, 8. ed., pp. 110/111

32 A classificação está consoante com a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, Saraiva, 35. ed., Volume 2, p. 261 a 268, a quem remetemos o leitor para aprofundamento da matéria.

de sua responsabilidade. Para o celetista, a conduta pode ser enquadrada como mau procedimento (art. 482, “b”, 2ª figura), ou mesmo indisciplina (art. 482, “h”, 1ª figura), sendo que em regra a apuração de sua responsabilidade segue o rito da Lei Estadual nº 10.177/98. Considerada a diversidade de procedimentos para apuração das respectivas responsabilidades, deverão ser abertos dois processos disciplinares? A resposta é negativa, pois a reciprocidade das condutas, praticadas no mesmo local e no mesmo momento, exige que se produza e se avalie a prova simultaneamente, no mesmo processo, sob risco de decisões conflitantes e inconciliáveis caso se apure em separado as duas infrações.

Ao que o Direito Processual Penal denomina conexão ou continência deu-se no âmbito da Procuradoria Geral do Estado a tradução de condutas interdependentes, a exigir unicidade de processo e julgamento. Nesse sentido o Parecer PA nº 19/07:

PROCESSO DISCIPLINAR. SUPERINTENDENTE DE AUTARQUIA. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO E DECISÃO. Ausência de subordinação hierárquica entre Superintendente de Autarquia e Administração Pública. Sujeição à controle externo: art. 32, CE, e interno: art. 18, Decreto-Lei Complementar nº 7, de 06/11/1969. Superintendente de Autarquia é cargo em comissão: art. 10, Decreto-Lei Complementar nº 7, de 1969. Sujeição ao regime jurídico instituído pela Lei nº 10.261, de 28/10/1968. Em razão do cargo, competências estabelecidas nos artigos 260 e 274 serão exercidas pelo Governador: art. 47, I, II, VII, CE, c.c. o art. 260, inciso I, Lei nº 10.261/68. Envolvimento, em tese, de outros servidores autárquicos. Condutas interdependentes. Unicidade de processo e de julgamento. Competência do Superintendente em relação aos demais servidores deslocada para o Governador. Vício de competência. Possibilidade de convalidação: art. 11, Lei nº 10.177, de 1998. Exoneração precedente: anotação no prontuário. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 126/93, PA-3 nº 275/2001 e PA-3 nº 405/1985.

O rito a adotar será o da Lei Estadual nº 10.261/68, pois se assim não for haverá cerceamento de defesa para o estatutário, não havendo, por outro lado, qualquer prejuízo para o celetista; pelo contrário, para este o processamento conjunto, atende ao princípio da aplicação da norma mais

favorável³³, na medida em que o Estatuto do Servidor Público prevê mais atos de defesa (interrogatório) e obrigatoriedade de defesa técnica.

5. Penas cabíveis

A Consolidação das Leis do Trabalho não prevê um sistema disciplinar sistematizado, a exemplo do que faz o Estatuto dos Servidores Públicos. Não há um elenco de deveres, proibições, penalidades cabíveis em caso de infração disciplinar, critérios de aplicação de penalidade etc.

O que existe é a previsão de uma série de situações que permitem ao empregador rescindir o contrato de trabalho por justa causa, consoante rol que se encontra no artigo 482, da CLT. Este rol, leciona Sérgio Pinto Martins, é taxativo. Mesmo hipóteses não previstas expressamente no art. 482, encontram nele tipificação, a exemplo do ato faltoso a que se refere o art. 158, par. único, da CLT,³⁴ que implica indisciplina ou insubordinação prevista no art. 482, inc. “h”.³⁵

Os limites deste trabalho não permitem a análise de todas as alíneas do art. 482, da CLT, mas é certo que, uma vez verificado ato faltoso do empregado que possa ser enquadrado em alguma das hipóteses de justa causa, a consequência inexorável não é a rescisão do contrato de trabalho, como leciona Edmir Netto de Araújo:

A CLT alinha, em seu art. 482, casos que constituem *justa causa* para rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, ou seja: despedida *justa*. Isto não quer dizer, entretanto, que ocorrendo essas faltas, *deva* o empregador *demitir*, sempre, o empregado. Poderá, e até

33 Segundo Viviane Patrícia Scucuglia Litholdo, dentre os princípios próprios do Direito do Trabalho está o da proteção, com três subdivisões: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condições mais benéfica. O da norma mais favorável “declara que quando houver diversas normas que regem uma mesma circunstância, será preciso escolher uma delas, ou seja, a que mais beneficie o trabalhador” (Os princípios de Direito do Trabalho: Diretrizes para uma decisão justa e dinâmica, Editora LTr, 2013, p. 79/80).

34 Art. 158 - Cabe aos empregados: I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

35 *Manual da Justa Causa*, Editora Atlas, 5. ed., p. 10.

mesmo deverá, aplicar penalidades mais leves, quando for o caso, uma vez que o poder disciplinar, também para a CLT, deve ser *dosado*, e utilizado buscando-se a *correspondência à gravidade da falta praticada*, precipitando-se a rescisão brusca somente nos casos mais graves, levando-se em conta os antecedentes, a eventual reincidência e a verdadeira intenção do empregado. A não ser que, obviamente, o ilícito praticado determine desde logo a incompatibilidade do empregado em relação ao empregador³⁶

Assim também entende a doutrina especializada em Direito do Trabalho, como se vê da lição de Sergio Pinto Martins:

Deve haver proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição. O poder de aplicar penalidades ao empregado é decorrente do poder de direção ou mais especificamente do poder disciplinar do empregador. Esse poder admite que o empregado seja advertido verbalmente, por escrito, suspenso e dispensado. (...) O empregador, porém, não poderá usar arbitrária ou abusivamente o poder que lhe é conferido. Deve, assim, o empregador punir as faltas mais leves com penas mais brandas, e as faltas mais graves com penas mais severas. O despedimento deve ficar reservado para a última falta ou para a falta mais grave.³⁷

No mesmo sentido é a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, a exemplo do Recurso Ordinário em processo sumaríssimo TRT/SP Nº 0169300-82.2010.5.02.0242, assim ementando:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. DESIDIA. ATO ISOLADO. CARACTERIZAÇÃO. A desídia, regra geral, exige a evidência de um comportamento repetido e habitual do trabalhador, merecedor do exercício pedagógico do poder disciplinar pelo empregador, mediante a aplicação gradativa de penalidades a permitir que o empregado se adeque às exigências da sua condição de subordinado. Nada impede, porém, que a conduta desidiosa seja concentrada num único ato revestido de excepcional gravidade. O ato de recusa ao trabalho sem justificativa aceitável praticado pelo empregado, implica o descumprimento da principal obrigação do contrato de trabalho, mostrando-se de gravi-

36 *O ilícito administrativo e seu processo*. Editora RT, 1994, p. 102/103.

37 *Direito do Trabalho*. Editora Atlas, 24. ed., p. 351

dade suficiente a motivar a penalidade máxima, independentemente de gradação. Recurso a que se nega provimento.

A gravidade da falta, suas consequências, a necessidade (e possibilidade) de correção do empregado, seus antecedentes funcionais,³⁸ tempo de serviço e outros demais elementos é que ditarão a pena a ser aplicada: rescisão do contrato de trabalho, suspensão ou advertência, cujas consequências serão tratadas a seguir.

5.1. Rescisão do contrato de trabalho

A rescisão do contrato de trabalho por justa causa traz consequências de natureza meramente patrimonial, não tendo o empregado direito ao aviso prévio, férias proporcionais, 13º salário, saque do FGTS (salvo hipótese autorizativa superveniente) e seguro-desemprego. Tem direito a saldo de salário e férias vencidas, se o caso.³⁹

A Consolidação das Leis do Trabalho não prevê inabilitação para obter outro emprego, após rescisão por justa causa, como faz o Estatuto dos Servidores Públicos em seu artigo 307, parágrafo único.⁴⁰ É natural que assim seja, pois o regime contratual foi concebido para o empregador que “*assume os riscos da atividade econômica*”⁴¹, e não para a tutela da função e do interesse público. Ora, uma das finalidades da atividade econômica é a “*busca do pleno emprego*”⁴², e não é com

38 “Justa causa. Desídia. O histórico profissional do empregado deve ser considerado na análise da falta grave motivadora da justa causa para efeito de aplicação da medida disciplinar. Pena excessiva, recurso ao qual se dá provimento”. (Ementa do acórdão proferido no processo nº 02688.2005.031.02.00-2, TRT/SP)

39 Cf. MARTINS, Manual cit, p. 23.

40 Assim redigido: A demissão e a demissão a bem do serviço público acarretam a incompatibilidade para nova investidura em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente. (NR)

41 Nos termos do art. 2º, CLT, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

42 Constituição Federal, art. 170, inc. VII: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII - busca do pleno emprego.

segregação do empregado do mercado de trabalho⁴³ por 5 (cinco) ou 10 (dez) anos que se vai atingir o desiderato constitucional.

São, outrossim, proibidas quaisquer anotações desabonadoras em carteira de trabalho, ante a revogação expressa do art. 32, § 3º, CLT, pelo Decreto-Lei nº 229/67.

5.2. Suspensão por até 30 dias

O art. 474, da CLT, dispõe que “a suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”. Segundo Mauricio Godinho Delgado, “a figura da suspensão disciplinar está expressamente mencionada na CLT (art. 474), não se confundindo com a suspensão para propositura de ação ou inquérito (arts. 493/494 e 652, “b”, CLT)”,⁴⁴ tendo esta última caráter preventivo.

A pena de suspensão implica o afastamento compulsório do empregado de seu local de trabalho, tendo como consequência a perda da remuneração dos dias não trabalhados.

Pena de suspensão não pode ser convertida em multa, em razão do disposto no art. 462, *caput*, da CLT, segundo o qual “ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamento, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”.

5.3. Advertência

A pena de advertência resulta de construção pretoriana e doutrinária, tendo “origem na normatividade autônoma, em especial nos costumes trabalhistas”.⁴⁵ Embora seja considerada pena, e não resulte

43 Aqui valendo a lembrança de que não se pode olvidar a política pública de âmbito nacional intitulada “Começar de novo”, que “visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo do programa é promover a cidadania e consequentemente reduzir a reincidência de crimes”. (<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>, acesso em: 07.11.16).

44 *Curso de Direito de Trabalho*. Editora LTr, 15. ed., p. 1.205/1.206.

45 *Idem*, p. 765

de previsão legal, ela “amplia a gradação de penalidades”,⁴⁶ sendo aceita em razão do princípio da aplicabilidade da norma mais favorável.

Quanto mais espécies de pena houver, mais distante ficará a rescisão, ante a existência de maior número de possibilidades para a gradação do exercício do poder disciplinar, a ensejar maior número de oportunidades para que o empregado adéque seu comportamento aos parâmetros exigidos pelo empregador.

Toda pena tem, para além do caráter pedagógico, caráter retributivo. Nas penas anteriormente vistas, o empregado sofre consequência jurídica que lhe impacta sobremodo a vida. Em caso de rescisão, perde o emprego e entra na longa fila de desempregados, sem qualquer verba rescisória ou seguro-desemprego; sendo suspenso fica sem receber salário, meio de sustento ordinário da imensa massa de brasileiros, por determinado período de tempo.

A advertência, porém, não traz qualquer limitação ou restrição a direito ou obrigação contratual. Advertir é “observar com palavras”, “notar”, “atentar”, “fazer que repare em”, nas definições do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. De tal modo, a advertência trabalhista é reveladora de que *i*) o empregador está realmente atento ao cotidiano da realização do trabalho, fiscalizando-o devidamente; *ii*) em razão desta observação o empregado deve ser rapidamente lembrado de seus deveres contratuais, para que também rapidamente adéque seu proceder.

Em razão das peculiares e finalidades da pena de advertência a Procuradoria Administrativa entendeu que as Autarquias podem aplicá-la sem necessidade de remessa dos autos à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, o que fez por meio do Parecer PA nº 117/14, cuja ementa segue transcrita:

SPREV. PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DE PENA DE ADVERTÊNCIA A SEUS EMPREGADOS, SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA, NOS TERMOS DA LC 1.010/2007. INTERPRETAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL nº 1.183/2012, QUE FIXA AS ATRIBUIÇÕES DA PROCURADORIA DE PROCEDIMENTOS

⁴⁶ *Ibidem*, p. 766

DISCIPLINARES. Cabe à SPPREV realizar procedimento disciplinar em face de seus empregados celetistas, para aplicação da pena de advertência. Situação que não macula a Lei Complementar Estadual nº 1.183/2012. Os demais procedimentos punitivos devem ser realizados pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

Esse entendimento nem por sombra diminui as garantias do empregado, ou limita as atribuições da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Cuida-se aqui de delimitar os contornos do que se entende e do que se exige em termos de devido processo legal, em atenção ao relevo da matéria a ser decidida e à eficiência que deve governar a atuação da Administração Pública.

Superada a “verdade sabida”,⁴⁷ qualquer advertência deverá ser aplicada mediante contraditório simplificado, na própria Autarquia. Voltando ao exemplo do motorista do Superintendente, que se atrasou em 4 oportunidades, e que por isso bem merece uma advertência, não há sentido algum em remeter a questão para a Procuradoria de Procedimentos, dando início ao funcionamento de uma imensa e custosa engrenagem, cujo resultado não tem sequer potencial para atingir a esfera jurídica do infrator.

Com efeito, a pena de advertência tem caráter meramente pedagógico, dela não resultando qualquer diminuição ou interrupção do recebimento de vencimentos ou outras vantagens funcionais. Assim é que o entendimento, antes de limitar as atribuições da Procuradoria de

47 ADVERTÊNCIA POR ESCRITO APLICADA A SERVIDOR CELETISTA PELO CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. (...) a aplicação de penalidades aos servidores, mesmo regidos pela CLT, deve ser precedida de procedimento investigativo (sindicância/processo administrativo), para que haja a devida observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, insculpidos na Carta Magna (art.5º, LV, da CF). Logo, é nula a penalidade de advertência por escrito aplicada ao autor, através de comunicação da suposta insubordinação por este cometida por sua chefia direta, mediante constatação, pela própria Chefia ou Gerência, dos fatos que a justificariam. Descabido o alegado embasamento no seu regulamento interno, que em tudo se assemelha ao instituto da Verdade Sabida, que se conceitua como o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente com vistas a aplicar a pena, e que não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, por ser claramente afrontoso ao art.5º, LV de seu texto. Nulidade do ato punitivo que se declara. (Ementa parcial de acórdão proferido no Recurso Ordinário nº 00005722620115020054, do TRT/SP).

Procedimentos Disciplinares, aumenta sua capacidade para dar resposta às questões de muito maior envergadura.

Bem de ver que o entendimento da Procuradoria Administrativa não obsta que a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares recomende a pena de advertência quando reputar que esta é a pena mais adequada para os casos que lhe são submetidos.

6. Prazo para aplicação da pena

Ocorrido no mundo fenomênico um fato que possa ser considerado ilícito é necessário que providências sejam adotadas para reprimi-lo, fazendo incidir sobre o culpado a resposta que o ordenamento jurídico prevê. Deve-se, portanto, promover a responsabilização do infrator.

A infração ocorre e a vida segue seu curso. Passam-se dias, meses, por vezes anos; servidores pedem exoneração, mudam de cidade, órgãos são extintos e, por vezes, as providências tendentes à responsabilização ainda não foram concluídas.

Tais providências, como visto, não podem ser dissociadas da ideia de *processualidade*, que em sede disciplinar manifesta-se em duas etapas bem marcantes:

i) fase inquisitiva, no âmbito dos órgãos e entidades em que verificado o ilícito. Trata-se da Apuração Preliminar, procedimento inquisitivo (sem contraditório) e sem *acusação*, com o objetivo de reunir provas da materialidade e indício de autoria, de sorte a possibilitar que se avance para a

ii) fase contraditória, que se processa na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, com a finalidade de possibilitar o julgamento do infrator, impondo-lhe, mediante o devido processo legal, uma sanção disciplinar ou absolvendo-o da acusação que lhe é dirigida.

Processo é relação jurídica que naturalmente se protraí no tempo. É relação jurídica dinâmica, ao contrário da relação jurídica de direito material que nele se discute, esta sim estática, imutável e sempre ocorrida em momento identificável, ainda que, aproximadamente, do passado. Processo é algo que está se desenvolvendo no presente, e que pende

de solução a depender da prática de atos futuros, sem data certa para ocorrer.

Ao se determinar a citação não é possível saber se o acusado será encontrado em seu endereço, se mudou de endereço, ou ainda, caso seja encontrado, se recusará o recebimento do documento que lhe é endereçado. Citado poderá ou não oferecer defesa; oferecendo, poderá solicitar a produção de uma série de provas que dilatam o curso da instrução, ou deixar de requerer provas, abreviando a instrução, e assim por diante. Ou seja, instaurado o processo há um caminho, inçado de incertezas, a percorrer até que se atinja a decisão final.

Por outro lado, não podem os interessados permanecer eternamente vivendo em estado de incerteza. Em algum momento a estabilidade das relações jurídicas reclama que o litígio tenha fim.⁴⁸ Uma das formas de atingir a estabilidade é pela prescrição, entendida como a extinção da pretensão em que se fundamenta a demanda. Tratando-se de relação disciplinar a prescrição atingiria a pretensão punitiva.

Prescrição é matéria de lei, e dela não cuida a CLT no que diz com a aplicação de penalidade a empregado que tenha cometido transgressões disciplinares. Não havendo prazo estabelecido em lei, vigora no Direito do Trabalho o *princípio da imediatidade, imediação ou atualidade*, segundo o qual o empregador deve punir a falta assim que dela tomar conhecimento, sob pena de que se configure o *perdão tácito*. Conhecida a falta, o empregador deve aplicar a penalidade sem delongas. “Uma falta conhecida e não punida é uma falta perdoada”.⁴⁹

É bom registrar que imediatidade não se confunde com instantaneidade. Na lição de Domingos Sávio Zainaghi

“... pode-se afirmar que a inércia do empregador diante da falta, cometida faz pressupor tenha o mesmo perdoado. Não prejudica a imediatidade o buscar o empregador a apuração dos fatos para, só depois

48 “É assim em face do *princípio da segurança jurídica*, que não se coaduna com a instabilidade das posições jurídicas”. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Sancionador – As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, Editora Malheiros, 2007, p. 251)

49 NACIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 1998, p. 571.

de absoluta certeza, dispensar o empregado por justa causa. Com isto quer-se dizer que a falta cometida deve ser imediatamente punida, e não instantaneamente, ou seja, no exato instante em que o empregador toma conhecimento do fato”.⁵⁰

Para além de punição imediata não se confundir com punição instantânea (o que, em qualquer espécie de organização, pode levar a decisões precipitadas), é de se considerar que a atuação válida da Administração Pública, acentuadamente em tema sancionatório, deve respeitar, repita-se, uma processualidade que lhe é peculiar.

Por outro lado, tratando de Administração Pública, é simplesmente inconcebível a existência de perdão tácito, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, que encontra tutela inclusive no Direito Penal por intermédio da tipificação do crime de condescendência criminosa no Código Penal.⁵¹

Daí porque, em se tratando de servidor celetista, não é de se cogitar de imediatidade, tal qual aplicada nas relações privadas, e menos ainda em perdão tácito. Na Administração Pública o que orienta a aplicação de penalidade a servidores trabalhistas é o prazo razoável, consoante o Parecer PA nº 183/06:

EMENTA: FUNDAÇÃO. SERVIDOR CELETISTA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. Inaplicabilidade da legislação estatutária ao servidor celetista. Precedentes: pareceres PA-3 nº 172/90 e 245/99. Necessidade, no entanto, de observância das garantias do devido processo legal no processo disciplinar do celetista (CF, art. 5º, LIV e LV; precedente: PA-3 nº 438/90). Lacuna na legislação trabalhista, sobre o prazo prescricional para exercício do *ius puniendi* do empregador. Aplicação do critério jurisprudencial da razoabilidade, levando em conta as peculiaridades da entidade empregadora. Precedente: Parecer PA-3 nº 227/2003. Inaplicabilidade da figura do perdão tácito, por não subsistir diante do princípio da indisponibilidade do interesse público.

50 *A justa causa no Direito do Trabalho*. Malheiros, 2. ed., p. 32.

51 Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Nesse sentido também entende o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, como se vê da ementa do acórdão proferido no julgamento do Recurso Ordinário no processo nº 0002215-80.2011.5.02.0066:

Justa causa. Sindicância. Duração. Princípio da imediatidade. Procedimento administrativo utilizado para apuração de faltas cometidas por empregados públicos. Necessidade de investigação completa sobre os fatos narrados pelos envolvidos, o que, todavia, não acontece do dia para a noite, demanda tempo até para evitar conclusões precipitadas e, por consequência, injustiças. O tempo gasto na apuração até a conclusão final, na hipótese, foi razoável considerando a complexidade do caso. Perdão tácito não configurado. Recurso da ré a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido.

Mas o que é prazo razoável?

Doutrinadores de nomeada afirmam que “embora seja quase impossível delinear teórica e abstratamente o que deve ser entendido por ‘duração razoável do processo’, não há grande dificuldade em se identificar o descumprimento dessa regra diante de casos concretos”.⁵²

Nada obstante, algumas considerações podem ser feitas partindo-se da comparação com a prescrição tal qual regulamentada para as infrações dos servidores estatutários. Para os servidores estatutários a prescrição está regulamentada no art. 261, da Lei Estadual nº 10.261/68, do qual se extraem, para o que nos interessa neste artigo: i) a prescrição tem termo inicial bem definido – a data em que praticada a falta,⁵³ ou, por outras palavras, a data do fato, não importa quando chegue ele ao conhecimento da autoridade competente; ii) termo final certo e imutável (podendo ser deslocado para o futuro em casos de interrupção ou suspensão).⁵⁴

52 FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 3. ed., Malheiros, p. 64.

53 Artigo 261 - Extingue -se a punibilidade pela prescrição: (...) § 1º - A prescrição começa a correr: 1 - do dia em que a falta for cometida.

54 A portaria interrompe a prescrição (art. 261, § 2º, Lei nº 10.261/68); o sobrestamento do processo previsto no art. 250, § 3º, Lei 10.261/68, a suspende, nos termos do art. 261, § 4º, “1”, da mesma lei.

Tratando-se de celetista, não há termo inicial ou final definido.

Com efeito, a data em que praticada a falta (ou data do fato, por outras palavras)⁵⁵ é algo bem diverso da data do conhecimento da falta a que se refere a doutrina trabalhista. Bem de ver que antes da Lei Complementar nº 942/03 o Estatuto também previa como termo inicial da prescrição a data do conhecimento da falta,⁵⁶ e o entendimento então existente pode ser conhecido através do seguinte excerto, extraído do Parecer nº PA 311/95.

(...)

Para tanto, parece-me fundamental estabelecer-se distinção nítida entre o momento em que a autoridade toma conhecimento de fatos, do momento em que a autoridade toma conhecimento da falta. Este último é o que importa à contagem do prazo prescricional do artigo 261, parágrafo único da Lei nº 10.261/68.

No mais das vezes, a falta administrativa não se apresenta num primeiro momento de forma incontestada para o administrador. Inicialmente, em geral, o que se tem, é só notícia de fato ocorrido. Essa notícia, não raro, é incompleta, imprecisa. Assim, a autoridade determina a apuração prévia do noticiado, de sua veracidade, de seu alcance, a busca da comprovação documental.

Para essa elucidação necessária, de fatos narrados como notícia, a autoridade administrativa determina que se instaure uma sindicância preliminar⁵⁷ (art. 270, parágrafo único e art. 274, I da Lei nº 10.261/68). Saliente-se que quando se determina a instauração desse tipo de sindicância, é porque não se tem conhecimento da falta, mas apenas de

55 Vale aqui lembrar o que dispõe o art. 4º, do Código Penal acerca do tempo do crime: “Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

56 Consoante redação original do parágrafo único, do artigo 261, da Lei Estadual nº 10.261/68, “o prazo de 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”.

57 Atual Apuração Preliminar, prevista no art. 264, da Lei nº 10.261/68, segundo o qual: “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”.

fatos. Portanto, dessa instauração não se pode contar o início do prazo prescricional porque o requisito legal do ‘conhecimento da falta’ ainda não está presente.

(...)

Idêntico entendimento pode ser adotado para o regime da CLT, inserindo-se no prazo razoável as providências preliminares para a coleta de provas da materialidade e indícios de autoria do ato tido como infração. É dizer, não basta que o Administrador tome conhecimento de determinado fato, sendo necessário que reúna elementos de convicção suficientes acerca da natureza ilícita daquele fato, o que faz através da Apuração Preliminar.

Se os elementos de convicção apontarem para um ilícito, tendo sido identificado seu autor, passa-se então à segunda fase da responsabilização, a fase contraditória. Esta transição não interrompe a contagem do prazo razoável, a exemplo do que ocorre com a interrupção da prescrição prevista no Estatuto dos Servidores com a portaria de instauração. Ainda assim, a responsabilização em duas etapas, por agregar maior proteção ao empregado, não pode em hipótese alguma ser considerada medida burocrática de procrastinação.

O devido processo a ser instaurado é sujeito a toda ordem de obstáculos, e muito embora haja prazo para a prática dos atos nele previstos, os imprevistos da tramitação obstam por completo a fixação de data para seu término, de modo que o prazo razoável, ao contrário da prescrição, é elástico, variando de um caso para outro.

Em acórdão proferido no julgamento do Recurso Ordinário no processo nº 0002052-47.2014.5.02.0373, do TRT/SP, colhe-se o seguinte excerto:

(...) Vale lembrar que nem tudo é muito simples de se conseguir no serviço público. Mudar um papel de uma mesa para a outra ao lado pode demorar horas, quiçá dias. O que dizer então sobre o andamento de um processo administrativo disciplinar... A burocracia ainda reina absoluta dentro dos órgãos públicos, principalmente na administração pública direta, como é o caso. Some-se a isso o fato de que no mesmo processo administrativo disciplinar foram investigados sete empregados. Logo, diante do contexto do caso concreto, o prazo de um ano é razoável

para que o MUNICÍPIO apurasse os fatos e tomasse a decisão sobre o destino profissional dos empregados envolvidos. Certo também que as prorrogações de prazo foram fundamentadas e autorizadas pela autoridade competente, como determina o art. 182 da Lei Complementar 82/2011. (...)

7. Considerações finais

A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares ainda não assumiu integralmente os processos disciplinares das Autarquias. Sua estrutura organizacional se completará com a edição do Decreto previsto no art. 18, da Lei Complementar nº 1.183/12 que, certamente, permitirá uma ampliação de recursos humanos e materiais para a completa execução do serviço.

Importante deixar consignado que a Lei Complementar nº 1.183/12 trouxe sensível acréscimo de atribuições para a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, ao atribuir o processo disciplinar dos empregados Autárquicos, ampliando em mais de 30.000 a clientela potencial, engrandecendo, sobremaneira, o importante papel da Procuradoria Geral do Estado neste cenário.

Mais ainda, as novas atribuições vieram com um colorido especial: a aplicação de um regime jurídico pouco estudado no âmbito disciplinar, com uma lógica diversa daquela que preside o regime estatutário. Como se viu ao longo deste artigo, já há muitos – e bons – entendimentos consolidados no âmbito da Procuradoria Geral do Estado sobre a aplicação da CLT.

Ao serem estudados os assuntos da Administração Pública estadual não se pode perder de vista o gigantismo de sua organização. Apenas a título de comparação, as duas empresas que mais empregam no Brasil são a Empresa de Correios e Telégrafos, com 107.999 empregados, e a Odebrecht, com 92.128 empregados,⁵⁸ números muito inferiores aos

58 Dados de 2014, disponíveis em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/as-10-empresas-que-mais-empregam-no-brasil/>, acesso em: 22.05.17. O maior empregador do mundo, segundo a revista Forbes, é o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, com 3,2 milhões de empregados (<http://www.forbes.com.br/listas/2015/06/10-empresas-que-mais-empregam-no-mundo/#foto1>, acesso em: 22.05.17).

mais de 600.000 servidores do Estado de São Paulo, de modo que o prazo razoável não pode ser identicamente considerado para realidades tão diferentes.

Ainda assim devem ser estudadas e implementadas práticas que reduzam a burocracia na tramitação dos processos, inclusive, evitando dualidade de trabalho que sobrecarrega desnecessariamente órgãos, notadamente da Procuradoria Geral do Estado.

Com efeito, um dos mecanismos de concretização do prazo razoável é, na lição de Odete Medauar, a “redução do número de instâncias administrativas na tramitação”⁵⁹, e nesse sentido a Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral editou a Portaria nº 02, de 13 de abril de 2017, que “dispõe sobre a manifestação dos Procuradores do Estado das Consultorias Jurídicas em processos disciplinares punitivos relatados pela Procuradoria de Procedimentos Disciplinares”, racionalizando a atuação da Procuradoria Geral do Estado em prol de uma tramitação mais célere dos processos disciplinares.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 5 ed., 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. Editora Malheiros, 6 ed., 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. Editora LTr, 15 ed., 2016.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. Editora Malheiros, 3 ed., 2012.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 2º Vol. Editora Saraiva, 35 ed., 2013.

⁵⁹ “O princípio da razoável duração do processo administrativo”, *in*: Atuais Rumos do processo administrativo, Editora RT, 2010, p. 103.

FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. Editora Saraiva, 10 ed., 2013.

JUNIOR, José Cretella. *Prática de Processo Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, 8 ed., 2011.

LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia, *Os princípios de Direito do Trabalho: Diretrizes para uma decisão justa e dinâmica*. Editora LTr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. Editora Atlas, 15 ed., 2015.

_____. *Direito do Trabalho*, Editora Atlas, 24 ed., 2007.

_____. *Manual da Justa Causa*. Editora Atlas, 5 ed., 2013.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. Editora RT, 2 ed., 2008.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Org. *Atuais Rumos do processo administrativo*. Editora RT, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Sancionador – As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. Editora Malheiros, 2007.

NACIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Editora RT, 4 ed., 2011.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *A justa causa no Direito do Trabalho*. Editora Malheiros, 2 ed., 2001.

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.

Inacio de Loiola Mantovani Fratini¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Critérios de individualização da conduta – 3. As hipóteses de demissão na Lei n. 10.261/68 e o sistema adotado pelo legislador federal na Lei nº 8.112/90 – 3.1. As hipóteses de demissão simples – artigo 256 – 3.1.1. Do abandono – 3.1.2. Do procedimento irregular de natureza grave – 3.1.3. Da inassiduidade ou inassiduidade habitual – 4. Das hipóteses de demissão agravada – artigo 257 – 4.1. For convencido de incontinência pública e escandalosa e de vícios de jogos proibidos – 4.2. Praticar ato definido como crime contra a Administração Pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, ou previstos nas leis relativas à segurança e à defesa nacional – 4.3. Praticar, em serviço, ofensas físicas contra funcionários ou particulares, salvo se em legítima defesa – 4.4. Praticar ato definido na lei como crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo – 4.5. Praticar ato definido em lei como de improbidade – 5. Da demissão e da demissão a bem

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Procurador do Estado Assistente da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Pós-Graduado em Direito Civil pela *Università Degli Studi di Camerino*, Itália.

do serviço público. Ato administrativo vinculado ou discricionário – 6. Critérios propostos para análise da viabilidade de mitigação da sanção de demissão e da demissão a bem do serviço público – 7. Conclusão – 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O direito disciplinar no sistema jurídico brasileiro ainda está em processo de afloramento, começando pouco a pouco a encontrar seu espaço no ordenamento jurídico, a partir do esforço diuturno empreendido pelos doutrinadores e pelos operadores do direito, com vistas à sedimentação do regime disciplinar como um ramo autônomo do direito, com existência de princípios e normas próprias que o distingam dos demais ramos já existentes.

Como é cediço, um dos maiores entraves no desenvolvimento do direito disciplinar em âmbito nacional é a existência de difusas fontes irradiadoras das normas jurídicas, tendo em vista que a competência legiferante no processo administrativo disciplinar é imanente a cada um dos entes federativos, não se podendo falar em unidade sistêmica desse novel ramo do direito público.

No que diz respeito ao Estado Bandeirante, a máxima acima deduzida não se mostra diferente, pois o regime disciplinar em vigor ainda está fundado em legislação vetusta que remonta os idos de 1968 (Lei nº 10.261/68), com as alterações pontuais que sobrevieram ao longo dos anos, notadamente com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 942/2003.

De todo modo, é sentida a necessidade de alterações mais profundas que contemplem um sistema disciplinar mais moderno, com a criação de medidas alternativas de solução dos conflitos, bem como outras que permitam uma rápida resposta estatal e evitem o excessivo número de feitos disciplinares hoje existentes.

Esse breve intróito realizado de forma deveras perfunctória, tem como desiderato alocar o tema escolhido dentro do sistema disciplinar existente no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo,

erigido pela lei nº 10.261/68, confrontando com alguns aspectos da legislação federal, identificando algumas diferenças e similitudes existentes.

Nesse passo, a legislação estadual previu, em linhas gerais, três modalidades de faltas de caráter funcional passíveis de serem perpetradas pelos servidores públicos, a depender da gradação da lesividade da conduta, podendo ser assim classificadas: *meros descumprimentos de deveres* que podem levar à aplicação da pena de repreensão, *falta grave* que é a falta funcional de mediana gravidade e pode redundar na aplicação de suspensão até 90 (noventa) dias e, por fim, o *procedimento irregular de natureza grave* que são as infrações mais graves previstas na legislação e sujeitam o servidor à perda da função pública.

O escopo deste estudo se dirige ao aprofundamento da discussão acerca da última classificação retromencionada, com o intento de verificar as principais situações que podem levar à exclusão do servidor dos quadros da Administração Pública, estabelecendo os critérios para a eventual possibilidade de mitigação da reprimenda prevista pelo legislador.

Para além dos parâmetros usuais de enquadramento das violações como passíveis de demissão e demissão a bem do serviço público, pretende-se aferir a partir de uma análise conglobante do ordenamento, a possibilidade, em cada caso concreto, da incidência, no momento da dosimetria da pena, de critérios permissivos da mitigação da pena originalmente estabelecida na legislação, sempre levando em consideração os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência pátria.

Nessa operação complexa que deve, necessariamente, perpassar pela ponderação dos valores e dos bens jurídicos que se apresentam em conflito, trazer a dialética entre a tutela do Estado e a tutela da estabilidade do servidor público, com vistas a trazer soluções que possam auxiliar nessa complexa análise acerca do juízo de incompatibilidade com o serviço público.

2. Critérios de individualização da conduta

Diversamente do que ocorre na seara do direito penal, onde a definição do crime vem delineada de maneira expressa pelo legislador (tipicidade cerrada), trazendo contornos rígidos e bem definidos, a infração

de caráter funcional, no mais das vezes, demanda um significativo juízo de valor subjetivo, dada a existência dos chamados tipos abertos ou conceitos jurídicos indeterminados, o que dificulta a missão do Administrador de proceder na correta subsunção da conduta praticada no mundo fenomênico com a norma abstrata que prevê a infração, *verbi gratia*, o procedimento irregular de natureza grave.

Na operação de enquadramento o operador do direito deverá, necessariamente, analisar quais os deveres e proibições que foram violados com o comportamento desregrado do servidor, ponderando acerca das circunstâncias que envolveram a prática da infração, verificando, ainda, todos os efeitos danosos da conduta.

Nesse sentido, se o agente público dorme em serviço, poderia num primeiro momento ser considerada a infração como mero descumprimento do dever, podendo levar a aplicação da sanção de repreensão. Porém, se se trata de agente de segurança penitenciária que assim agiu, tendo em vista o risco que expôs a segurança do presídio, poderá se amoldar o comportamento em falta grave, o que poderia conduzir a aplicação da sanção de suspensão até 90 (noventa) dias. Por fim, se em razão da conduta irregular do agente que dormiu em horário de trabalho sucedeu uma fuga de preso, então a conduta melhor se amoldaria na figura do procedimento irregular de natureza grave, podendo redundar na aplicação da pena de demissão ao agente público.

Como visto no exemplo acima traçado, no mais das vezes, o enquadramento da infração dependerá da análise da conduta praticada no caso concreto, consideradas ainda todas as circunstâncias que envolveram a prática da infração funcional.

É bem verdade que o legislador bandeirante quando tratou dos tipos que ensejam a aplicação da demissão a bem do serviço público, como se verifica das hipóteses previstas no artigo 257 da Lei 10.261/68, trouxe maior grau de detalhamento das condutas em seus incisos, permitindo em algumas figuras fácil subsunção, como na figura prevista no inciso XI – “praticar ato definido como crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo”.

Por outro lado, outros dispositivos do mesmo artigo 257 do Estatuto dos Servidores, tal qual ocorre em relação a conceituação do

procedimento irregular de natureza grave e da própria falta grave, já não permitem a mesma definição objetiva da conduta, criando também a necessidade de interpretação do comportamento do agente público no caso concreto para a verificação do real enquadramento, como na hipótese trazida no inciso I – “for convencido de incontinência pública e escandalosa”.

Como se deduz do quadro acima reportado, há no âmbito do regime disciplinar uma primeira dificuldade que é a individualização da conduta, cabendo ao operador do direito valorar o caso concreto à luz da gravidade da conduta, do elemento anímico doloso ou culposo, bem como sopesar outros critérios, como as consequências da conduta e eventual lesão ao erário.

É importante destacar que a individualização da conduta não é o objeto central deste estudo, só sendo trazido este aspecto para possibilitar ao leitor um panorama geral do regime disciplinar, razão pela qual não será aprofundada esta temática, pois essa análise estaria a ensejar extensa e alongada discussão, não havendo espaço para tanto neste trabalho.

3. As hipóteses de demissão na Lei nº 10.261/68 e o sistema adotado pelo Legislador Federal na Lei nº 8.112/90

O sistema disciplinar estabelecido pelo legislador estadual previu duas espécies de infração que podem levar à expulsão do agente público dos quadros da Administração Pública, quais sejam: as hipóteses de demissão previstas no artigo 256 e as hipóteses de demissão a bem do serviço público previstas no artigo 257, ambas da Lei nº 10.261/68.

Antes de detalhar e trazer as principais características de cada uma das hipóteses, mostra-se relevante ressaltar que em ambas as modalidades há um ataque contundente ao bem jurídico tutelado, razão pela qual se considerou como sanção aplicável a pena máxima de demissão. Como é consabido, trata-se da última *ratio*² do sistema, cabível quando

2 É, realmente, a demissão é o último ato de uma relação equivocada, de representação viciada pela inaptidão moral do servidor. É a consequência natural de um vínculo que não chegou a bom termo por falta de honestidade ou decoro; é decorrência de comportamento desidioso,

a conduta do agente revelar um quadro de incompatibilidade absoluta com o serviço público.

Com efeito, as hipóteses de demissão “simples” que se encontram previstas no artigo 256 da Lei 10.261/68 são assim denominadas pela doutrina como forma de realizar um *discrimen* em relação às hipóteses de demissão agravada previstas no artigo 257, também do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.

Nas duas hipóteses a legislação previu como sanção a exclusão do servidor dos quadros da Administração Pública, porém as consequências da efetiva reprimenda imposta no caso concreto repercutem de maneira diversa no que tange à incompatibilização com o serviço público, pois a demissão simples importa na incompatibilidade com o serviço público por 5 (cinco) anos, enquanto a demissão agravada incompatibiliza o agente público por 10 (dez) anos para nova investidura, nos termos do parágrafo único do artigo 307 da Lei nº 10.261/68.

Assim, o servidor demitido não poderá investir-se em outro cargo público na Administração Direta ou Indireta do ente federativo nos 5 (cinco) ou nos 10 (dez) anos seguintes à sua expulsão do funcionalismo. Registre-se que a Lei Federal nº 8.112/90 que regulamenta o processo administrativo dos servidores públicos federais não fez a mesma distinção, somente tratando da demissão, com incompatibilização com o serviço público por 5 (cinco) anos, conforme se constata do artigo 137 da citada Lei³.

A legislação estadual estabeleceu a distinção entre a demissão simples e a demissão agravada, pois considerou que alguns comportamentos, por seu especial efeito danoso, mereciam uma reprimenda mais gravosa, prescrevendo no artigo 257 as hipóteses de demissão a bem do serviço público, que importam em incompatibilidade com o serviço público por 10 (dez) anos, a teor do já citado parágrafo único do artigo 307 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.

equivocado e eivado de intenção repreensível (*Processo Administrativo Disciplinar*, Rui Stoco, 1. ed. São Paulo, 2015, p. 102).

3 “Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos”.

Nesse caso, considerou-se que a conduta levada a efeito pelo servidor era de tamanha gravidade que a resposta estatal exigia um período de incompatibilidade mais duradouro para uma nova investidura, criando, desta feita, maior proteção para a Administração Pública em face do agente público que tenha praticado uma das condutas previstas no artigo 257, da Lei 10.261/68.

3.1. As hipóteses de demissão simples – art. 256

Artigo 256 - Será aplicada a pena de demissão nos casos de:

I - abandono de cargo;

II - procedimento irregular, de natureza grave;

III - ineficiência no serviço;

IV - aplicação indevida de dinheiros públicos, e

V - ausência ao serviço, sem causa justificável, por mais de 45 (quarenta e cinco) dias, interpoladamente, durante 1 (um) ano.

§ 1º - Considerar-se-á abandono de cargo, o não comparecimento do funcionário por mais de (30) dias consecutivos ex-vi do art. 63.

Com o desiderato de apresentar um panorama geral das hipóteses abstratamente previstas como ensejadoras da pena de demissão simples, far-se-á ligeira incursão pelo artigo retrotranscrito, trazendo à baila as discussões existentes em torno das hipóteses mais relevantes.

3.1.1. Do abandono

Com efeito, o inciso I do artigo 256 prevê a figura do abandono, que pressupõe a ausência injustificada do servidor por mais de 30 dias consecutivos⁴, nos termos do §1º do citado dispositivo.

4 Impende destacar que há previsão específica na legislação para os chamados servidores temporários, conforme se verifica do inciso I do artigo 36 da Lei Complementar nº 500/74, que estabelece que será dispensado por abandono o servidor que ausentar-se do serviço por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Vale destacar a precisa lição do insigne administrativista português Marcelo Caetano: “Não basta o fato de faltar, é preciso que às faltas consecutivas corresponda o propósito de romper o vínculo de serviço, que haja, portanto, a intenção de produzir tal resultado”⁵

Trata-se de infração de caráter disciplinar gravíssima, que causa profundo impacto no desenvolvimento do serviço público, justamente por dificultar a observância de caro princípio para a Administração e essencial para os usuários que é o princípio da continuidade do serviço público.

Embora a legislação estadual não tenha previsto como núcleo do tipo a figura do elemento anímico, é assente na doutrina e na jurisprudência a exigência para a configuração do abandono, da presença do *animus abandonandi*, que significa a intenção do agente público de não mais manter o vínculo de caráter funcional com a Administração Pública.

No estatuto federal, por sua vez, o artigo 138 prevê expressamente na descrição do abandono o elemento anímico ao qualificar a ausência com a “intencionalidade” das faltas.

Impende relevar que o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo estabeleceu em seu artigo 311 que a defesa do servidor no curso do processo só poderá versar sobre força maior, coação ilegal ou motivo legalmente justificável.

Nesse contexto, é possível asseverar que, embora o legislador tenha definido que a defesa do servidor ficaria restrita às hipóteses excludentes previstas no citado dispositivo, em razão do entendimento doutrinário e jurisprudencial que demanda a existência de *animus abandonandi*, a defesa do servidor também poderá versar sobre a ausência da intenção de abandonar, o que também poderia levar à absolvição do agente público.

Uma questão que tem se mostrado tormentosa para a Administração Pública e que envolve o absenteísmo é a problemática das licenças-saúde negadas pelo Departamento Médico do Estado de São Paulo. Nessa

5 CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 397.

hipótese, o servidor de posse de atestado médico que lhe conferia determinado período de afastamento, comparece à perícia designada, porém, recebe a negativa do pedido de licença com recomendação de voltar ao trabalho. Após percorrer o “iter” do pedido de reconsideração, chegando-se à decisão final no âmbito administrativo, o período de licença muitas vezes já transcorreu e o servidor, só ao final, é notificado definitivamente acerca da decisão contrária do órgão estatal.

Nesse caso, em razão de ter permanecido ausente do serviço público por mais de trinta dias responderia o servidor pela infração de abandono de cargo. Ocorre que nessas hipóteses em que o servidor percorreu toda a via administrativa para a obtenção da licença, não seria possível identificar a intencionalidade no abandono, razão pela qual após a reiteiração de inúmeros casos, a questão foi enfrentada pela Procuradoria Administrativa por meio do Parecer PA nº 187/2009, que corretamente afastou a existência de infração funcional nessas hipóteses.⁶

3.1.2. Do procedimento irregular de natureza grave

A segunda hipótese contida no inciso II do artigo 256 da Lei 10.261/68 prevê o procedimento irregular de natureza grave. Trata-se de conceito aberto, que demanda para a sua efetiva configuração uma análise a partir do caso concreto, para só então ser possível chegar em sua adequação típica.

A assertiva acima realizada se justifica, pois, a conceituação do que venha a ser procedimento irregular de natureza grave, não obstante exista definição doutrinária, como se verá a seguir, depende, necessariamente, da aferição do caso concreto a partir da análise dos deveres e proibições que tenham sido violados pelo servidor, para só então ser possível a

6 Parecer PA nº 187/2009 – “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-PGE”.

adequada capitulação da conduta desregrada como mero descumprimento de dever, falta grave ou procedimento irregular de natureza grave.

Para a definição do que vem a ser o procedimento irregular de natureza grave, vale transcrever o conceito bem elaborado pelo i. doutrinador Edmir Netto de Araújo⁷:

Assim, estamos diante de uma conceituação genérica de faltas administrativas, propositadamente deixada pelo legislador em termos amplos, para envolver, em sua configuração, todo um conjunto de situações e elementos que se refiram àquelas infrações que atentam contra a hierarquia, a ordem, o funcionamento dos serviços públicos, a obediência a leis e regulamentos, o patrimônio estatal, a moralidade e a credibilidade do serviço público; enfim, um amplo campo de enquadramento de condutas que poderão ser caracterizadas com procedimento irregular, e que, no exame das peculiaridades de cada caso concreto, como a gravidade e reiteração de faltas, o prejuízo efetivo ou potencial, à Administração ou a terceiros, a específica, a ilicitude penal, o dolo, a negligência etc., levarão a uma tal consideração de gravidade que justifique a pena expulsiva. Pelo comportamento oposto à lei e contrário aos princípios morais com que se conduzir o servidor no desempenho de seu cargo ou função.

3.1.3. Da inassiduidade ou inassiduidade habitual

A inassiduidade vem prevista no inciso V do artigo 256, considerando-se a ausência ao serviço, sem causa justificável, por mais de 45 (quarenta e cinco) dias, interpoladamente, durante um ano⁸.

Diversamente do que ocorre na infração de abandono, na inassiduidade a doutrina e a jurisprudência não exigem para a sua configuração, a presença da intencionalidade do agente em ser inassíduo, mesmo porque seria inviável provar que o servidor que falta no serviço em datas

⁷ *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 2010, p. 993.

⁸ Como mencionado quando abordamos a figura do abandono, também para a inassiduidade existe previsão específica no ordenamento jurídico para os chamados servidores temporários, prevendo o inciso II do artigo 36 da Lei nº 500/74, que a inassiduidade do servidor temporário verificar-se-á quando o mesmo faltar, sem causa justificável, por mais de 30 (trinta) dias interpolados durante o ano.

intercaladas, possui um *animus* que pudesse permear a totalidade de faltas ocorridas no período de um ano, de modo a ultrapassar os 45 (quarenta e cinco) dias previstos objetivamente pela lei.

Nesse sentido, vem preponderando o entendimento de que o servidor na infração de inassiduidade atua com absoluto descaso para com o serviço público, caracterizando a hipótese de demissão justamente pela desídia qualificada pela reiteração deste comportamento no interstício previsto pela lei.

Também na inassiduidade, tal qual ocorre no abandono, a Administração Pública se vê atingida ante a impossibilidade, em muitos casos, de garantir a continuidade do serviço público, bem como garantir a sua eficiência para os administrados, o que, por si só, revela a extrema gravidade da conduta do agente público.

Na inassiduidade existe grave abalo que atinge a própria organização do serviço público, pois os gestores nunca sabem quando poderão contar com o servidor, pois as faltas na inassiduidade são justamente verificadas em dias interpolados, o que inviabiliza que o administrador público possa de antemão reorganizar as tarefas entre os servidores e, se for o caso, providenciar um substituto para o faltoso.

Deste modo, exsurge da inassiduidade o completo descaso do servidor para com a Administração Pública e, em última análise, com o bom desenvolvimento das atividades estatais, deixando os administrados sem a esperada qualidade na prestação do serviço público.

4. Das hipóteses de demissão agravada – art. 257

De proêmio, cumpre esclarecer que a legislação federal não trouxe, dentre as sanções previstas aos servidores públicos da União, a pena de demissão a bem do serviço público, tratando-se de *discrimen* próprio da legislação bandeirante que entendeu por bem destacar alguns comportamentos deveras perniciosos para a Administração e lhes imputar uma sanção ainda mais contundente que a demissão simples, incompatibilizando o servidor para nova investidura em cargo, emprego ou função por 10 (dez) anos.

A título de curiosidade, há na Lei de Improbidade Administrativa previsão de demissão a bem do serviço público na hipótese de o agente público se recusar a prestar declarações de bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa, conforme § 3º do artigo 13 da Lei nº 8.429/92. Trata-se de lei de caráter nacional, razão pela qual possui aplicabilidade para todos os entes federativos.

A atual redação do artigo 257 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo foi dada pela Lei Complementar nº 942/2003, que trouxe importantes inovações, notadamente a alteração da redação do inciso II e acréscimo dos incisos XI ao XIII.

Considerando que o dispositivo em comento possui treze incisos, buscar-se-á abordar as hipóteses mais relevantes e com maior incidência concreta, que impactam no cotidiano das repartições públicas.

4.1. For convencido de incontinência pública e escandalosa, e de vícios de jogos proibidos

Trata-se de conceito extremamente aberto, anacrônico e de duvidosa aplicabilidade nos tempos hodiernos, uma vez que se mostra extremamente difícil a defesa de sua recepção após o advento da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

A propósito da conceituação da infração em comento, merece destaque a lição de Edmir Netto de Araújo⁹:

É o comportamento desregrado e dissoluto do funcionário, atingido a notoriedade, que pode incompatibilizá-lo moralmente com o serviço público e até mesmo com os companheiros de serviço, mormente em atividades para cujo desempenho a má fama seja particularmente prejudicial. Pode caracterizar-se, além do vício do jogo, por frequência a lugares de má reputação, por excessos de ordem sexual, vício de embriaguez e drogas, todos como *manifestações ostensivas e escandalosas* de hábitos contrários à vida ordenada, que prejudicam a imagem do servidor e do serviço público ao qual está integrado. No caso dos jo-

⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 993.

gos, estes devem ser proibidos, pois o contrário exclui a injuricidade da conduta. Tais comportamentos podem eventualmente caracterizar ilícito penal.

Como se verifica da conceituação acima transcrita, a previsão infra-cional dirige-se mais ao servidor do século XX, do que propriamente ao agente público dos dias atuais. De qualquer modo, na prática, as condutas de mau comportamento dos servidores, quer sejam adotadas na repartição, quer sejam realizadas fora dela, vêm recebendo, no mais das vezes, o tratamento de sanção disciplinar capitulada no inciso XIV¹⁰ do artigo 241, podendo subsumir à figura da falta grave ou do procedimento irregular de natureza grave, a depender da gravidade da conduta.

4.2. Praticar ato definido como crime contra a Administração Pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, ou previstos nas leis relativas à segurança e à defesa nacional

A hipótese em testilha abarca em sua primeira parte todos os crimes praticados em face da Administração Pública, isto é, todos os crimes previstos no Título XI do Código Penal, que compreendem os artigos 312 a 359.

Nesse contexto, há relevante mecanismo de defesa da Administração contra os servidores que incorram em crimes contra a proteção da atividade funcional do Estado e seus entes, tais como o delito de peculato, prevaricação, dentre outros crimes que, praticados pelos servidores, demandam uma resposta firme e contundente da Administração Pública visando restabelecer a ordem jurídica violada.

Não se pode olvidar, outrossim, do conteúdo da segunda parte do inciso II, que trata dos crimes contra a fé pública, infração penal que vem se mostrando recorrente no dia a dia das repartições públicas, causando danos ao erário e também à boa imagem da Administração Pública.

Nessa disposição se enquadram, *verbi gratia*, a utilização de atestados médicos falsos para justificar falta ao serviço, o que configura a utilização de documento público falso (art. 304 do Código Penal), a

10 XIV – proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública.

assinatura do controle de frequência em hipótese de falta ao serviço, que representa falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), dentre outros crimes que repercutem de maneira extremamente danosa para o patrimônio público e para o bom nome da Administração.

São inúmeros os casos de servidores que cometem a contrafação ou dela se aproveitam, muitas vezes para ocultar pequena infração funcional, como a ausência ao serviço que, porém, representa considerável prejuízo ao erário, tendo em vista a necessidade de pagamento do dia de serviço como se trabalhado fosse.

Como se depreende, muitas vezes os servidores praticam grave infração de caráter funcional, colocando em risco a própria manutenção do vínculo estatutário, sujeitando-se, outrossim, à responsabilização na esfera criminal, cível e, ainda, à lei de improbidade administrativa.

Por fim, o inciso II prevê com demissão a bem do serviço público, a prática de crimes contra a Fazenda Estadual ou crimes previstos nas leis relativas à segurança e à defesa nacional.

4.3. Praticar, em serviço, ofensas físicas contra funcionários ou particulares, salvo se em legítima defesa

É interessante destacar que, diversamente do que ocorre no âmbito penal, a Lei nº 10.261/68 não realizou qualquer diferenciação entre a gravidade da ofensa física, não se aplicando o *discrimen* entre a contra-venção penal de vias de fato e os crimes previstos no código penal de lesão corporal leve, grave e gravíssima.

Para o Estatuto dos Servidores basta que tenha havido ofensa física praticada pelo servidor, durante o serviço, voltada para outro servidor ou mesmo aos particulares. Agiu bem o legislador em não adotar as classificações próprias do direito penal, pois não se coaduna com o comportamento que se espera de um servidor público a prática de ofensa física durante o trabalho contra quem quer que seja, ressalvada, evidentemente, a sua prática para afastar um anterior e injusto ataque físico, isto é, valer-se da legítima defesa.

A legítima defesa como é cediço ingressa na análise da infração como excludente de ilicitude, desde que o agente público se valha de

meios moderados e necessários para afastar a injusta agressão sofrida, podendo responder em caso de excesso doloso ou culposos.

A esse respeito, o magistério de Mário Masagão:

Note-se que o legislador do Estatuto foi, neste passo, mais rigoroso que o legislador penal, pois considerou excludente da responsabilidade, no caso da ofensa física, somente a legítima defesa, ao passo que o Código Penal contempla, ao lado dela, as hipóteses de o agente obrar em estado de necessidade, ou em estrito cumprimento de dever legal, ou no exercício regular de direito.¹¹

4.4. Praticar ato definido na lei como crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo

Como já restou acima mencionado, os incisos XI a XIII foram acrescentados pela Lei Complementar nº 942/2003, que buscou trazer previsão específica no rol do artigo que estabelece a demissão a bem do serviço público como forma de aumentar o âmbito de proteção do Poder Público em face de servidores que se desviaram do caminho escorreito e passaram a praticar crimes graves, como o tráfico ilícito de entorpecentes. De fato, não seria possível conceber, por exemplo, que um professor da rede pública de ensino pudesse continuar nos quadros do serviço público após a prática de gravíssimo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo de rigor sua demissão a bem do serviço público com a consequente incompatibilização para a nova investidura por 10 (dez) anos.

4.5. Praticar ato definido em lei como de improbidade

A tutela da probidade administrativa encontra o seu fundamento de validade no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade

11 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 250.

dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A improbidade como é cediço se apresenta como gravíssimo problema difundido em diversos setores da Administração Pública e há muito exige dos órgãos de controle interno e externo do Estado, uma postura firme e enérgica visando combater a sua prática.

No dizer da Fábio Medina Osório¹²:

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unidos esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos. De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária tão carregada e pesada quanto a corrupção pública, com toda a sua carga histórica e ideológica, cultural e normativa.

Visando dar efetividade à previsão Constitucional, a Lei nº 8.429/92 regulamentou e definiu as três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam:

- atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º)
- atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10)
- atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. (art. 11)

As hipóteses foram previstas observando em ordem decrescente o grau de lesividade do comportamento do agente público em relação ao

12 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

bem jurídico tutelado, sendo a conduta do artigo 9º a mais gravosa, com sanções mais severas, passando pelo dano ao erário (art. 10), com sanções medianas até chegar nas condutas que atentam contra os princípios (art. 11) que foram, por assim dizer, consideradas menos gravosas pelo legislador.

De qualquer forma, o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa trouxe sanções extremamente severas para o agente público que for condenado por ato de improbidade, como a perda do cargo público, a indisponibilidade de bens, a suspensão dos direitos políticos, dentre outras sanções, o que bem demonstra que houve uma singular preocupação do legislador em trazer instrumentos capazes de combater a prática de atos espúrios que vilipendiam o patrimônio e o interesse público.

O texto da Constituição Federal não deixou dúvidas acerca da natureza civil da ação de improbidade administrativa, posto estar expressamente ressalvado que a caracterização da conduta como ímproba será considerada, sem prejuízo da ação penal cabível.

E nem poderia ser diferente, em consideração ao princípio da independência das instâncias, sendo interessante observar que uma mesma conduta ilícita praticada pelo servidor poderá irradiar consequências nas esferas criminal, administrativa e civil.

Com efeito, a previsão contida no inciso XIII do artigo 257, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo segue essa mesma linha. Logo, o servidor que tenha praticado uma subtração de valores públicos no exercício de suas funções, responderá pelo crime de peculato, nos termos do artigo 312 do Código Penal, por ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, sujeitando-se, ainda, em processo administrativo disciplinar à pena de demissão a bem do serviço público, nos termos do inciso XIII, do artigo 257, da Lei nº 10.261/68.

Desta feita, no momento de elaboração da portaria inaugural do processo administrativo disciplinar, o Procurador do Estado já deverá realizar o correto enquadramento da conduta ímproba, propondo a remessa de cópia dos autos para os órgãos responsáveis pela propositura da ação civil pública por improbidade, sem prejuízo de remessa de

cópia dos autos também para a autoridade policial ou para o *parquet*, nos termos do artigo 302 da Lei nº 10.261/68 para a devida apuração da conduta no âmbito criminal.

5. Da demissão e da demissão a bem do serviço público. Ato administrativo vinculado¹³ ou discricionário¹⁴

Para a compreensão do tema proposto no presente trabalho, indispensável a análise acerca do grau de liberdade que é conferido pelo legislador ao administrador no momento da aplicação das sanções de demissão e de demissão a bem do serviço público.

Se se considerar que configurada uma das hipóteses previstas nos artigos 256 e 257, o administrador não teria outra opção a não ser a aplicação da demissão ou da demissão a bem do serviço público, estar-se-ia trilhando o entendimento de que nessas hipóteses o ato administrativo seria vinculado, logo não haveria espaço de decisão para a proposta de mitigação da pena legalmente prevista.

Por outro lado, em se considerando que é dado ao administrador, no momento da individualização da sanção, poder avaliar as circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem a prática da infração funcional, bem como as condições de caráter pessoal do agente público, propondo a mitigação da pena prevista pelo legislador, poder-se-ia falar em *discricionariedade* na aplicação da sanção prevista na lei.

Não obstante exista certa divergência na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto, vem preponderando entendimento, que,

13 Conforme José dos Santos Carvalho Filho: “Atos vinculados, como o próprio adjetivo demonstra, são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de ato não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei” (Manual de Direito Administrativo, p. 128 e 129).

14 Ainda preleciona José dos Santos Carvalho Filho: “Diversamente sucede nos atos discricionários. Nestes é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, certo grau de subjetivismo” (Manual de Direito Administrativo, p. 129).

de fato, parece ser o melhor, de que é viável a mitigação da pena de demissão e de demissão a bem do serviço público, com manutenção do servidor nos quadros da administração pública se as circunstâncias de caráter objetivo, subjetivo e pessoal indicarem para a conveniência da manutenção do agente público em seu cargo.

E essa conclusão é reforçada quando da análise do princípio da individualização da pena como parte integrante da cláusula fundamental do devido processo legal, demandando do intérprete do sistema disciplinar de qualquer ente federativo essa indispensável proteção.

A respeito vale a menção de Themístocles Brandão Cavalcanti¹⁵:

Assim, embora muitos regulamentos estabeleçam a relação entre a falta e a pena correspondente, critério seguido também pelo Estatuto dos funcionários públicos, deixam ao arbítrio da autoridade o fixar a quantidade da pena aplicável em cada espécie concreta. Mas, nem mesmo o silêncio da lei justifica a desatenção pela autoridade dos princípios de justiça que exigem uma correspondência entre a pena e a gravidade da falta. Principalmente o poder de atenuar a pena, atendendo à consideração de ordem personalíssima, constitui faculdade muito peculiar ao exercício da função disciplinar.

Nesse sentido, o artigo 252 da Lei 10.261/68 prevê:

Artigo 252 - Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

Há na previsão acima transcrita, um norte que deverá guiar o operador do direito na aplicação da sanção disciplinar no caso concreto, porém existem outros fatores que necessariamente deverão ser considerados no momento da individualização da pena, o que mostra a fragilidade e insuficiência do conteúdo do artigo 252 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.

Cumpre destacar que no âmbito criminal, onde se verifica a existência do sistema trifásico de aplicação da pena, conforme se constata do

15 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 156 e 157.

artigo 68 do Código Penal, a tarefa do magistrado já se mostra deveras complexa. No regime disciplinar em que não há idêntica regra, a dificuldade se mostra ainda maior.

Por essa razão, nos tópicos seguintes, será introduzida a discussão acerca de quais seriam os limites e os critérios a serem observados na posposta de mitigação da pena de demissão e da pena de demissão a bem do serviço público.

6. Critérios propostos para análise da viabilidade de mitigação da sanção de demissão e da demissão a bem do serviço público

Em primeiro lugar, mister consignar que o legislador quando estabeleceu nos incisos dos artigos 256 e 257, as hipóteses de demissão e de demissão a bem do serviço público, respectivamente, já realizou, *a priori*, sua escolha de penalização em consideração às condutas perpetradas pelo servidor público, razão pela qual é possível asseverar que, uma vez constatada a responsabilidade do agente, a regra é a aplicação da pena demissória.

Essa conclusão se extrai da própria previsão contida nos artigos 256 e 257, no sentido de que a consequência pela violação das hipóteses neles previstas é a sanção de expulsão dos quadros da Administração Pública.

Evidentemente, deverá ser observado no curso da instrução probatória o imprescindível respeito ao devido processo legal, verdadeira pedra de toque do processo administrativo disciplinar, postulado sobre o qual convergem todas as garantias individuais inerentes aos acusados.

Nesse mesmo sentido Carlos S. de Barros Júnior¹⁶:

Pode-se afirmar, pois, que, em regra, nenhuma sanção será legitimamente aplicada sem a observância de determinadas regras processuais, que protejam os funcionários contra arbitrariedades. Essas normas objetivam atender à conveniência do interesse público e assegurar ao funcionário, acusado de falta, ser ouvido e poder defender-se.

16 BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Do poder disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

Nessa linha de raciocínio, embora seja viável a análise da mitigação no caso concreto, não há que se falar em direito subjetivo do agente público à referida medida, visto que nas hipóteses descritas nos artigos 256 e 257 a pena prevista pelo legislador é de demissão simples ou agravada, representando a mitigação exceção à regra geral.

Feita a ponderação retro, cumpre discutir, de maneira mais aprofundada, os critérios abaixo propostos, a serem observados pelo administrador público no momento de aplicação da pena ao servidor faltoso:

- circunstâncias de caráter objetivo;
- circunstâncias de caráter subjetivo;
- circunstâncias de caráter pessoal.

No que tange ao primeiro critério proposto, deverá ser observada a natureza e a gravidade da infração, se houve ou não prejuízo ao erário, se o fato também constitui crime no âmbito penal e se em razão da prática da conduta houve consequências graves.

Para ilustrar, pode-se imaginar a conduta levada a efeito por um gestor que tenha realizado contratação direta com dispensa de licitação, na qual tenha se verificado superfaturamento. Na hipótese mencionada, a infração é extremamente grave, constitui ato de improbidade administrativa, crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações, acarretando, ainda, prejuízos ao erário.

Para além do aspecto objetivo, deverá ser considerado na individualização da pena o elemento anímico de que se revestiu a conduta, isto é, se o agente público agiu imbuído de dolo ou culpa.

Na conduta dolosa, o agente pratica a conduta visando ao resultado danoso (dolo direto) ou ao menos assumindo o risco de sua ocorrência (dolo eventual). Por sua vez, no comportamento culposo, o servidor age com inobservância dos deveres objetivos de cuidado, sendo negligente, imperito ou imprudente.

No presente *discrímén*, encontra-se a maior ou menor reprovabilidade da conduta, pois na atuação dolosa o servidor pratica a conduta com intenção de violar a norma proibitiva, enquanto na modalidade culposa,

o servidor deixa de atuar com zelo e comprometimento funcional, sem, contudo, desejar o resultado.

Por fim, no terceiro critério proposto, deverão ser avaliadas as circunstâncias de caráter pessoal, tais como o comportamento do agente público no exercício de sua atividade no decorrer de sua vida funcional, a existência de condenações anteriores que importem em reconhecimento de reincidência e, ainda, o tempo em que o servidor se encontra no serviço público.

Por esse último critério, será possível verificar se o servidor cometeu um deslize pontual, não representativo de sua trajetória funcional ou se mais de uma vez, podendo adotar a boa prática administrativa, desviou-se desta, perpetrando conduta vedada pela lei.

No exemplo acima mencionado, atuando o servidor para obter enriquecimento ilícito, de maneira preordenada e causando prejuízo ao erário, evidentemente o desvalor da conduta assume especial importância na valoração da pena cabível. Nessa hipótese, a análise do terceiro critério, mostrar-se-á pouco relevante, diante da gravidade do comportamento perpetrado pelo servidor.

Em outras hipóteses, o exame do terceiro critério poderá ser decisivo para a proposta de demissão ou para a recomendação da mitigação da sanção para uma pena de suspensão ou repreensão, como, por exemplo, num caso em que um servidor, com trinta anos de serviços prestados ao Estado, tenha incidido pela primeira vez na infração de abandono de cargo, faltando injustificadamente ao serviço público por 32 (trinta e dois) dias consecutivos.

A análise dos dois primeiros critérios propostos, poderá levar ao reconhecimento de que o agente objetivamente afrontou a lei, ausentando-se por mais de trinta dias ao serviço e agiu imbuído de dolo, com intenção de abandono. Porém, em se analisando o terceiro critério, poderá ser constatado no processo que o acusado sempre foi excelente servidor, não faltava ao serviço, apresentava ficha funcional incólume e, por fim, que passava, ao tempo do cometimento do ilícito, por problemas psicológicos.

Nesse caso, apresenta-se viável e como justa medida, a aplicação de sanção, porém, de forma mitigada, abrandando-se o rigor da pena demissória, prevista no inciso I, do artigo 256, para aplicação da pena de suspensão com fulcro no artigo 252 c.c. o artigo 251, inciso II, todos da Lei nº 10.261/68.

A proposição dos critérios acima não tem por objetivo resolver o difícil dilema do administrador público na individualização da pena cabível ao servidor faltoso, mas tão somente trazer luzes que possam auxiliar, ainda que minimamente, nesta árdua tarefa.

De qualquer modo, eventual mitigação da sanção de demissão, seja a demissão simples ou a demissão agravada, somente pode ser avaliada diante do caso concreto, levando em consideração os aspectos objetivos, subjetivos e de caráter pessoal do agente público faltoso.

De outra banda, se a realização da operação de mitigação da sanção de demissão simples para a sanção de suspensão já demanda especial atenção do responsável pelo processo administrativo disciplinar, deve-se ter em mente que o afastamento da demissão a bem do serviço público para a aplicação da sanção de suspensão mostra-se ainda mais complexo, tendo em vista que na hipótese se está diante de uma dupla mitigação.

A primeira mitigação, dar-se-ia com a substituição da sanção de demissão a bem do serviço público pela sanção de demissão simples e, na sequência, a segunda mitigação viria com a não aplicação da demissão simples e aplicação de sanção de suspensão.

Por essa razão, tão importante quanto a fundamentação para a condenação do agente público, deverá ser a fundamentação para a realização da mitigação ou da dupla mitigação, afastando-se, assim, a pena de expulsão do servidor dos quadros da administração pública.

E não basta na fundamentação trazer somente os motivos¹⁷ de direito, como a menção ao artigo 252 da Lei nº 10.261/68 ou ainda se

17 Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontifica: “Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato (Direito Administrativo, p. 217).”

valer da genérica menção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade¹⁸. É preciso também expor os fundamentos fáticos que justifiquem no caso concreto a decisão da autoridade administrativa para a mitigação da sanção.

Nesse ponto, é possível asseverar que existem limites na aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para a operação de mitigação da pena, pois sua utilização depende de fundamentação lastreada nas circunstâncias ocorridas no mundo fenomênico que se coadunem com a reprimenda mais benévola ao agente público.

Embora alguns administrativistas considerem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios autônomos, o melhor entendimento é no sentido de que o segundo princípio nada mais é do que uma parte integrante do primeiro.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹:

Embora a Lei no 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Em outras palavras, não basta a alusão ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para pretender justificar a mitigação, sem

18 Vale transcrever interessante passagem encontrada no escólio de Francesco Caringella: “La proporzionalità può essere definita come la misura del potere amministrativo ed attiene essenzialmente all’equo rapporto tra mezzo e fine, tra presupposto e conseguenza e, più in generale, tra interessi, pubblici e privati, compresenti. Detto principio è già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza, nel quale confluiscono, a loro volta, i principi di ugualianza, di imparzialità e buon andamento. Sotto tale profilo, pertanto, il principio di proporzionalità, implicando una valutazione che incide sulla misura dell’esercizio del potere, impone alla P.A. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolare di interessi compresenti nell’azione amministrativa, al fine di ricercare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile per gli stessi interessi.” (Manuale di Diritto Amministrativo, p. 1059 e 1060).

19 *Op. cit.*, p. 81.

que se analise de maneira minudente quais os fundamentos de fato e de direito que permitem a proposta mitigatória, mesmo porque em muitos casos, diante da gravidade da conduta, do dolo perpetrado, bem como das consequências danosas da mesma, a proporcionalidade e a razoabilidade justamente servirão como fator impeditivo da manutenção do servidor nos quadros da Administração Pública.

Logo, no caso concreto, há que ser verificada a razoabilidade e a proporcionalidade com limites, devendo o aplicador da lei valer-se de criteriosa fundamentação acerca dos motivos de fato e de direito que embasarão a prática do ato, evitando-se, desta feita, a utilização genérica da principiologia em comento.

Pode-se encontrar também no direito comparado, em acréscimo aos parâmetros acima propostos, o critério utilizado pelos portugueses encontrado no artigo 66²⁰ do Código Penal Português, que prevê verdadeira regra de ouro para a correta aferição da viabilidade da mitigação da sanção demissional para outra que mantenha o agente público em suas funções, qual seja, a aferição da incompatibilidade com o serviço público.

20 “Artigo 66º.

Proibição do exercício de função

1 - O titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que, no exercício da atividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, é também proibido do exercício daquelas funções por um período de 2 a 5 anos quando o facto:

- a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;
- b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou
- c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função.

2 - O disposto no número anterior é correspondentemente aplicável às profissões ou atividades cujo exercício depender de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública.

3 - Não conta para o prazo de proibição o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coação processual, pena ou medida de segurança.

4 - Cessa o disposto nos nºs 1 e 2 quando, pelo mesmo facto, tiver lugar a aplicação de medida de segurança de interdição de atividade, nos termos do artigo 100.^º

5 - Sempre que o titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, for condenado pela prática de crime, o tribunal comunica a condenação à autoridade de que aquele depender”.

Segundo Marcelo Caetano:

Penas expulsivas são as que têm como efeito **afastar do serviço o agente cuja presença se revelou inconveniente aos seus interesses, dignidade e prestígio**²¹. (*grifo nosso*)

Para tanto, os portugueses que bem se debruçaram sobre essa regra, propõem a aferição, a partir da conduta praticada pelo agente público, acerca da compatibilidade ou não de sua manutenção nos quadros da Administração Pública. Nesse mesmo passo, o i. Procurador do Estado Presidente da 1ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares cunhou excelente expressão a partir deste critério previsto pelo Código Penal Português, nominando-a de “juízo de incompatibilidade absoluta com o serviço público”²².

Na legislação lusitana mencionada, há previsão de proibição do exercício da função nas hipóteses de condenação de titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração, que no exercício das funções praticar crime punido com pena de prisão superior a 3 anos, acarretando a proibição do exercício das funções por um período de 2 a 5 anos. Para a incidência dessa última proibição o fato deverá ter sido praticado numa das circunstâncias previstas nas alíneas “a” a “c”:

- a) for praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;
- b) revelar indignidade no exercício do cargo; ou
- c) **implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função**. (*grifo nosso*)

Com efeito, a alínea “c” do item 1 do artigo 66 do Código Penal Português, fornece imprescindível critério de aferição da incompatibilidade do agente com o serviço público, ao passo que faz alusão à **perda da confiança necessária ao exercício da função**. A perda da confiança

21 CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 8. ed. Portuguesa, 1968, 1ª edição brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970.

22 LOURENÇO, José Messias. *Efeitos Específicos da Sentença Penal Condenatória e o Devido Processo Legal*. Dissertação de Mestrado em Processo Penal, Faculdade de Direito – USP, p. 122 e ss.

também pode e deve ser analisada como quebra do dever de lealdade pelo servidor público. (*grifo nosso*)

Se em razão da conduta perpetrada pelo agente redundar na perda da confiança da Administração para o exercício do cargo, haverá um inegável impedimento para a manutenção do vínculo de caráter funcional, restando hialino o juízo de incompatibilidade absoluta.

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro não trouxe condicionamentos para a incidência da perda do cargo, além da previsão de caráter objetivo, como se deduz das alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 92. Nesse sentido, para que haja a perda do cargo, basta que o agente público seja condenado a pena superior a quatro anos, ou sendo a pena superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Todavia, os efeitos de que trata esse dispositivo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença²³.

Outra distinção digna de nota diz com os efeitos da decisão criminal no direito criminal pátrio, pois o referido artigo 92 somente disciplina como efeito da condenação a possibilidade de ser declarada a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, não trazendo como consequência da condenação a incompatibilização para nova investidura como faz o Código Penal Português.

Como se deduz, o **juízo de incompatibilidade absoluta com o serviço público** revela-se, também, como importante critério norteador da decisão do administrador no âmbito disciplinar, representando forte fator de inflexão na ponderação entre a manutenção do servidor nos quadros da Administração Pública ou sua expulsão.

23 Art. 92 - São também efeitos da condenação:

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

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

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

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

7. Conclusão

No curso do presente trabalho procurou-se enfrentar tema delicado no âmbito do direito disciplinar e ainda pouco explorado com profundidade pelos doutrinadores, abordando os principais aspectos das faltas infracionais que sujeitam o agente público às penas de demissão e de demissão a bem do serviço e a eventual possibilidade de mitigação da sanção legalmente prevista.

O caminho para a formação de bases sólidas sobre as quais se assenta o regime disciplinar vem sendo construído e aperfeiçoado diuturnamente com o trabalho dos operadores desse novel ramo do direito, bem como com o auxílio imprescindível dos doutrinadores que se dedicam ao estudo dos princípios e regras próprias do processo administrativo disciplinar.

Como é consabido, o processo disciplinar deve orientar-se pela mais absoluta obediência aos direitos e garantias individuais, com esteio no devido processo legal e visando assegurar ao agente público o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude.

Deve atuar, outrossim, como instrumento de proteção estatal face às infrações que causam grave perturbação aos valores tutelados pelo Poder Público, evitando-se que condutas perniciosas e inadmissíveis restem sem a correspondente resposta do Estado, fazendo refém a Administração Pública e, em última análise, os próprios administrados destinatários dos serviços públicos oferecidos pelo Estado.

Nesse aparente choque entre a tutela da Administração Pública e a proteção do vínculo de caráter funcional, se coloca a problemática da aplicação da demissão e da demissão a bem do serviço público ou a realização da operação de mitigação da pena expulsória, por outra que mantenha o agente nos quadros da Administração Pública.

Para a solução desse conflito, propõe-se que o aplicador da lei, diante do caso concreto, realize minudente análise das condições e circunstâncias que envolveram a prática da infração administrativa, considerando as circunstâncias de caráter objetivo, de caráter subjetivo e, por fim, de caráter pessoal, reconhecendo a existência ou não de um juízo absoluto de incompatibilidade com o serviço público.

8. Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Do poder disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 8. ed. Portuguesa, 1968, 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CARINGELLA, Francesco. *Manual di Diritto Amministrativo*, 4. ed. Italiana, Roma: Dike Giuridica Editrice, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Direito e Processo Disciplinar*, 1. ed., Rio de Janeiro: FGV, 1964.
- 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.
- LOURENÇO, Messias José. *Efeitos Específicos da Sentença Penal Condenatória e o Devido Processo Legal*. Dissertação de Mestrado em Processo Penal, Faculdade de Direito – USP, São Paulo: 2006.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. OSÓRIO, Fábio Medina, *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STOCO, Rui, *Processo Administrativo Disciplinar*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Centro de Estudos