

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito

Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva

**A CONVERSÃO DA EXONERAÇÃO EM PENALIDADE EXPULSIVA: uma análise
propositiva e de consertação do ato administrativo**

Belo Horizonte
2025

Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva

**A CONVERSÃO DA EXONERAÇÃO EM PENALIDADE EXPULSIVA: uma análise
propositiva e de consertação do ato administrativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Flávio Couto Bernardes.

Área de Pesquisa: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento e Políticas Públicas.

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586c	Silva, Fábio Lucas Gabrich Cruz e A conversão da exoneração em penalidade expulsiva: uma análise propositiva e de consertação do ato administrativo / Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva. Belo Horizonte, 2025. 163 f. : il. Orientador: Flávio Couto Bernardes Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Administração pública - Brasil. 2. Direito administrativo - Brasil. 3. Sanções administrativas. 4. Processo administrativo - Brasil. 5. Poder disciplinar (direito administrativo). 6. Exoneração. 7. Servidor público - Disciplina. 8. Controle interno (administração pública). I. Bernardes, Flávio Couto. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 35
-------	--

Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva

**A CONVERSÃO DA EXONERAÇÃO EM PENALIDADE EXPULSIVA: uma análise
propositiva e de consertação do ato administrativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Flávio Couto Bernardes.

Área de Pesquisa: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento e Políticas Públicas.

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Giovani Clark – PUC Minas (Examinador)

Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa – EUPB (Examinador)

Belo Horizonte, 25 de março de 2025.

Um homem prudente deve fazer como o arqueiro que desejando atingir um alvo distante, mira sempre um ponto mais alto do que aquele que realmente quer acertar. (Nicolau Maquiavel)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente e sempre, à Deus, por todas as bênçãos que Ele, Pai bondoso e misericordioso, me concede todos os dias.

Agradeço à Nossa Senhora, minha Mãe, que nunca me desamparou nos momentos difíceis, demonstrando a todo momento o poder e o milagre de sua intercessão.

Ao meu pai Vitor, exemplo de dedicação acadêmica e grande incentivador de meus estudos.

À minha mãe, cujo afeto, amizade e dedicação me fazem querer ir sempre além.

Ao meu irmão Phillipe, melhor amigo e base que sempre sei que posso contar.

À minha noiva Gabi, com quem quero compartilhar toda minha vida.

Ao meu orientador professor Flávio Couto Bernardes, pelo acompanhamento e instrução para a elaboração deste trabalho, bem como estímulo para sempre buscar melhor compreender o direito.

À Nicole (in memoriam), minha eterna irmã.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apurar a possibilidade jurídica de se converter a exoneração, a pedido ou de ofício, em penalidade expulsiva, notadamente nos casos em que a descoberta do ilícito ou a conclusão do processo administrativo disciplinar tenha se dado em momento posterior à exoneração do servidor público. A pesquisa em tela se pautará na análise de normas jurídicas, sobretudo a Constituição e o Estatuto Federal (Lei nº 8.112/90), bem como da doutrina, prática administrativa e jurisprudência, embora esta última seja escassa sobre o tema proposto. Buscar-se-á estabelecer, inicialmente, a relevância jurídica da sanção para o Direito, incursionando pela evolução histórica das penas na sociedade até o atual período humanitário. Além disso, será dado enfoque às sanções administrativa e disciplinar, traçando suas características, classificações e consequências, bem como a proximidade e distanciamento de ambas com a sanção penal. O Processo Administrativo Disciplinar, enquanto instrumento viabilizador de penalidades expulsivas, também será abordado neste trabalho, dando destaque as suas fases, forma, legitimidade e base normativa. Por fim, voltando-se ao cerne da presente dissertação, será analisada a viabilidade jurídica da conversão da exoneração em penalidade expulsiva, além de seus possíveis efeitos e repercussões, dando ênfase ao poder-dever de autotutela da Administração Pública e a imperiosidade de conserto de atos administrativos equivocadamente exarados pelo Estado. Para tanto, serão utilizados os métodos tipológico e monográfico de procedimento, e o método dedutivo de abordagem, com a apresentação de conceitos, argumentos e proposições sobre o Direito Administrativo Sancionador, como destaque a seu sub-ramo disciplinar.

Palavras chave: Autotutela. Conversão. Demissão. Exoneração. Processo Administrativo Disciplinar.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the legal possibility of converting dismissal, upon request or ex officio, into an expulsion penalty, particularly in cases where the discovery of the wrongdoing or the conclusion of the administrative disciplinary process occurred after the dismissal of the public servant. The research in question will be based on the analysis of legal norms, especially the Constitution and the Federal Statute (Law No. 8,112/90), as well as doctrine, administrative practice and jurisprudence, although the latter is scarce on the proposed topic. The aim will initially be to establish the legal relevance of the sanction for Law, delving into the historical evolution of penalties in society up to the current humanitarian period. In addition, the focus will be on administrative and disciplinary sanctions, outlining their characteristics, classifications and consequences, as well as the proximity and distance of both with criminal sanctions. The Administrative Disciplinary Proceedings, as an instrument that enables expulsion penalties, will also be addressed in this work, highlighting its phases, form, legitimacy and normative basis. Finally, returning to the core of this dissertation, the legal feasibility of converting dismissal into an expulsion penalty will be analyzed, in addition to its possible effects and repercussions, emphasizing the power-duty of self-protection of the Public Administration and the imperative need to correct administrative acts erroneously issued by the State. To this end, the typological and monographic methods of procedure will be used, as well as the deductive method of approach, with the presentation of concepts, arguments and propositions on Sanctioning Administrative Law, with emphasis on its disciplinary sub-branch.

Keywords: Self-protection. Conversion. Dismissal. Dismissal. Administrative Disciplinary Proceedings.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Proposta de interpretação do ilícito consistente na prática de crimes contra a Administração Pública.	91
Tabela 2: Elementos dos atos de exoneração e demissão.	124

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Servidor demitido (conversão) sem outro vínculo funcional com a Administração Pública.	140
Figura 2: Servidor demitido (conversão), com novo vínculo de natureza comissionada com a Administração Pública.	141
Figura 3: Servidor demitido (conversão), com novo vínculo efetivo com a Administração Pública.	143

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A SANÇÃO E O DIREITO	17
2.1. A evolução da sanção no direito.....	21
2.2. Ilícito penal e ilícito administrativo	32
2.3. A sanção administrativa	42
2.4. A sanção disciplinar.....	46
3. O REGIME DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS.....	54
3.1. Poder de polícia (relação geral de sujeição) X poder disciplinar (relação especial de sujeição)	56
3.1.1. Poder de polícia (relação geral de sujeição).....	57
3.1.2. Poder disciplinar (relação especial de sujeição).....	59
3.2. A responsabilidade disciplinar.....	62
3.3. A independência das instâncias e o princípio do <i>ne bis in idem</i>	65
3.4. Ilícitos disciplinares	72
3.5. Da tipicidade dos tipos expulsivos.....	76
3.6. Dos ilícitos disciplinares	78
3.7. Dos ilícitos disciplinares gravíssimos e da análise emancipatória do ilícito disciplinar consistente na prática de crimes contra a Administração Pública	81
4. APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	
95	
4.1. Fases do processo administrativo disciplinar.....	100
4.1.1. Instauração	100
4.1.2. Inquérito.....	103
4.1.3. Julgamento	108
4.2. Sigilo e publicidade do processo administrativo disciplinar	112
5. CONVERSÃO DE EXONERAÇÃO EM PENALIDADE EXPULSIVA	121
5.1. Exoneração X demissão	121
5.2. O instituto da conversão.....	122
5.3. A conversão na lei nº 8.112/90	126
5.4. Fundamento da conversão: a autotutela.....	130
5.5. Conversão da exoneração em penalidade expulsiva.....	132

5.6. Momento e efeitos da conversão	137
5.7. Operacionalização da conversão	140
5.8. O instituto da conversão na jurisprudência.....	143
5.9. A aplicação da conversão pela Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais: os contratos da Secretaria de Estado de Defesa Social como impulso ao instituto	148
6. CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS.....	155

1. INTRODUÇÃO

A norma jurídica visa conformar condutas, impulsionando os cidadãos a realizarem determinado comportamento previsto ou estimulado pelo ordenamento jurídico. Caso haja o descumprimento do padrão normatizado de conduta, vislumbrar-se-á a presença do ilícito e, por corolário, a incidência da sanção que a ele é cominada.

A sanção, por sua vez, visa repreender determinado tipo de conduta indesejada, reforçando a normatividade do ordenamento e dissuadindo pretensos malfeitores, além de, por sua incidência, evitar a prática de novos ilícitos, seja por aquele que outrora o cometeu, seja por aquele que se sentiu entusiasmado a praticá-lo por, até então, desconhecer sua pena ou por crer na impunidade. Por isso, a sanção é consentânea do direito, essencial ao seu objetivo fundamental de conformar comportamentos.

No âmbito administrativo disciplinar, a sanção busca prestigiar a higidez necessária ao bom funcionamento da Administração Pública, evitando, pela compulsão psíquica gerada por sua mera previsão, a prática de ilícitos funcionais pelos agentes que compõem o elemento subjetivo do Estado e cuja função predominante é, exatamente, realizar e desenvolver o bem comum e as políticas públicas que viabilizam a concretização de direitos fundamentais.

Assim, para estabelecer a moldura comportamental desejada, a legislação prevê o regime disciplinar aplicável aos seus agentes, determinando seus deveres e proibições, as transgressões e as sanções a elas cabíveis, bem como o procedimento de apuração dos ilícitos disciplinares, que necessariamente precedem a aplicação da sanção, sendo eles, em regra, a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

Nesse contexto, também através dos estatutos funcionais, a Administração Pública expressa, com clareza e previsibilidade, sua expectativa em relação ao servidor, consignando que ele deverá atuar com zelo e dedicação as atribuições de seu cargo (art. 116, inciso I, da Lei 8.112/90), que observe as normas legais e regulamentares (artigo 116, inciso III), que guarde sigilo sobre os assuntos de sua repartição (art. 116, inciso VIII), que não cometa crimes contra a Administração Pública, que é sua própria “empregadora” (art. 132, inciso I), que não abandone seu cargo

(art. 132, inciso II¹). Enfim, que não cometa qualquer conduta contraproducente ao desenvolvimento das atividades exercidas pela Administração e à sua credibilidade pública.

Em caso de descumprimento dessa moldura comportamental estabelecida, haverá a incidência de sanções disciplinares, que podem culminar até mesmo na expulsão do servidor público dos quadros funcionais daquele ente federado lesado.

Ocorre que não raras vezes o servidor público transgressor já não mais compõe os quadros do funcionalismo público, podendo já ter sido demitido em outro processo, ou requerido sua exoneração, desligamento despido de natureza sancionadora.

O problema do presente estudo cinge-se à análise da possibilidade jurídica de a Administração Pública, após tomar ciência que o servidor exonerado cometeu transgressões passíveis de demissão enquanto no exercício de seu cargo, instaurar processo administrativo disciplinar para converter a exoneração em demissão que, enquanto sanção, produz efeitos acessórios que podem impedir o retorno do apenado ao serviço público por determinado período.

Assim, este trabalho busca analisar a viabilidade jurídica da conversão da exoneração em penalidade expulsiva, bem como, no caso de sua viabilidade, estudar as possíveis formas de sua operacionalização e suas consequências vindouras.

É certo que o atual cenário e os frequentes estudos acerca da corrupção no Brasil são campos férteis para o debate em crivo, uma vez que mencionada conversão funcionará como mais um instrumento de combate à corrupção e à prática de outros ilícitos no âmbito da Administração Pública, que são capazes de reduzir os recursos, minuar a atividade administrativa e prejudicar a realização de políticas públicas que, consigna-se, são pensadas, planejadas, executadas e avaliadas pelos agentes públicos, que manifestam vontade em nome do Estado.

Não foram encontrados trabalhos que tratem de forma minudenciada sobre a possibilidade de conversão da exoneração em penalidade expulsiva, o que torna a

¹ Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

III - observar as normas legais e regulamentares;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

presente pesquisa relevante ao direito administrativo, mormente em seu campo sancionador de cariz disciplinar.

O presente trabalho será desenvolvido em três capítulos. O primeiro deles será dedicado à exposição da relevância da sanção ao direito, evidenciando-a como critério distintivo das demais ordens sociais existentes e estabelecendo sua essencialidade a qualquer ordenamento jurídico, conforme já apresentado outrora por Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

Além disso, será tratada a evolução histórica da sanção, analisando sua manifestação nos diversos momentos e nas diversas sociedades que influenciaram a construção do direito moderno, fazendo destaque ao direito penal como ramo jurídico punitivo por excelência. Dar-se-á enfoque ao fenômeno de humanização das penas, que paulatinamente tendem a se despir do caráter cruel e público, para focar no sancionamento digno, mas adequado, do transgressor.

Considerando, ainda, a interlocução do Direito Penal com o Administrativo sancionador, será objeto de estudo do capítulo exordial à relação existente entre os ilícitos penais e administrativos, expondo as teses desenvolvidas pelos estudiosos para diferenciá-las ou aproximá-las, estudando, ainda, a teoria da unidade do poder punitivo do estado, desenvolvida na Espanha.

Na sequência, será exposto o conceito de sanção administrativa proposto por Fábio Medina Osório e que será utilizado neste trabalho, minudenciando seus elementos e afastando medidas aflitivas que não ingressam no conceito de sanção. Fechando o primeiro capítulo, será estudada a sanção disciplinar, seus elementos, características, finalidades e espécies, buscando estabelecer, ainda, a dissociação do ilícito administrativo consistente na prática de crimes contra a administração pública, com o Direito Penal, fornecendo-lhe fundamento essencialmente de direito administrativo.

O segundo capítulo tratará do regime disciplinar do servidor público estatutário, expondo o tratamento conferido ordinariamente pelos entes federados à matéria. Serão tratados temas como a responsabilidade disciplinar do servidor, seu conceito, início, término e alcance, além do dever de apuração do ilícito pela Administração Pública.

Será também realizada a distinção entre a relação geral e a relação especial de sujeição do indivíduo com o Estado, buscando estabelecer a fundamentação do

exercício do poder sancionador da Administração Pública em suas variadas manifestações, com destaque ao poder disciplinar por ela exercido.

Na sequência, será tratada a plúrima responsabilidade do servidor público, com enfoque na teoria da independência das instâncias, adotada no país. Será exposta as formas de interferência das decisões proferidas pelo judiciário na instância disciplinar, tendo como esteio as disposições legais e jurisprudenciais sobre o assunto.

Os principais ilícitos disciplinares e as sanções a eles cabíveis serão tratados na continuidade, em especial aqueles ilícitos que desafiam as penas de demissão e demissão a bem do serviço público.

Encerrando o segundo capítulo, será realizada breve exposição sobre o Processo Administrativo Disciplinar, tratando de suas fases, bases constitucional e legal e a forma de apuração do ilícito.

O capítulo derradeiro será dedicado ao cerne da presente pesquisa, buscando evidenciar a diferença entre exoneração e demissão, além de tratar do instituto da conversão para o Direito Administrativo, com enfoque em seu fundamento, desenvolvimento teórico, efeitos típicos, hipótese de aplicação e previsão legal.

Será realizada a análise da viabilidade jurídica conversão da exoneração em penalidade expulsiva, bem como o momento em que seria cabível sua incidência, e seus efeitos para a Administração Pública e o então servidor. Por fim, será realizado o estudo quantitativo da utilização do instituto em comento pela Controladoria-Geral do Estado de Minas nos últimos anos.

Em seguida será realizado breve estudo sobre a origem da aplicação da conversão da exoneração em penalidade expulsiva pela Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais, expondo os fundamentos e as razões que impulsionaram sua concepção por aquele órgão de controle interno.

Para o desenvolvimento do presente trabalho serão utilizados os métodos tipológico e monográfico de procedimento, examinando a compatibilidade do instituto da conversão com o ordenamento jurídico pátrio, além de sua consequência jurídica através da exposição de seus efeitos e sua abrangência.

Além disso, será utilizado o método dedutivo de abordagem para apresentar as acepções teóricas necessárias, como a exposição de conceitos, discussões e

propostas relacionadas ao Direito Administrativo Sancionador, em especial em sua vertente disciplinar.

2. A SANÇÃO E O DIREITO

É certo que, há muito, o ser humano vive em sociedade, se agrupando como forma de garantir sua manutenção e desenvolvimento, encontrando, na vida comunitária, a proteção e os mecanismos necessários à sua sobrevivência, ao mesmo tempo em que colabora e fortalece o corpo social. Assim, de acordo com Hannah Arendt (2007, p. 31), “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunha a presença de outros seres humanos.”

A reunião de indivíduos é motivada, pois, pelas vantagens da vida comunitária, conforme outrora evidenciado por Aristóteles (1985, p. 164):

(...) é com vistas a vantagens para seus membros que a comunidade política parece ter-se organizado originariamente e ter-se perpetuado, pois o objetivo dos legisladores é o bem da comunidade, e eles qualificam de justo aquilo que é reciprocamente vantajoso (ARISTÓTELES, 1996, p. 269).

Partindo desse prelúdio, é possível perceber a relação simbiótica entre indivíduo e sociedade, sendo o primeiro indispensável à formação da segunda, e esta, por sua vez, fundamental à garantia e manutenção da própria existência do ser humano, estabelecendo vínculos mútuos capazes de favorecer a parte (homem) e o todo (sociedade).

Diante das múltiplas idiosincrasias que compõem o corpo social e os desafios da vida comunitária, é indispensável o estabelecimento de regras de conduta para amoldar os diversos comportamentos coexistentes às expectativas sociais, disciplinando condutas e diferenciando de forma institucionalizada o lícito do ilícito. Por isso, como bem aduz Paulo Nader, o Direito é “um corolário inafastável da sociedade” (2023, p.29), sendo translúcida a ínsita relação desses entes:

Cenário de lutas, alegrias e sofrimentos do homem, a sociedade não é simples aglomeração de pessoas. Ela se faz por um amplo relacionamento humano, que gera a amizade, a colaboração, o amor, mas que promove, igualmente, a discórdia, a intolerância, as desavenças. Vivendo em ambiente comum, possuindo idênticos instintos e necessidades, é natural o aparecimento de conflitos sociais, que vão reclamar soluções. Os litígios surgidos criam para o homem as necessidades de segurança e de justiça. Mais um desafio lhe é lançado: a adaptação das condutas humanas ao bem comum. Como as necessidades coletivas tendem a satisfazer-se, ele aceita o desafio e lança-se ao estudo de fórmulas e meios, capazes de prevenir os problemas, de preservarem os homens, de estabelecerem paz e harmonia

no meio social. O Direito se manifesta, assim, como um corolário inafastável da sociedade. (NADER, 2023, p. 29)

De efeito, a ordem jurídica, para motivar a realização das condutas por ela desejadas, estabelece o que Kelsen (1998, p. 22) nominou de princípio da retribuição, com o estabelecimento de vantagens àqueles que cumprem as leis, e de sanções àqueles que a descumprem.

Para Kelsen, o que conforma a conduta dos indivíduos à expectativa social, estimulando-o a atuar de acordo com as normas impostas, é a previsão da ameaça de sanção em casos de descumprimento, estabelecendo-a como técnica específica que diferencia o Direito de outras ordens sociais, como a religião e a moral.

Nesse sentido, é a ameaça da sanção que fará com que os indivíduos “se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade (KELSEN, 1998, p. 21)”.

Kelsen, estabelecendo a sanção como traço característico nas ordens jurídicas das mais diversas sociedades, antigas e modernas, mais ou menos organizadas, define o Direito como verdadeira ordem coercitiva, cuja eficácia no cumprimento de suas normas é alcançada através da ameaça de punição. Assim explica Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno:

“a norma jurídica autêntica sempre foi, para Kelsen, a norma hipotética que liga a um pressuposto fático uma consequência, um ato de coação como sanção, “Kelsen acredita que a autêntica norma jurídica estabelece um ato de força como sanção (TRIVISONNO, 2020, p. 120)”.

Robert Alexy também expõe o referido pensamento Kelseniano:

Segundo Kelsen, a estrutura condicional da norma tem que ser complementada pela estrutura coercitiva da consequência para que a norma seja qualificada como jurídica. A consequência da condicional no caso da imputação não é qualquer consequência, mas apenas “a consequência de um determinado ato ilícito”, quer dizer, uma sanção essencialmente conectada com a coerção (ALEXY, 2013, p. 90).

Tal ameaça, decerto, é mais um estímulo à retidão de conduta do indivíduo, ladeada de outras como a moral, a religião e demais instrumentos de controle social presentes na sociedade.

No entanto, é a sanção o mecanismo legítimo do Estado, que através do monopólio do uso da força, a aplica de forma organizada, institucionalizada, limitada e imparcial a atos indesejados pela comunidade (definidos em lei, pelo parlamento ou congresso), buscando reestabelecer a higidez social maculada pelo ato contraproducente. Nesse sentido é o escólio de Kelsen:

O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada proibida; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade (KELSEN, 1998, p.30).

Assim, é o critério da sanção o que diferencia o Direito de todas as outras ordens sociais existentes, sendo essa técnica social específica, caracterizada pela previsão e aplicação institucionalizada da sanção, que atribui contorno identitário ao Direito e permite sua identificação nos mais diversos Estados e épocas:

(...) No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashanti* na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma. Para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária. (KELSEN, 1998, p. 27)

No mesmo sentido, Bobbio também estabelece o critério da sanção, em resposta à violação, como definidor da norma jurídica, entendendo que “todo sistema normativo implica o expediente da sanção” (BOBBIO, 2001, p. 154)

Para Bobbio a pena, quando aplicada de forma institucionalizada pelo Estado, alcança a eficácia e proporção pretendidas, sendo tais aspectos o cerne da sanção jurídica.

Por isso, para Bobbio é a institucionalização da sanção que garante eficácia reforçada às normas jurídicas, garantindo a certeza da resposta à violação, a proporcionalidade entre a violação e a sanção, e a imparcialidade de sua aplicação, que se dará por pessoas formalmente designadas a executá-las.

Tais características distinguem as sanções jurídicas das sanções morais e sociais. Diferencia-se da sanção moral por ser externa, transcendendo o âmbito interno ou o mero remorso do transgressor da norma moral, sendo, assim, mais eficaz. Quanto à sanção social, a diferença é verificada exatamente na institucionalização da sanção jurídica, o que garante proporcionalidade, imparcialidade e previsibilidade. Vejamos:

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos comportamentos contrários. Esta sanção se distingue da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da social por ser institucionalizada, isto é, por ser regulada, em regra, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada (BOBBIO, 2001, p. 159/160).

Essa técnica específica adotada pelo direito é capaz de revelar os aspectos preventivos e repressivos da sanção. Revelando um de seus aspectos preventivos, a mera previsão da sanção é capaz de conformar condutas, adequando-as às expectativas normativas através do que Kelsen nominou de compulsão psíquica (1998, p. 32), que garante a eficiência da ordem jurídica não pela “medida coercitiva que o órgão efetivamente executa, mas ao medo do sujeito de que a medida seja executada em caso de não obediência, de conduta ilegal”. É dizer que a previsão abstrata da sanção é capaz de inibir a prática de ilícitos, dissuadindo pretensos violadores do Direito de praticar a conduta indesejada.

Aplicada a sanção ao transgressor, vislumbra-se, além do efeito retributivo, que lhe impinge castigo pela prática do ilícito, propósito preventivo, seja ao apenado, buscando sua reeducação e a não reincidência, seja aos outros membros da sociedade, que são desestimulados a violarem o Direito por verificarem as consequências incidentes àqueles que o fazem.

Tais elementos característicos do Direito e da sanção podem ser extraídos da própria Constituição de 1988. A institucionalização da sanção, por exemplo, é evidenciada em diversos dispositivos constitucionais, como o artigo 5º, inciso LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou o inciso LIII, que estabelece o cariz exterior e imparcial da sanção ao prever que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O mesmo ocorre com os aspectos limitantes do poder punitivo estatal, que garantem sua justa medida (proporcionalidade), haja vista, *exempli gratia*, os princípios da humanização das penas e da vedação de provas ilícitas inculpidos, respectivamente, no artigo 5º, incisos XLVII e LVI.

Além disso, é também da Constituição que se extrai a relevância da sanção para o Direito Brasileiro, estabelecendo em seu artigo 5º, inciso XLI, “que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

2.1. A evolução da sanção no direito

Desde a origem das penas, como instrumento de vingança, até o modelo pretensamente democrático dos dias atuais, o sistema sancionatório experimentou inegável lapidação.

A história da sanção se confunde com a história da própria humanidade, sendo utilizado para reprimir condutas indesejadas durante milênios e nas mais civilizações e sociedades. Por isso, para Magalhães Noronha o direito penal, enquanto expressão mais notável de sanção, “surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou.”

Como visto, o homem há muito é um ser social, vivente em comunidade para garantir sua própria subsistência e, também, contribuir para a evolução e aprimoramento do grupo que compõe.

Em grupos primitivos, a resposta à violação ou agressão consistia na vingança privada operada pela vítima e seus familiares ou, ainda, pelo grupo que compunha.

Esse modelo sancionador privado era sobejamente desproporcional, implicando, na dicção de Noronha, em “lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo” (NORONHA, p. 20/21).

Como evolução à desproporção e irracionalidade da pena, o talião, oriundo do vocábulo em latim “*talion*”, que significa retaliação ou retribuição, estabeleceu, embora de forma rudimentar, certa proporcionalidade que há época inexistia, figurando tal sistema apenatório no Código de Hamurabi, no Pentateuco, e no Código de Manu, todos escritos antes de Cristo.

O talião tinha como objetivo enfrentar a arbitrariedade e a desproporção da resposta à agressão, tendo como cerne o estabelecimento da justa retribuição ao mal causado pelo agressor. Como expressão mais conspícua das diretrizes contidas no talião, verificam-se os artigos 196 e 197, do Código de Hamurabi, que transluzindo a célebre frase “olho por olho, dente por dente”, estabelecem:

XII - DELITOS E PENAS (LESÕES CORPORAIS, TALIÃO, INDENIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO)

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso (SOUZA, 1923, p. 313).

Embora o talião possa soar como irracional em tempos hodiernos, em análise diacrônica da sanção é possível constatar sua contribuição para a garantia da justa medida entre ofensa e sua resposta, reduzindo, há época de sua concepção, os excessos e abusos da punição. Assim, é possível dizer que o talião representa manifestação, ainda que embrionária e incipiente, de racionalização e equilíbrio da sanção.

Com a formação de comunidades e até mesmo Estados teocráticos, como a Índia (regida pelo Código de Manu) e o Egito, vislumbra-se o aparecimento da vingança divina, fazendo com que as sanções, muitas vezes de mutilação e morte, fossem aplicadas como forma de remissão da alma do criminoso para, assim, apreciar a salvação no pós-vida.

Considerando a grandiosidade da divindade ofendida pelo crime praticado, deveria o castigo ser igualmente grandioso, de modo a rejubilar a divindade de tal forma a amansá-la e, assim, afastar os infortúnios, fenômenos naturais, desastres e doenças impingidos àquele povo que cria que todo mal era causado por deuses insatisfeitos. Eis o caráter expiatório da pena, cuja finalidade era expurgar a sociedade do pecado, conforme leciona Nilo Batista:

Se a lei tem origem na divindade — e tal é a concepção nesses povos, — o crime, que a transgride, há de tomar o caráter de ofensa ao divino, que o

agente deve expiar pelo castigo da pena. Castigo duro, em geral, porque com ele se procura aplacar a cólera dos deuses e reconquistar-lhes a benevolência para com o seu povo. Daí os sacrifícios expiatórios, ou, em forma muito mais atenuada, as sanções rituais de purificação (NILO BATISTA, 2002, p. 74).

Pelo objetivo de agradar a divindade, os castigos eram cruéis e públicos, devendo a cerimônia de punição ser acompanhada pela comunidade, que testemunhavam a nequícia aplicada àquele que comete crimes.

Exemplos da vingança divina podem ser extraídos do Código de Manu, em especial a sua violência e a preocupação daquela sociedade com o sacro, com a purificação da alma e com o pós-vida.

Art. 191º Aquele, que por falsas ofertas de serviço, se apodera do dinheiro alheio, deve suportar publicamente, assim como seus cúmplices, diversas espécies de suplícios, segundo as circunstâncias, e mesmo a morte.
 Art. 315º Mas, os homens que cometem crimes e aos quais o rei infligiu castigos, vão direto ao céu, isentos de pecados, tão puros como as pessoas que fizeram boas ações.
 Art. 340º Quando um rei, pela aplicação dessas leis, reprime o ladrão, ele obtém glória nesse mundo e, depois da morte, a suprema felicidade.

Ainda que permanecessem cruéis as penas, o período da vingança pública enceta, ainda que timidamente, a característica da imparcialidade ao poder sancionador, haja vista que o Estado traz para si o “poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos (MASSON, 2020, p. 61)”.

Nesse período as penas severas eram comuns, tendo nítido cariz intimadatório com vistas, sobretudo, à proteção do Estado e de seu soberano. As mortes e mutilações eram sanções comuns, embora tal fase tenha sua importância na transformação paulatina das penas corporais para as penas patrimoniais, como explica Rogério Greco:

Pelo fato de as mutilações serem praticadas com muita frequência, enfraquecendo, sobremaneira, o grupo social, surge uma nova forma de resolução dos conflitos: a *compositio*. Segundo as lições de Maggiore: "Ao transformar-se o talião em composição, se realiza o processo subsequente. Assim, o agravo já não se compensa com um sofrimento pessoal, senão com alguma utilidade material, dada pelo ofensor. O preço do resgate, e já não mais o da vingança, está representado pela entrega de animais, armas, utensílios ou dinheiro. E a proporção entre a reparação e o agravo, está contida às vezes na chamada 'tarifa de composição', em sua medida precisa (GRECO, 2016, p. 18/19)".

Vale ressaltar que essas fases punitivas não são sobrepostas, isto é, o advento de uma não elimina a anterior, sendo possível a verificação da vingança privada, divina e pública dentro do mesmo corpo e contexto sociais, conforme explica Magalhães Noronha:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança dividida a vingança pública e o período humanitário. Todavia, deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante de princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado (NORONHA, 2004, p. 20).

O direito germânico primitivo bem elucida o entrelaçamento dessas fases punitivas. Essa ordem jurídica é caracterizada pela aversão ao estranho, a composição de grupos (*Sippe*), e pela manutenção da paz, assim caracterizada pela ausência de ataques externos (outros grupos) e internos (entre membros do mesmo grupo), bem como pelo sucesso das atividades cotidianas, como a caça, a colheita e higidez dos animais e das plantações.

A paz, portanto, era o próprio direito dos povos germânicos, sendo a sua quebra, o crime. Os ataques à paz desafiavam sanções diversas, a depender se praticado no âmbito interno ou externo. Se praticado no âmbito externo, isto é, por estranhos ou por outros grupos, a pena consistiria na vingança privada, com o ataque ao grupo ou indivíduo que violou a paz daquele clã, ou, ainda, na realização de acordos entre os líderes dos grupos convergentes, de modo a evitar o conflito.

Se interno o ataque, uma das penas cabíveis era a perda da paz, em que o indivíduo, como ensina-nos Aníbal Bruno, “é posto fora da proteção jurídica do grupo, podendo ser perseguido e morto por qualquer um” (BRUNO, 1978, p. 82).

Assim, o indivíduo que outrora pertencia a determinado grupo, passa à condição de estranho e, assim, sujeito as diversas mazelas naturais e sociais, podendo a perda da paz significar sua morte, afinal, fora da proteção do grupo poderia “ser morto não só pelo ofendido e seus familiares como por qualquer pessoa (NORONHA, 2004, p. 23)”.

Conforme Nilo Batista (2002, p. 33, 41/44), a expulsão de um membro da *Sippe* era precedida de “procedimentos coletivos de instrução”, semelhantes aos processos criminais, embora com a rudimentaridade própria da época, sendo, portanto, manifestação da vingança pública.

É conspícua a síntese de Nilo Batista sobre o modelo punitivo dos antigos povos germânicos:

Desde logo, se o autor da ofensa era um membro da própria *Sippe*, poderia sujeitar-se, entre outras medidas, e de acordo com a mácula que sua ação representasse para a estirpe, a uma exclusão da *Sippe* (*Entsippung*) que tinha o condão de suprimir todos os laços de solidariedade e convertê-lo num estranho, com um futuro despojado, inseguro e solitário. O procedimento da *Entsippung* seria descrito pelo direito dos francos sálicos. Quando a ofensa proviesse de integrante(s) de *Sippe* diversa, a ruptura da paz conduzia a um estado de inimizade (*Fehde* ou *faida*), que perduraria até a compensação, real ou simbólica, do grupo ofendido. E se a ofensa houvesse consistido na morte violenta de alguém, a solidariedade grupal e a devoção ao morto – enquanto elemento indissociável da *Sippe*, organicamente representativo dela – impunha a vingança de sangue (*Blutrache*). A identificação entre os membros da *Sippe*, atrelados igualmente a um destino igual, fazia com que a vingança pudesse recair em qualquer parente próximo do ofensor (BATISTA, 2002, p. 33/34).

Essa mesma relação entre as fases punitivas é vislumbrada no Direito Romano, que dividia os crimes entre crimes públicos e privados. Aos crimes públicos, como a conspiração e o assassinato, cabia ao magistrado à imposição da sanção de morte. No entanto, aos delitos privados, como o dano e a injúria, a punição era exercida pelo próprio ofendido. Nesse sentido:

Roma não fugiu às imposições da vingança, através do talião e da composição, adotadas pela Lei das XII Tábuas. Teve também caráter religioso seu direito penal, no início, no período da realeza. Não tardaram muito, entretanto, a se separarem direito e religião, surgindo os *crimina publica* (perduellio, crime contra a segurança da cidade, e parricidium, primitivamente a morte do civis sui juris) e os *delicta privata*. A repressão destes era entregue à iniciativa do ofendido, cabendo ao Estado a daqueles. Mais tarde surgem os *crimina extraordinaria*, interpondo-se entre aquelas duas categorias e absorvendo diversas espécies ou figuras dos delicta privata. Finalmente, a pena se torna, em regra, pública (NORONHA, 2004, p. 22).

Certo é que até o século XVIII as penas eram, além de violentas, aviltantes, publicizando o suplício à população como demonstração da força e insuperabilidade do Estado, e, também, de sua nequícia. Emergindo a preocupação com a humanização das penas, em muito influenciado pela obra de Beccaria, a espetacularização da pena passa a ter cunho negativo, transmudando a posição do executor da pena, que passou a ser visto como criminoso, com a do próprio executado, alvo de piedade pública.

De acordo com Foucault (1987, p. 13), a publicidade passa a ser “dos debates e da sentença”, sendo a condenação a própria marca vexatória incidente ao condenado.

Nesse período, conhecido como humanitário, e até mesmo no século que o sucedeu, a pena de morte ainda era sobejamente aplicada, mas buscavam executá-la sem impingir maior sofrimento ao executado, como explica Foucault:

Não mais aqueles suplícios em que o condenado era arrastado sobre uma grade (para evitar que a cabeça arrebentasse contra o pavimento), seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas, para que ele tivesse tempo de as ver com seus próprios olhos ser lançadas ao fogo; em que era decapitado enfim e seu corpo dividido em postas. A redução dessas “mil mortes” à estrita execução capital define uma moral bem nova, própria do ato de punir. (FOUCAULT, 1987, p.15)

O Código Penal Francês de 1791 traduz de forma precisa a evolução cognitiva sobre a pena de morte, que passa a ser entendida como “a simples privação da vida”, obliterando os suplícios e a espetacularização do sofrimento. A guilhotina, idealizada pelo médico francês Joseph-Ignace Guillotin, consolidou-se como forma de morte que impingia menor sofrimento ao executado, buscando-se garantir a dignidade do indivíduo que, embora privado da vida, não bradava o sofrimento causado pela execução da pena. Explica Rogério Greco:

Mediante um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado, a exemplo de sua dignidade, do direito a ser tratado igualmente perante as leis etc. Até mesmo no que dizia respeito à pena de morte, algumas formas de aplicação foram sendo aperfeiçoadas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível ao condenado, como ocorreu com a utilização da guilhotina, sugerida por Ignace Guillotin, pela primeira vez no dia 25 de abril de 1792, que consistia em fazer com que a morte ocorresse rapidamente por meio de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiadíssima e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado (GRECO, 2016, p. 24/25).

Com o iluminismo, o antropocentrismo e a tendente superação do absolutismo, as penas corporais vão cedendo cada vez mais espaço às penas patrimoniais, restritivas de direito e privativas de liberdade. A prisão, como expressão mais notória de sanção em tempos presentes, teve origem no direito canônico, sendo outrora aplicada, nas lições de Rogério Greco (2016, p.589), a clérigos faltosos, cujo encarceramento se destinava à sua reconciliação com Deus.

Como grande expoente do período humanitário das penas, tem-se Cessare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, que embora nobre, se preocupava os abusos praticados pelo Estado contra os indivíduos, em especial os menos abastados.

O direito europeu no momento vivido por Beccaria, que nasceu na Itália, em 1738, era marcado pelo sigilo e inquisitorialidade dos processos, em que o magistrado se apresentava como acusador e gestor da prova, cujo alcance admitia, inclusive, a tortura, mormente para estimular a confissão do imputado. A sociedade era altamente desigual, com privilégios aos nobres e severidade aos pobres, que já desprestigiados pela parca educação, eram tolhidos até mesmo do conhecimento acerca do conteúdo das leis, que eram escritas em linguagem rebusca e de difícil compreensão. Nesse sentido resume Rogério Greco:

A sociedade do século XVIII vivia numa situação de terror e desigualdades. O processo penal era inquisitivo, realizado secretamente, sem que o acusado tivesse conhecimento das provas que contra ele estavam sendo produzidas. A tortura era um meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão daquele que se escolheu para ocupar o lugar de culpado. A confissão era compreendida como a rainha das provas. O réu, na verdade, era quase que obrigado a confessar, a fim de expiar sua culpa. Os juízes, principalmente na França, eram peças fracas e frágeis a serviço de um governo despótico. Sempre parciais, julgavam com desigualdade os processos que envolviam ricos e pobres. As penas eram indeterminadas, ou seja, ficavam ao alvedrio do julgador aplicá-las de acordo com a sua conveniência. As leis existentes eram confusas, de redação rebuscada, impedindo sua compreensão. Era permitido o uso da analogia para que se pudesse condenar alguém. Enfim, o caos reinou até. Que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia (GRECO, 2016, p. 27/28).

Tais abusos, com destaque à crueldade e desproporcionalidade das penas, inspirou Beccaria a escrever a obra “Dos Delitos e das Penas”, concluída no ano de 1764. A obra denunciava os abusos do Estado e propunha a disrupção de seu sistema punitivo, com vista à observância e respeito aos direitos básicos dos indivíduos, com enfoque na dignidade do ser humano.

Beccaria entendia que punição era necessária, e estaria sim abarcada pelo pacto social que fundou o Estado. No entanto, a punição deveria ser proporcional, sem crueldade, e igual a todos os indivíduos. Assim, o fundamento da punição seria a proteção social, devendo haver equilíbrio entre ambos, conforme pondera Anibal Bruno:

Assim, a origem do Direito Penal é a necessidade, o seu fim a utilidade, no sentido da segurança geral. Essas ideias condicionam a sua concepção do fim da pena. Este, diz ele, “não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido”. O fim da pena “não é mais do que impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de remover os outros de fazê-los iguais”. Por isso, para ele, a pena há de ser mínima necessária para se conseguir esse fim. E não há de ser pena de morte, a que Beccaria nega, em princípio, toda legitimidade. O critério para medir a responsabilidade penal do agente não é a sua intenção, nem a gravidade do seu pecado. Será apenas o dano que do seu crime resulte para a sociedade. O que pretendeu fazer Beccaria não foi certamente obra de ciência, mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloquente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal. (BRUNO, 1978, p. 96).

Beccaria então expôs diversos princípios que garantiriam a legitimidade do exercício do poder punitivo pelo Estado, como a reserva legal, a clareza e a anterioridade das leis, a proporcionalidade e a humanização das penas, a presunção de inocência, a vedação à tortura, a imparcialidade do magistrado, a vedação à acusações secretas e interrogatórios sugestivos, e diversos outros que até hoje são de extrema relevância ao processo penal democrático².

Hodiernamente busca-se a aplicação cada vez mais racional da sanção, respeitando os direitos fundamentais do ser humano, com fundamento em sua dignidade. A obra de Beccaria em muito contribuiu com os avanços no sistema punitivo do mundo ocidental, sendo o grande marco da humanização das sanções e eliminação gradual e indiscriminada das penas de morte³. Para Beccaria, aliás, a pena de morte não seria sequer racional, afinal o Estado, que condena o homicídio, estaria praticando esse mesmo crime ao homicida:

Não é útil a pena de morte pelo exemplo de atrocidade que dá aos homens. Se as paixões ou a necessidade de guerra ensinaram a derramar o sangue humano, as leis moderadoras das condutas dos homens não deveriam aumentar este cruel exemplo, tanto mais funesto quanto mais a morte legal é

² Vale ressaltar que os princípios expostos por Beccaria já eram objeto de estudo na Europa, sendo que, conforme leciona Rogério Greco, “o mérito maior de Beccaria não foi a originalidade da construção dos princípios, há muito discutidos, principalmente pelos revolucionários franceses, mas o fato de ter tido a coragem de torná-los públicos, mediante fundamentos que contrariavam, perigosamente, os interesses dos detentores do poder da época em que houve a sua publicação (GRECO, 2016, p. 28).”

³ Tamanha a relevância de Beccaria, que seu nome foi utilizado por juristas europeus para explicitar a ruptura do modelo repressivo adotado pelo Estado antes de seu tempo, reportando à época de outrora como “Direito repressivo pré-beccariano”. Nesse sentido, expõem Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez: “Na medida em que isso foi ocorrendo no século XIX, pela manutenção do Direito sancionatório da polícia, como instituição mantida pelo Antigo Regime, foi possível falar, como um de nós o fez em 1976, em persistência de um [direito repressivo pré-beccariano], isto é, anterior a todos os refinamentos técnicos que a receptação dos princípios de Beccaria representou para o Direito Penal atual (ENTERRIA e FERNANDES, 2015, p. 191).

dada de forma deliberada e solene. Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que detestam e punem o homicídio, sejam elas próprias a cometer um e, para afastarem os cidadãos do assassinio, ordenem um assassinio público (BECCARIA, 1766, p. 123).

No que tange especificamente às sanções administrativas, importante rememorar a origem da construção teórica do direito administrativo como ramo jurídico autônomo. Embora haja posições contrárias, é mais aceito na doutrina que o Direito Administrativo teve origem na França, após sua revolução, com a edição da Lei que ficou conhecida como 28 pluvioso⁴, que buscou estruturar o Estado que, não mais absolutista, passou a ter limites e o dever de observância aos direitos fundamentais do agora cidadão. Sobre a origem do Direito Administrativo, leciona Odete Medauar:

O direito administrativo começou a se formar nas primeiras décadas do século XIX. É muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento: essa lei disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização. Evidente que o direito administrativo não se formaria, de imediato, só pela edição de uma lei. Outros fatores deram também sua contribuição. As concepções político-institucionais que afluíam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim, as ideias relativas ao Estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. O mesmo se pode dizer quanto à teoria da separação de poderes: a atribuição da função executiva a um específico setor estatal facilitou a formação de um direito da Administração, com individualidade própria.

(...) Na segunda metade do século XIX foi se consolidando a sistematização do direito administrativo. Contribuíram para tal, principalmente, jurisprudência e obras de autores franceses, italianos e alemães. Formou-se um núcleo básico do direito administrativo, com os seguintes temas, principalmente: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; jurisdição administrativa; poder discricionário; interesse público; serviço público; poder de polícia; hierarquia; contratos administrativos. Com poucas variações em tais matrizes temáticas, o direito administrativo expandiu-se na Europa continental, passando a desenvolver-se também na Espanha, Portugal, Bélgica (MEDAUAR, 2018, p. 30/31).

No Brasil, como explica a mesma autora, a origem do Direito Administrativo se deu em meados do século XIX, com a criação da disciplina nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife⁵. Minudenciando a origem do Direito Administrativo no Brasil, o Edimur Ferreira de Faria assim ensina:

⁴ Logo após a ruptura do Estado Absolutista, a Lei 28 Pluvioso, datada de 17 de fevereiro de 1800, foi editada na França para organizar a Administração Pública e a nova atuação do Estado Francês,

⁵ Nas palavras de Odete Meadaur: "No Brasil o ponto de partida situa-se na criação de cátedra específica na Faculdade de Direito de São Paulo e na de Recife, em 1851, talvez por influência das cáte-

Ainda no Império, entretanto, criou-se a disciplina de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1856, cujo titular foi o Professor Francisco Maria de Sousa Furtado de Mendonça. O segundo curso instalou-se na Faculdade de Direito de Olinda. Com esses cursos, nasceu o interesse pelo estudo do Direito Administrativo. Diversos autores destacaram-se na elaboração doutrinária desse novo ramo do Direito. A Administração Pública brasileira passou a reger-se pelo Direito Administrativo, efetivamente, depois da Constituição de 1891, criadora do Estado Republicano. Daquela época em diante, esse ramo do Direito, ainda novo, vem se desenvolvendo de acordo com a atuação do Estado na proteção do bem social e na defesa dos cidadãos (FARIA, 2015, p. 42).

Ao longo do século XIX o Direito Administrativo – e também a separação de poderes - passou a ser desenvolvido e trabalhado pelos estudiosos e pelo próprio Estado, sendo a ele atribuídas prerrogativas e limitações que esteiam o seu regime jurídico, além de diversas atividades e matérias relacionadas à proteção de interesses públicos, dentre eles o próprio poder sancionador da Administração Pública, como explica Fábio Medina Osório:

A verdade é que, ao longo do tempo, principalmente no curso do século XIX, foi surgindo um regime jurídico especial para as Administrações Públicas. De um lado, as necessidades de gestão de interesses gerais faziam surgir aparentes privilégios à Administração, poderes públicos específicos que eram ignorados no campo de outros ramos jurídicos, dentre os quais se destacava o poder sancionador ou o poder de execução de seus próprios atos. De outro lado, diante da desconfiança ante o extraordinário desenvolvimento e aumento dos poderes da Administração Pública, foi surgindo uma série de sujeições e limites às suas atividades. Assim, foram a jurisprudência e a legislação, amparadas na doutrina, criando esse conjunto de regras especiais às quais deveriam submeter-se as ações administrativas. Esse sistema de normas e princípios acabou tornando-se o hoje conhecido Direito Administrativo dos modelos de influência civil Law (OSÓRIO, 2023, p. 56).

Ocorre que mesmo superando o modelo absolutista anterior, o Poder executivo manteve consigo parcela do poder punitivo, aplicando sanções aos cidadãos que praticassem ilícitos administrativos. Assim, com base na separação dos poderes como elemento essencial ao Estado Constitucional⁶, verifica-se a chamada dualidade punitiva do Estado, manifestada através do direito administrativo sancionador e

dras já criadas na França e na Itália; e pela repercussão no Brasil das várias obras sobre a matéria publicadas na Europa. Em 1857 vem à luz a primeira obra brasileira de Direito Administrativo, da autoria de Vicente Pereira do Rego, que em 1856 passou a reger a cátedra no Recife: Elementos de direito administrativo brasileiro, de influência francesa. Em 1859 surge a obra de Veiga Cabral: Direito administrativo brasileiro, também sob inspiração francesa”.

⁶ Assim era a previsão do artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789, na França: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

do direito penal, cada um em seu respectivo âmbito de incidência. Nesse sentido são as lições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes:

Por que essa dualidade? É a primeira questão a apresentar. As sanções administrativas têm em relação às penas judicialmente impostas alguma diferença de natureza que justifique sua excepcionalidade? Este problema surgiu como consequência da manutenção em mãos do Executivo de poderes sancionatórios, diretos e expeditivos após a grande revolução do sistema repressivo que supôs a adoção do Direito Penal legalizado e judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium*), desde as próprias origens da Revolução Francesa (o primeiro Código Penal foi o francês, de 1791, ditado em aplicação aos princípios penais contidos na Declarações de Direitos de 1789, Código substituído logo pelo de 1810, substituído apenas recentemente). As monarquias do século XIX, inclusive as mais distantes dos princípios revolucionários se apressaram em adotar o novo sistema repressivo, mais racionalizado e objetivo, porém não por isso abandonaram seus próprios poderes sancionatórios, em virtude do antigo princípio que no século XVII proclamava Domat “*L’Administration de La Police renferme l’usage de l’autorité de la justice*”⁷ (ENTERRÍA e FERNANDES, 2014, p. 188).

Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas explica a importância da função sancionadora da Administração Pública para assegurar o cumprimento e a vigência de suas normas. Vejamos:

Especificamente quanto à potestade sancionadora, antecipa-se neste tópico, que, por meio de penalidades jurídicas não penais, de cunho pecuniário, coercitivas ou rescisórias, o Estado, valendo-se de determinados órgãos, a exemplo da Administração Fazendária, busca assegurar, extrajudicialmente, o regular cumprimento de suas normas, restaurando-lhe a vigência, quando transgredidas (DANTAS, 2018, p. 85)

É certo que o poder sancionador reservado ao Executivo teve como ponto de partida a construção teórica já existente e aplicável ao que hoje conhecemos como Direito Penal, valendo-se de seus institutos, fontes, normas e modelos de interpretação. Por isso, conforme exposto por Ana Carolina Carlos de Oliveira, o Direito Administrativo Sancionador é “um herdeiro do Direito Penal, na medida em que muitas das construções dessa última área desenvolvem-se a partir da teoria científica do Direito repressor (OLIVEIRA, 2013, p. 103)”.

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta a dualidade do poder punitivo estatal em seu texto, o qual se extrai, por exemplo, do artigo 5º, incisos LIV e LV⁸, artigo 37, §4º⁹, e artigo 41, §1º, inciso II¹⁰.

⁷ Em tradução do francês: “A Administração Policial contém o uso da autoridade da justiça”

⁸ Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Fato é que o poder punitivo estatal é – e deve ser – objeto de constante lapidação, com vistas ao alcance do equilíbrio entre a proteção social e o reconhecimento do apenado como sujeito de direitos, garantindo-lhe condições dignas e justas de aplicação e cumprimento da sanção.

Vislumbram-se hodiernamente diversos institutos de justiça negociada, em diversos ramos do direito como, *exempli gratia*, o Acordo de Não Persecução Penal e Civil, a transação penal e o Acordo de Leniência. Tais institutos demonstram que sistema apenatório é alvo de constante reflexão e aprimoramento, estando o modelo humanitário outrora encetado por Beccaria em constante construção, afinal, mormente no que tange às condições do sistema prisional brasileiro, à justa medida e o controle da criminalidade e corrupção, percebe-se que o Brasil ainda tem muito a evoluir.

2.2. Ilícito penal e ilícito administrativo

A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é há muito estudada. Tão eloquente a aproximação dos ramos jurídicos, que a doutrina cunhou teorias para diferenciar o ilícito penal e o administrativo, dividindo-as em teses qualitativas e quantitativas.

A tese qualitativa apresenta que o alicerce diferenciador dos ilícitos é ontológico, isto é, enquanto o ilícito penal atinge bens jurídicos dotado de desvalor ético, o ilícito administrativo atinge interesses da Administração Pública enquanto instituição, despidido de mencionado desvalor.

A tese quantitativa, por sua vez, corresponde ao grau da sanção relativa a cada um dos ramos jurídicos, competindo ao direito penal a aplicação de sanções mais intensas do que aquelas reservadas ao direito administrativo sancionador.

Criticando a incapacidade das teses em diferenciar os ilícitos administrativos e penais, Fábio Medina Osório leciona que é o legislador quem determinará a natureza penal ou administrativa do ilícito, sendo possível aferir a existência e inexistên-

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁹ Art. 37 (...)§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰ Art. 41 (...)§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

(...)II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

cia de valores éticos protegidos em ilícitos de ambos os ramos jurídicos e, ainda, a existência de sanção administrativa mais gravosa do que as aplicáveis a determinação do ilícito penal:

Na sequência do que vem sendo exposto, percebe-se uma enorme dificuldade em diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas, salvo em raras limitações constitucionais, precisamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, cujos regimes jurídicos ostentam clara vinculação à sua natureza penal, isso por força de normas constitucionais. Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa, ressalvado, como dito, o caso do ilícito para o qual cominada pena privativa de liberdade. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as penais. Pode haver, claro, tendências, em termos de política do Direito Punitivo. Isto não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações de obrigatoria tipificação penal ou, ao revés, de tipificação penal interdita (O-SÓRIO, 2023, p.127).

De fato, tem se percebido cada vez mais que a distinção entre ilícitos administrativos e penais fica a cargo da decisão do legislador em caracterizá-lo de tal ou qual forma. Como exemplo, refletindo o movimento de expansionismo penal, verificam-se os crimes de perigo de abstrato, que presumidamente atingem bens jurídicos protegidos pela ordem criminal (como o porte de drogas para o consumo pessoal), e os crimes que atingem bens jurídicos difusos e coletivos, outrora reservados ao direito administrativo sancionador, como ocorre no objeto de estudo do chamado “direito penal econômico”¹¹.

¹¹ O professor espanhol Jesús-María Silva Sanchez explica o fenômeno de administrativização do Direito Penal em sua obra “A expansão do Direito Penal”. O autor assim o explica: “a mentalidade administrativizada desse Direito Penal de nova face se manifesta também em outros âmbitos. Muito particularmente, na inclusão entre seus objetos de proteção da atividade administrativa em si mesma considerada. Realmente, no âmbito dos processos econômicos de globalização, da privatização e da desregulamentação, o Estado, cuja presença direta na economia como sujeito produtor de bens e serviços (setor público) vem se reduzindo consideravelmente – da mesma forma, ainda, que vai se reduzindo sua condição de prestador de benefícios – recuperou a ideia decimonônica de polícia, cujo objeto, ademais, se vê consideravelmente ampliado. É o modelo de Estado que alguns denominam *regulatory State*, e que apareceria como sucessor do Estado policial liberal e do Estado intervencionista Keyeseniano. Deixando de lado outras características que aqui não nos interessam, o caso é que nesse modelo de Estado, e em determinados setores especialmente propensos a riscos importantes para bens pessoais ou patrimoniais, a prevenção comunicativa ou contrafactica (cominação com sanções penais ou administrativas para quem crie o risco) não parece suficiente, se não se vê comple-

Como também pontuado pelo autor, há casos em que a sanção administrativa se revela mais gravosa do que a penal. Cingindo-se ao tema do presente trabalho, concebamos que a determinado servidor público recaia a imputação da prática do crime de peculato, previsto no artigo 312, do Código Penal, cuja pena é de reclusão de dois a doze anos, e multa.

Na instância penal, o crime de peculato admite a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, haja vista que a pena mínima a ele imposta é inferior a quatro anos de reclusão. Assim, cumprindo as condições que lhe são impostas, o servidor que nem mesmo foi denunciado, verá extinta sua punibilidade.

Ocorre que a prática de condutas tipificadas como crime contra a Administração Pública desafia a pena de demissão a bem do serviço público no âmbito da maioria dos Estatutos Funcionais, como o da União, consubstanciado na Lei 8.112/90.

Nota-se, portanto, que a consequência administrativa pode se revelar como mais expressiva que a consequência no âmbito criminal. No entanto, há de se observar, ainda, outro elemento neste mesmo exemplo que revela a maior pujança da sanção administrativa em relação a criminal. Trata-se da exigência de confissão formal e circunstanciada da prática do crime para celebração do Acordo de Não Persecução.

Isso porque tal exigência acaba por estimular o servidor público a não celebrar o negócio jurídico extraprocessual, afinal, ao fazê-lo, poderia contribuir com sua expulsão do serviço público, uma vez que assumida, embora em outra instância, a prática de conduta apenada com demissão no âmbito disciplinar.

É dizer que a postura colaborativa do imputado na instância penal é desestimulada pela possibilidade da sanção disciplinar, fazendo emergir certa incoerência sistêmica verificada pela possibilidade de predileção do imputado em figurar como réu em ação penal e submeter-se integralmente ao vigor punitivo penal, a confessar a prática do crime imputado, ter extinta sua punibilidade, mas receber a pena máxima no âmbito administrativo disciplinar.

Vislumbram-se, ainda, como expressão do expansionismo penal moderno, infrações penais sancionadas apenas com pena de multa, como o novel crime de *bullying* (denominado intimidação sistemática), incluído no Código Penal pela Lei nº 14.811/2024. Como explicado por Fábio Medina Osório, a multa penal é uma sanção atípica, mormente por ferir o princípio da pessoalidade, e por sua impossibilidade de convolar-se em pena privativa de liberdade, sendo que a tipicidade de sua incidência é mais afeta aos ilícitos administrativos e civis. Vejamos:

Apesar do caráter aflitivo das sanções administrativas e das sanções penais (elemento comum a ambas), nem todas as sanções administrativas apresentam íntimo parentesco com as sanções criminais. Veja-se, por exemplo, a multa administrativa. Esta parece muito mais próxima do Direito Civil do que do Direito Penal. “La sanción consistente en pagar una suma de dinero, incluso no estando relacionada con el daño, presenta caracteres de tipo civil (...)”. Nesse passo, inclusive a multa penal é uma sanção “atípica”, ou seja, normalmente estranha às finalidades próprias do Direito Penal, tendo em vista as dificuldades notórias no atendimento ao princípio da pessoalidade da pena e tendo em conta, fundamentalmente, a impossibilidade de conversão dessa sanção em pena privativa de liberdade. Nem sempre é o real infrator que sofre o efeito aflitivo da multa penal, dado que pode burlar as intenções do legislador e do juiz, beneficiando-se do favor de alguém que efetua o pagamento e atende, assim, ao ato sancionador em nome do infrator (OSÓRIO, 2023, p. 99/100).

Lado outro, também se verifica sanções administrativas com efeitos que outrora eram reservados ao direito penal, como nos casos de penas restritivas de direitos (de dirigir, por exemplo, previsto no Código de Trânsito Brasileiro), perda de bens e valores (previsto na Lei de Improbidade Administrativa – 8429/90), e a cassação do exercício profissional (como o exercício da profissão de médico, previsto no artigo 22, alínea “e”, da Lei nº 3268/57). Ilustra Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Segundo essa perspectiva doutrinária, haveria também proximidade entre os dois grupos de sanções no que respeita às consequências jurídicas do delito, na medida em que a Administração pode chegar a impor penas idênticas às aplicadas pela jurisdição penal, como a proibição de dirigir, de portar armas, multas e inclusive sanções pecuniárias impostas em caso de responsabilidade penal de pessoas jurídicas (OLIVEIRA, 2013, p. 120).

Por tais fundamentos que, com razão, Fábio Medina Osório entende pela insuficiência dos critérios qualitativos e quantitativos para promover a diferenciação entre o ilícito penal e o administrativo, o que, em verdade, fica a critério da seleção realizada pelo legislador para determinar qual - ou quais – ramo(s) jurídico(s) apenará(ão) determinada conduta.

Da mesma forma é a conclusão de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes:

De todos os modos, herança histórica, despenalização, influência do sistema de Direito Comunitário, multiplicação de centros políticos com poder sancionatório, não parece haver base alguma para diferencia por sua natureza estas sanções administrativas das penas propriamente ditas. Com frequência, a gravidade daquelas excede à destas (é inclusive o normal em relação às multas). Todos os esforços por dotar as sanções administrativas de alguma justificativa teórica e de uma consistência própria fracassaram. Somente razões de política criminal explicam as várias opções e, frequentemente, contraditórias, do legislador em prol de uma ou outra dessas duas vias repressivas (ENTERRÍA e FERNANDES, 2015, p. 190).

Como já citado no presente trabalho, o Direito Administrativo Sancionador em muito se vale da solidez dogmática e institutiva do Direito Penal, utilizando-o nos fatos em que é provocada a atuar, em razão de sua maior densidade teórica.

Em razão da aplicação das disposições penais pelo direito administrativo sancionador, e do fracasso dos critérios adotados para distinguir os ilícitos penais e os administrativos, alguns países europeus, como a Espanha, estabeleceram a teoria da unidade do poder punitivo estatal, cuja máxima expressão cinge-se à aplicação dos princípios penais aos ilícitos e sanções administrativas. Leciona F Fábio Medina Osório:

O Tribunal Supremo espanhol elaborou a teoria da unidade de ilícitos penais e administrativos, construindo a base dogmática para aplicação de alguns princípios constitucionais às infrações administrativas, buscando uma aproximação das sanções penais e administrativas, tendo em conta a suposta ausência de distinção ontológica entre ambas. Está consagrada e aceita a tese de que o Estado possui um poder punitivo unitário em relação aos que estão sob seu domínio, porque não haveria a possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre ilícitos criminais e administrativos (OSÓRIO, 2023, p; 129/130).

Nesta toada, considerando a ampla liberdade do legislador em eleger a natureza administrativa ou criminal de determinado ilícito, somado à já mencionada insuficiência dos critérios capazes de distingui-los, pugnou o direito europeu pela existência de um só poder punitivo do Estado, que poderá ser expressado pelo ramo jurídico escolhido pelo parlamento.

Essa unidade do poder punitivo estatal pugna que a mesma base principiológica seja aplicada quando um ou outro ramo do direito é instado a se manifestar, afinal o poder punitivo é um só, assim como deve ser sua forma de incidência.

Não é difícil perceber que em razão da melhor formulação do direito penal, mais vetusto e estruturado em relação ao direito administrativo sancionador, é defendido que seus princípios e bases teóricas sejam aplicados à instância administrativa, aproveitando suas disposições já consagradas na Constituição, e melhor trabalhadas pela doutrina e pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, explicam os administrativistas espanhóis:

O Tribunal Constitucional, desde suas primeiras Sentenças de amparo na matéria (30 de janeiro e 8 de junho de 1981), fez sua essa postura de que o Tribunal Supremo acabava de iniciar: “os princípios inspiradores da ordem penal são de aplicação, com certos matizes, ao Direito sancionatório, uma vez que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, tal e como reflete a própria Constituição (art. 25, princípio da legalidade) e uma reiterada jurisprudência do nosso Tribunal Supremo (...), até o ponto de que um mesmo bem jurídico pode ser protegido por técnicas administrativas ou penais”. Deste modo, a imensa lacuna que supunha a ausência de um quadro normativo geral que definisse os princípios gerais de funcionamento das sanções administrativas e de sua aplicação se encontra suprida por essa remissão geral (que viria imposta por um princípio constitucional, o que pressupõe a superioridade sobre qualquer determinação eventualmente contrária das leis) aos “princípios da ordem penal”, o que é de uma extraordinária importância prática, como é fácil entender (ENTERRÍA e FERNANDES, 2015, p. 192).

Como indicado, os princípios penais, quando importados ao direito administrativo sancionador, sofreram matizes necessárias à maior adaptação à estrutura normativa e dogmática que lhe é própria, afinal tratam-se de dois ramos distintos do direito, com construções, fundamentos e teses variadas. Assim, ainda que se defenda a unidade do poder punitivo, seus adeptos não propõem a plena identidade das instâncias do Direito, reconhecendo-as como diversas e autônomas.

Aliás, as adaptações dos princípios penais para o Direito Administrativo Sancionador representam o fastígio das críticas direcionadas à teoria da unidade do *ius puniendi* estatal. Isso porque, tamanha são as matizes que, em verdade, fazem com que verdadeiros princípios específicos sejam concebidos à matéria, o que fragiliza a conclusão de que os mesmos princípios são aplicáveis aos dois ramos punitivos.

Como ponderado por Fábio Medina Osório, parece mais acertada a afirmação de que o poder punitivo estatal se vincula à ordem constitucional, que o limita quando manifestado pelo direito penal ou pelo direito administrativo sancionador. Essa limitação extraída da Constituição se expressa de forma dissímil quando vocaciona-

da a um ou outro ramo jurídico, trazendo implicações e efeitos jurídicos também diversos, como explica o citado autor:

A jurisprudência dos Tribunais espanhóis insiste na necessidade de se falar em princípios gerais do apenamento estatal, mas a realidade dos próprios julgados acaba por desmoralizar tal assertiva teórica, na medida em que os arrazoados e as conclusões dispositivas das decisões apontam regimes jurídicos muito variados às distintas projeções do poder sancionador do Estado. É possível, sem dúvida, falar-se de um Direito Constitucional limitador do *ius puniendi* do Estado. Nesse sentido, o direito constitucional limita, a um só tempo, qualquer exercício de pretensão punitiva, inclusive as sanções privadas, alcançando, portanto, a pretensão punitiva dos particulares, embora sempre variando seu tratamento e alcance. Por essa ampla perspectiva, não é razoável, todavia, por mais paradoxal que pareça, tratar de um unitário *ius puniendi* estatal, dado que os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos. De fato, há que se reconhecer que esses supostos princípios gerais do direito público estatal punitivo – que na verdade seriam melhor denominados “princípios constitucionais” –, quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição. É certo que a inexistência de distinções ontológicas ou substanciais entre os ilícitos penal e administrativo, tese que fundamenta a suposta unidade de pretensão punitiva do Estado, ainda que resultasse plenamente comprovada no plano metajurídico, filosófico ou sociológico, não inibe a liberdade de configuração normativa do Legislador em relação a esses ilícitos, como tem sido o entendimento dominante, dentro de amplas margens de manobras, com diferenças (o que significa, em última análise, ausência de identidade normativa substancial). São múltiplas as razões pelas quais não se deve aceitar, sem maiores discussões, a tese do *ius puniendi* único do Estado, a saber, configuração de unitário regime jurídico ao *ius puniendi* estatal. Mas a razão fundamental para a inconsistência teórica dessa suposta unidade reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado. Essa diversidade é que tem sido explorada nas críticas mais contundentes, inclusive neste espaço, em suas múltiplas e talvez infinitas vertentes (OSÓRIO, 2023, p.137).

Criticando a existência de uma unidade punitiva do Estado, especialmente em razão dos matizes realizados na importação dos princípios penais ao administrativo sancionador, bem como pela necessidade de elaboração de uma teoria própria do direito administrativo sancionador, Alejandro Nieto anuncia que, talvez pelo comodismo propiciado pela melhor elaboração do direito penal, enquanto ramo punitivo do direito, suas bases são utilizadas pelos operadores do direito administrativo sancionador, mesmo que reconhecida as diferenças existentes entre tais instâncias jurídicas:

Parece necesario, por tanto, introducir en la postura dominante no pocas correcciones: unas de carácter sistemático-operativo (como la vinculación directa del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho publico estatal)

y otras de carácter conceptual, centradas en la recuperación de la fibra administrativa del Derecho Administrativo Sancionador que, como su mismo nombre indica, es en primer término Derecho Administrativo, enfatizando particularmente el hecho de que la potestad sancionadora es un anejo de la potestad o competencia material que actúa de matriz. Lo cual significa que no es necesario remontarse siquiera al Derecho público estatal ni existe una subordination por naturaleza al Derecho Penal sino que esta es meramente coyuntural y técnica: el derecho administrativo sancionador toma emprestado los instrumentos que le proporciona el derecho penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y su superioridad teórica (NIETO, 1994, p. 81).

A semelhança entre os ilícitos penais e administrativos também é objeto de debate pela Corte Constitucional Brasileira, como recentemente ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 843.989-PR, em que os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes defenderam expressamente que em razão da equiparação das normas de direito administrativo sancionador com as de direito penal, deveriam as disposições benéficas da nova Lei de Improbidade Administrativa retroagir para beneficiar os réus, conforme o princípio penal insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição¹².

Como indicado por Alejandro Nieto, o comensalismo jurídico exercido pelo Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal acaba por fazer com que o primeiro não se desenvolvesse adequadamente de forma autônoma, acomodando-se muitas vezes na solidez e maturidade do segundo, negligenciando a essencialidade da construção de sua base principiológica própria, observando suas peculiaridades específicas, o que também é retratado por Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Isso posto, comparar e aproximar o Direito Penal e Administrativo sancionador pode ser positivo para os operadores dessa área em dimensões que vão além das inspirações de garantias. É possível, por exemplo, enriquecer a interpretação da sanção administrativa através da remissão a problemas já bastante depurados na teoria do Direito Penal, tal como as definições de autoria, participação, antijuridicidade, culpabilidade, causas de aumento e de diminuição, cômputo da prescrição etc., especialmente diante da escassez de teoria geral para a aplicação das consequências jurídicas previstas pela administração (OLIVEIRA, 2013, p. 142).

A aplicação da denominada “Constituição Penal” ao Direito Administrativo Sancionador não é recente, já tendo sido objeto de análise em diversos julgados. Como exemplo, têm-se a aplicação ao Direito Administrativo Sancionador dos prin-

¹² Art. 5º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

cípios da não autoincriminação (RMS 14.901/TO), a vedação de utilização de provas ilícitas (ARE 1316369 RG – Tema 1238), a individualização da pena (MS 6663/DF), e a vedação de penas de caráter perpétuo (ADI 2975).

Nesse aspecto, todavia, já nos deparamos com um insuperável paradoxo provocado pelos influxos do Direito Penal ao Administrativo Sancionador, cuja semelhança, como indicado algures, não importa o reconhecimento de perfeita identidade entre os ramos jurídicos, o que fundamenta a retumbância das críticas à teoria da unidade do poder punitivo. Tal paradoxo cinge-se à legalidade, que como supedâneo principiológico fundamental comum aos dois ramos jurídicos, implica no reconhecimento da vedação à analogia em atos punitivos, salvo quando tal ferramenta de integração seja favorável ao imputado, seja no âmbito penal, seja no âmbito administrativo, como sintetizado por José Armando da Costa ao lecionar que “o direito punitivo, no gênero, não é aberto à analogia, exceção feita à *analogia in bonam partem*, que de algum modo benéfica o acusado (COSTA, 2009, p. 71)”.

Ocorre que desde 1974 o Supremo Tribunal Federal entende pela aplicação analógica da prescrição penal em sede administrativo disciplinar (sub-ramo do direito administrativo sancionador), embora reconheça, na mesma decisão, que os mesmos princípios do Direito Penal devam ser aplicados em matérias punitivas¹³.

Para que não aparente que tal entendimento não seja atual, é válida a reprodução do ementário doravante aposto:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE DEMISSÃO - FATO TIPIFICADO COMO CRIME - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL - PRECEDENTES DO STJ E DESTE TJMG. Na hipótese em que o ilícito praticado pelo servidor público também seja tipificado como crime, aplica-se o prazo prescricional previsto na lei penal à pretensão disciplinar da Administração Pública. A prevalecer o entendimento já adotado por este Tribunal de Justiça e, ainda, pacificado pelo colendo STJ, resta preservada a segurança jurídica, o que impõe a manutenção da decisão ora impugnada. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.068856-8/001, Relator(a): Des.(a) E-

¹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª TURMA). Recurso Extraordinário 78.917/SP. PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. CONTAGEM A PARTIR DA PRÁTICA DO FATO, ANTES DA ATUAL LEI PAULISTA, QUE FAZ A PRESCRIÇÃO CORRER DO DIA EM QUE A AUTORIDADE TOMA CONHECIMENTO DA FALTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 11/06/1974, DJ 23-08-1974 PP-05853 EMENT VOL-00955-02 PP-00564). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=tru&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=78917&sort=_score&sortBy=desc. Consulta em: 12/6/2024.

dilson Olímpio Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/07/2022, publicação da súmula em 25/07/2022)

Nota-se o insuperável paradoxo, afinal, mesmo defendendo a aplicação dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, as Cortes Superiores também defendem a aplicação do prazo prescricional penal aos ilícitos disciplinares, o que corresponde à analogia *in malam partem*, vedada categoricamente pelo direito penal e suas bases normativas.

Percebe-se, portanto, que embora o direito penal e o direito administrativo sancionador correspondam à manifestação do poder punitivo do estado, possuem diferenças significativas entre eles, fazendo inviável a existência de unidade plena de um só regime jurídico comum a ambos. É certo que tal escólio não indica a completa segregação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, podendo haver disposições compatíveis com ambos. No entanto, se faz necessário o desenvolvimento de um regime sancionatório eminentemente administrativo, levando-se em conta suas características próprias, sem manobras ou matizações de modelos oriundos do direito penal, sem prejuízo, é claro, de aplicação de normas que sejam cabíveis aos dois ramos jurídicos. Nesse sentido, pontua Fábio Medina Osório:

A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direitos penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar que a existência de diferenças, em grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados “núcleos duros” aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada. (...) No caso das relações submetidas ao Direito Administrativo Sancionador, há uma inegável variação substancial de tratamento dogmático em relação ao tratamento dispensado ao direito penal e, também, ao próprio sistema administrativo, onde vigoram relações de conteúdo muito diverso, tais como as relações disciplinares ou todas aquelas abarcadas no amplo conceito de relações de sujeição especial. Tal circunstância justifica a tese de que inexiste um unitário *ius puniendi* estatal em bases rígidas, mas não impede que se reconheça um tipo distinto de unidade, baseada no reconhecimento das diferenças e do núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo (OSÓRIO, 2023, p.142/143).

Em síntese, ainda que haja a interação entre os ramos jurídicos, faz-se necessária a construção e robustecimento de um regime jurídico da sanção administrativa, com feição e institutos próprios capazes de solucionar, por si sós, as

demandas submetidas à apreciação da Administração, desprendendo, quando possível, do catálogo jurídico-teórico do direito penal.

2.3. A sanção administrativa

Tradicionalmente a sanção administrativa corresponde a “um mal infligido pela Administração Pública a um administrado como consequência de uma conduta ilegal (ENTERRIA e FERNANDES, 2015, p. 187)”.

De forma similar, Rafael Munhoz de Mello (2005, p. 26) explica que a sanção administrativa nada mais é que uma sanção jurídica (e por isso, com consequências negativas) aplicada pela Administração Pública em razão da verificação de uma conduta ilícita.

De acordo com Fábio Medina Osório, historicamente a sanção administrativa é dotada de quatro elementos essenciais. O primeiro deles, chamado de elemento subjetivo, corresponde à autoridade sancionadora, que possui natureza eminentemente administrativa. O segundo, de cariz objetivo, cinge-se ao efeito aflitivo inerente à sanção administrativa. O terceiro, de matriz teleológica, corresponde à finalidade repressora do ato sancionante. E o derradeiro, de caráter formal, atrela-se à natureza administrativa do procedimento.

Em releitura crítica de alguns desses elementos, Fábio Medina Osório apresenta novo conceito de sanção administrativa. Como pontua o autor, não apenas a autoridade administrativa é capaz de aplicar a sanção administrativa, que também poderá ser empregada por autoridades judiciárias, desde que legalmente autorizadas a fazê-lo. Justificando sua posição, Fábio Medina Osório cita as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/90), que embora de natureza administrativa, são aplicadas pelo Poder Judiciário¹⁴. Nesse sentido, pondera o autor:

¹⁴ Embora saibamos da existência de entendimentos que qualificam as sanções previstas na Lei nº 8429/90 como *sui generis*, não possuindo natureza administrativa ou penal, mas, em verdade, feição própria, cuja essência ainda é “desconhecida”, filiamo-nos ao entendimento de Fábio Medina Osório que, de forma cirúrgica, pontua: “Muitas tentativas foram formuladas para explicar a natureza das sanções de improbidade. A mais recorrente delas é que se trata de “algo novo”. Esta tese veicula um mistério, pois o jurista que dela se ocupa não se dá ao trabalho de desvendar a natureza da sanção, apenas diz que seria uma novidade. Talvez um novo ramo do Direito a ser desvendado. Não sabemos o que seria. Curiosamente, já existe um ramo jurídico que se ocupa expressamente dessas infrações e sanções: o Direito Administrativo.”

Infrações e sanções desenhadas materialmente pelo Direito Administrativo, como ramo jurídico do Direito do Estado, podem ser aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário, tal como ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa ou a Lei de Improbidade Empresarial. E, em tais condições, o regime jurídico presente será o Direito Administrativo Sancionador, ainda que o órgão repressor seja o próprio Judiciário e não a Administração Pública. Obviamente, o Direito Administrativo Sancionador estará sempre subordinado à Constituição e às regras e princípios simétricos do Direito Penal. Nesse sentido, insere-se no universo do Direito Público Punitivo (OSÓRIO, 2023, p.93).

O autor concorda com o caráter repressivo da sanção administrativa, sendo ele necessário à sua formatação. É dizer que a sanção administrativa é dotada de efeito aflagrante, e “consistirá sempre na privação de um bem ou de um direito, imposição da obrigação de pagamento de multa (ENTERRIA e FERNANDES, 2014, p. 187)”.

Não obstante, Fábio Medina Osório considera a possibilidade de outros propósitos que, somados à finalidade repressiva, também podem compor a sanção administrativa. Como exemplo, o autor explicita a possibilidade de a sanção administrativa exarar efeitos disciplinares, com objetivos pedagógicos e correccionais direcionados àqueles que possuem vínculo especial com a Administração Pública.

Assim, como bem exposto por ele, a sanção administrativa nem sempre terá finalidade disciplinar, podendo ela, ladeando a finalidade repressora, também ser buscada pelo Estado. Vejamos:

Descabe conceituar sanção administrativa como uma medida com caráter ou finalidade puramente repressiva. Melhor, nesse passo, anda a doutrina francesa, que salienta que a sanção administrativa não ostenta natureza necessariamente disciplinar, o que não significa, por óbvio, que não possa ser disciplinar. Em realidade, tal definição abarca as medidas disciplinares, mas não as torna imprescindíveis à sanção administrativa. As sanções disciplinares se integram nas administrativas; são, por certo, sanções administrativas cujos objetivos e características possuem algumas especificidades, mas nem de longe esgotam o conceito de sanção administrativa. Vale destacar que as sanções disciplinares possuem as fundamentais características das sanções administrativas, visto que estão inseridas no âmbito formal e material do Direito Administrativo, eis sua nota peculiar. Constituem, portanto, as sanções disciplinares manifestação do Direito Administrativo Sancionador ou repressivo, expressão de incidência do Direito Administrativo em determinadas relações, atos ou fatos jurídicos, traduzindo relevantes consequências normativamente regradas por esse ramo do direito, em face de seu campo de alcance. As medidas disciplinares encontram guarida em relações de especial sujeição, estatutárias ou não, onde o infrator se reporta e se relaciona com o Estado numa dimensão peculiar e mais concentrada em sua intensidade. Daí a disciplina constituir um marco de hierarquia e subordinação vertical, no marco de um conjunto de valores ligados ao bom funcionamento interno das instituições e apreciação subjetiva de elementos conectados ao

desempenho das atividades pelas figuras subordinadas (OSÓRIO, 2023, p.106).

A sanção disciplinar, objeto do presente estudo, ostenta claros efeitos repressivos, uma vez que impinge castigo ao infrator do regramento específico a que se submete. Não obstante, quando a sanção disciplinar não corresponder a uma penalidade expulsiva, terá indubitável contorno pedagógico, visando à reeducação do transgressor e a conformação de sua conduta à moldura pretendida pelo Estado.

Assim, considerando que o caráter repressor sempre estará presente nas sanções administrativas, Fábio Medina Osório afasta medidas que não possuem tal característica do próprio conceito de sanção.

Como exemplo, Fábio Medina Osório traz as medidas de ressarcimento ao erário, que tão somente visam reparar o dano anterior experimentado pela Administração Pública, não tendo a finalidade de punir o causador do dano. Não possuindo finalidade repressiva, e sendo desprovido de efeito aflitivo, o ressarcimento consistiria em mera reparação de dano anterior, como explica o autor:

“O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil (OSÓRIO, 2023, p. 117)”.

Com tais considerações e revisão dos elementos do clássico conceito de sanção administrativa, em especial em relação à permissibilidade de sua aplicação pelo Poder Judiciário, o que faz com que nem sempre o procedimento tenha natureza administrativa, e pela possibilidade de incidência da finalidade disciplinar a tal sanção, Fábio Medina Osório apresenta o seu conceito de sanção administrativa:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas (OSÓRIO, 2023, p.108).

Através do conceito proposto, é possível incluir as autoridades judiciárias como competentes para aplicarem a sanção administrativa, além de deixar clara a possibilidade de incidência da finalidade disciplinar (ligada à finalidade repressora), o que, inclusive, relaciona-se à perspectiva do presente trabalho.

Nota-se que em todo caso haverá a existência do efeito aflagrante, conforme fartamente indicado nos diversos conceitos de sanção administrativa, haja vista que a sanção necessariamente corresponde a um castigo dirigido ao infrator da norma. Ou seja, como ocorre com as sanções de quaisquer naturezas, sua incidência pressupõe a existência de um ilícito, que induz a incidência do castigo dotado de efeito aflagrante.

Ademais, minudenciando os potenciais destinatários da sanção administrativa, o autor elenca a pessoa jurídica, o que revela mais uma distinção com o direito penal, que apenas em casos excepcionais incidem sobre pessoas jurídicas, sendo que suas sanções, nestes casos, ostentam contornos administrativos, uma vez que, como regra, equivalem a sanções pecuniárias (como ocorre com a multa). Ainda como pretensa destinatário das sanções administrativas, vislumbram-se servidores públicos, que também são objeto de estudo do presente trabalho, que em razão de seu vínculo especial com a Administração Pública, se submetem ao regime jurídico disciplinar, sendo sujeitos, portanto, da incidência da sanção disciplinar que será doravante estudada.

Importante ressaltar que o direito administrativo sancionador comporta ramificações especializantes a depender da natureza da norma violada. Como explica Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas, o Direito Administrativo Sancionador é gênero que comporta diversas espécies, dentre elas, acresce-se, o Direito Administrativo Disciplinar. Explica o autor:

O ius puniendi do Estado pode se manifestar de diversas formas, a partir do modo como se encontra setorialmente posto cada sistema punitivo. É possível conceber, então, didaticamente, a existência do Direito Administrativo Sancionador em sentido lato, do Direito Tributário Sancionador, do Direito Econômico Sancionador, do Direito Administrativo Sancionador Ambiental, do Direito Administrativo Sancionador Contratual. Todas essas disciplinas, no entanto, devem partir sempre de uma mesma matriz de validade jurídica: o texto constitucional (DANTAS, 2018, p. 92).

Considerando o objetivo do presente trabalho, é cabível o estudo da sanção disciplinar, expondo, dentre outros, seu conceito, efeitos e classificação.

2.4. A sanção disciplinar

A sanção disciplinar figura como espécie de sanção administrativa, afinal revela a face sancionadora do Estado em relação àqueles que consigo guardam relação especial de sujeição. Explica Fábio Medina Osório:

Vale destacar que as sanções disciplinares possuem as fundamentais características das sanções administrativas, visto que estão inseridas no âmbito formal e material do Direito Administrativo, eis sua nota peculiar. Constituem, portanto, as sanções disciplinares manifestação do Direito Administrativo Sancionador ou repressivo, expressão de incidência do Direito Administrativo em determinadas relações, atos ou fatos jurídicos, traduzindo relevantes consequências normativamente regradas por esse ramo do direito, em face de seu campo de alcance. As medidas disciplinares encontram guarida em relações de especial sujeição, estatutárias ou não, onde o infrator se reporta e se relaciona com o Estado numa dimensão peculiar e mais concentrada em sua intensidade. Daí a disciplina constituir um marco de hierarquia e subordinação vertical, no marco de um conjunto de valores ligados ao bom funcionamento interno das instituições e apreciação subjetiva de elementos conectados ao desempenho das atividades pelas figuras subordinadas (OSÓRIO, 2023, p.106).

A relação especial de sujeição, que será oportunamente tratada neste trabalho, pressupõe a existência de vínculo mais robusto entre Estado e indivíduo, fazendo com que a este incida regramentos específicos e peculiares a essa relação, inclusive no que diz respeito ao regime sancionatório. É o caso do servidor público, que deve observância à disciplina interna da Administração Pública, com tratamento jurídico estabelecido em normas próprias, como ocorre com os Estatutos Funcionais, que estabelecem os direitos, deveres, obrigações, proibições, os ilícitos e sanções direcionados ao corpo funcional do Estado, que com ele ostenta vínculo especial.

Pode se dizer, portanto, que a relação especial de sujeição implica na construção pelo Estado de “normas jurídicas destinadas a disciplinar o seu aparato e quem com ele se relaciona e criar comandos normativos para disciplinar sua atuação nas relações jurídicas intestinas; relações jurídicas nascidas, portanto, na intimidade da sua estrutura orgânica (ZOCKUN, 2019, p.129)”.

Não apenas os servidores públicos, mas também os alunos de escolas públicas, os presos e os profissionais fiscalizados por autarquias profissionais são alguns dos exemplos da existência de relação especial de sujeição entre indivíduo e Estado.

Inserido neste contexto, e atendo-nos ao objeto da presente pesquisa, o servidor público se submete à já mencionada disciplina específica existente em razão de seu vínculo funcional com Estado, sendo estabelecido, dentre outras, o regime disciplinar a que ele se submete. Assim, o servidor público é capaz de praticar ilícitos disciplinares, próprios de seu regramento específico, e submeter-se, também, às sanções que lhes correspondam, que possuem igual natureza administrativo-disciplinar.

A sanção disciplinar pode ser compreendida como a sanção administrativa “imposta ao funcionário público, em razão de haver ele cometido alguma infração de natureza funcional, ou que, tratando-se de comportamento de sua vida privada, repercuta de forma a pôr em jogo o prestígio do órgão público em que serve (COSTA, 2009, p. 199)”.

Para Eduardo Garcia e Tomás-Ramón, a nota distintiva das sanções disciplinares repousa na atuação punitiva da Administração Pública em seu âmbito interno, tutelando seu adequado funcionamento, organização e prestígio. Para os autores, a sanção administrativa seria consequência do “reconhecimento de uma de titularidade natural da Administração” em regular sua atividade doméstica (ENTERRIA e FERNANDES, 2014, p. 193), e em sendo o direito uma ordem social coercitiva, o descumprimento da moldura comportamental estabelecida implica, porquanto, na imposição de sanção a seu infrator.

Assim, embora a sanção disciplinar seja espécie de sanção administrativa, ela guarda especificidades que a qualificam com sua inscrição nominal particular. Tal característica corresponde ao desiderato de proteção do âmbito interno da Administração Pública, abrangendo, *exempli gratia*, a defesa de sua disciplina interna e dos princípios que a regem, bem como a adequada prestação do serviço público e o cumprimento de normas funcionais. Explica-nos Fábio Medina Osório:

“E se é certo que dentre as sanções administrativas seria possível detectar ambições e objetivos mais amplos, relacionados com a ordem pública ou valores gerais da coletividade, nas sanções disciplinares o elemento finalístico haverá de ser bastante restrito e concentrado, tendo seu foco voltado à ordem interna, ao bom andamento da organização, aos valores específicos de disciplina, hierarquia, eficiência, moralidade que se reproduzem no interior das Administrações Públicas (OSÓRIO, 2023, p. 153).”

Até mesmo em razão do objetivo de proteção interna da Administração Pública, não raro os ilícitos disciplinares estão contidos em tipos abertos, com expressões genéricas que, segundo Enterría e Fernandes (2014, p.194) ostentam mais critérios deontológicos do que jurídicos, determinando como ilícito, por exemplo, a atuação de forma desidiosa, a incontinência pública e escandalosa e a insubordinação grave em serviço¹⁵. No mesmo sentido complementa Fábio Medina Osório:

Daí que o Direito Administrativo Disciplinar, por tais circunstância, integra o Direito Administrativo Sancionador, embora suas infrações sejam distintas, tenham uma estrutura mais aberta, flexível, e estejam sujeitas a critérios punitivos vinculados às finalidades de preservação preponderante da ordem administrativa, do bom funcionamento da instituição lesada (OSÓRIO, 2023, p. 157).

Cabe ressaltar que essa maior abertura dos tipos disciplinares não implica renúncia à legalidade e tipicidade administrativa, afinal, sendo espécie de ilícito administrativo que desafia sanção de igual natureza, se submete aos princípios constitucionais de direito administrativo sancionador, como a legalidade e a tipicidade. Como explica Fábio Medina Osório, “não há afastamento desses princípios, apenas uma flexibilização funcional que culmina numa maior abertura hermenêutica para a incidência de espaços de movimentação aos operadores jurídicos (OSÓRIO, 2023, p. 264)”.

Não apenas os princípios da legalidade e tipicidade, mas todos aqueles aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador devem ser observados na instância disciplinar, incluindo-se, ainda, os princípios penais que também incidem no âmbito administrativo, como os da culpabilidade, proporcionalidade, vedação a penas perpétuas, irretroatividade da lei mais severa, dentre outros.

Salienta-se, também, que mesmo sendo a proteção interna a finalidade conspícua do sancionamento disciplinar, é inegável que ao realizá-la também se escuda os direitos fundamentais dos cidadãos, que conquanto transcendam o âmago da Administração Pública, são por ela concretizados, em especial através da

¹⁵ Lei nº 8.112/90

Art. 117. Ao servidor é proibido:

XV - proceder de forma desidiosa;

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

atuação de seus servidores. Por isso é possível dizer que o âmbito de proteção do regime disciplinar é predominantemente interno, mas não exclusivamente interno, pois protege, ainda que por vias reflexas, questões externas à mera disciplina ínsita à Administração Pública.

Atendo-nos aos efeitos da sanção disciplinar, vislumbra-se, assim como ocorre com as sanções penais e as administrativas em geral, duas funções precípuas, notadamente a preventiva e a repressiva. A preventiva, pautada na compulsão psíquica de Kelsen, implica na evitação da prática do ilícito disciplinar através da intimidação causada pela mera previsão abstrata da sanção. Tal efeito também é realizado pela contemplação de sua aplicação efetiva a outro infrator, dissuadindo o observador de agir de tal forma, e, ainda, pelo próprio transgressor, que experimenta a sanção a ele imposta, conforma seu comportamento às normas a que se submete, evitando, assim, a prática de nova infração disciplinar.

Ao lado do efeito preventivo, tem-se o efeito repressivo, que constitui na punição concreta ao transgressor, impondo-lhe o castigo em razão do ilícito por ele perpetrado. Como já visto, o efeito aflitivo é característico da sanção administrativa, não sendo diferente, portanto, em sua vertente disciplinar.

Para Marcello Caetano, os efeitos repressivos e corretivos são comuns a todas as penas, não sendo diferente, portanto, no âmbito disciplinar. Vejamos:

Destinam-se as penas disciplinares, como quaisquer outras, a corrigir e a prevenir: corrigem fazendo sentir ao autor do facto punido a incorrecção do seu procedimento e a necessidade de melhorar a sua conduta; e previnem, pois não só procuram evitar que o agente castigado volte a prevaricar, como servem de exemplo a todos os outros, mostrando-lhes as consequências da má conduta. Desta forma, através da acção imediata sobre os agentes, a aplicação das penas disciplinares tem por fim defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-o fiel aos seus fins (CAETANO, 2010, p. 819).

Outro efeito afeto à sanção disciplinar é a reeducação do apenado. No caso do serviço público, considerando a permanência do agente não expulso em seu quadro funcional, é desejável pela Administração Pública sua assimilação acerca do padrão adequado de conduta, tendo a sanção o condão de evidenciar o erro perpetrado pelo servidor e, pelo efeito aflitivo a ela inerente, impulsionar que o apenado reconduza seu comportamento à normalidade e probidade. Ou seja, a punição disciplinar também tem feição pedagógica, direcionada à reestabelecer o ímpeto de licitude na conduta do servidor.

Cabe mencionar que o efeito reeducativo só tem espaço em sanções não expulsivas, uma vez que ao excluir determinado do servidor de seus quadros funcionais, a Administração Pública reconhece sua incapacidade em exercer o cargo a que o agente foi expulso, fazendo com que a finalidade educativa se torne abnóxia.

Os efeitos operados induzem, conforme lições de José Armando da Costa, a classificação das sanções disciplinares em corretivas, expulsivas e revogatórias.

As corretivas, repletas de atributo pedagógico, visam reeducar o servidor faltoso, estimulando-o, pela sanção imposta, a adequar sua conduta à moldura comportamental determinada pela Administração Pública. Além do efeito educativo, as sanções corretivas ostentam inegáveis efeitos preventivo e repressivo, sendo o último, como já indicado, característico das sanções administrativas.

Situam-se neste grupo de sanções a advertências, a multa e a suspensão. No âmbito disciplinar militar, inclui-se, ainda, a prisão.

As sanções expulsivas implicam na exclusão do servidor dos quadros funcionais do ente federado a que servia, sendo aplicado em caso de prática de ilícito de maior gravidade. Essas sanções são despidas de efeito pedagógico, conservando, contudo, os efeitos repressivo e preventivo geral, este último destinado de forma dissuasória aos demais agentes públicos atuantes no serviço público.

As sanções revogatórias, por sua vez, são aplicáveis aos servidores inativos, nos casos em que a legislação autoriza seu alcance, sendo exemplo a cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Tal como as sanções expulsivas, as revogatórias também não ostentam a qualidade da reeducação, limitando-se aos efeitos repressivo e preventivo.

Sobre a classificação quanto aos efeitos da sanção disciplinar, leciona José Armando da Costa:

Quanto aos fins, as sanções disciplinares classificam-se em corretivas, expulsivas e revogatórias. As corretivas objetivam a recuperação do funcionário faltoso. São exemplo dessa classe: as penas de advertência, repreensão, multa, suspensão e prisão. As expulsivas têm por fim a eliminação do funcionário dos quadros da repartição, tais como: a demissão, o desligamento, o licenciamento, a exclusão e a dispensa. A primeira (demissão) é de usança nos regimes disciplinares civis; as outras, nos regulamentos militares. As revogatórias, como a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, alcançam o faltoso já na situação de inatividade (COSTA, 2009, p. 208)

Os três grupos de sanção são extraídos da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o “regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Em seu artigo 127¹⁶, o mencionado Estatuto estabelece como penas disciplinares a advertência e suspensão, como expressão de sanções corretivas, a demissão, como penalidade expulsiva, e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade como sanções revogatórias.

As penalidades de destituição de cargo e função comissionada, também previstas na Lei nº 8.112/90, podem ser classificadas como corretivas ou expulsivas, a depender da robustez do vínculo funcional existente entre servidor e Administração Pública.

Se o servidor exercer cargo efetivo, a destituição de cargo ou função comissionada terá natureza corretiva, permanecendo ele em seu vínculo mais robusto. Não obstante, sendo ocupante exclusivamente de cargo comissionado, a destituição terá natureza expulsiva, excluindo-o dos quadros funcionais do ente federado, nos termos do artigo 135, da Lei nº 8.112/90¹⁷.

A penalidade de multa, por sua vez, tem natureza substitutiva, podendo ser fruto da conversão da penalidade de suspensão. A multa, também de aspecto corretiva, consiste na redução em 50% (cinquenta por cento) da remuneração diária do servidor, que permanece exercendo sua função, mas com o recebimento parcial dos valores que lhe são devidos pelo exercício da função. Sendo substitutiva, a multa terá quantitativo equivalente aos dias de suspensão aplicados como sanção ao transgressor¹⁸.

Feita a análise da sanção disciplinar, é importante mencionar que não era incomum ouvir a locução de que o “servidor público não poderia ser demitido”,

¹⁶ Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

¹⁷ Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

¹⁸ Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

sensação gerada, talvez, pela incipiência cognitiva dos governantes – e até mesmo da sociedade – quanto à necessidade de fiscalização da atividade pública e, principalmente, pela ausência de órgãos de controle e de combate à corrupção.

Para melhor elucidação, a Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno da União por excelência, foi criada em 28 de maio de 2003¹⁹, com a publicação da Lei nº 10.683²⁰, enquanto outros Ministérios, como Saúde²¹, Fazenda²² e Educação²³ já existiam há mais de 70 (setenta) anos.

Neste diapasão, sem um órgão efetivo de controle interno, as infrações praticadas pelos servidores públicos não eram sequer descobertas, sendo, por corolário, tampouco punidas, gerando, deveras, a sensação de que tais indivíduos não poderiam ser demitidos.

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Lúcio Grassi de Gouveia e Roberta Cruz da Silva explicam a importância da Controladoria-Geral da União para a boa gestão administrativa, com destaque ao tratamento dos recursos públicos, a eficiência e transparência da administração:

A Controladoria-Geral da União (CGU) é um órgão integrante do Sistema de Controle Interno do Governo Federal. Desse modo, tem na sua esfera de atribuições, o dever de realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público, à transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, bem como de ouvidoria.⁵⁴ Também é atribuição da CGU centralizar a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno e o Sistema de Correição e das Unidades de Ouvidoria do Poder Executivo Federal. Trata-se de uma atividade fundamental, de orientação, necessária para o adequado funcionamento dos órgãos e entidades supramencionados. Não se pode olvidar que a atividade desenvolvida por uma controladoria tem relevante papel na gestão pública, e pode ser definida, segundo Silva, como aquela que auxilia o gestor na tomada de decisão, pois analisa aspectos como eficiência, eficácia, economicidade e transparência de seus atos, avaliando rotinas internas, proporcionando aos cidadãos a garantia da boa gestão dos recursos públicos (FEITOSA, GOUVEIA e SILVA, 2021, p. 25/26).

A partir do momento em que houve o fortalecimento dos órgãos de controle e a recepção pela sociedade da necessidade de mecanismos de combate a corrupção

¹⁹ A Corregedoria-Geral da União integrava, até 2003, a estrutura da Presidência da República, não sendo órgão autônomo, e tinha como atribuição, nos termos do artigo 6º-A, da Medida Provisória nº 2.134-31/2001, assistir ao Presidente em assuntos referentes à defesa do patrimônio público.

²⁰ História da criação da Controladoria-Geral da União – disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico/historico>

²¹ Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/ultimas-noticias/3252-25-7-aniversario-de-criacao-do-ministerio-da-saude-2>

²² Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/base-legal-de-governo/orgaos-extintos/fazenda>

²³ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conaes-comissao-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior/97-conhecaomec-1447013193/omec-1749236901/2-historia>

no setor público, vislumbrou-se o aumento do número de denúncias de infrações disciplinares, de sua apuração e, por consequência, das punições aplicadas aos servidores públicos, além, é claro, da maior divulgação de práticas irregulares que não raras vezes são noticiadas na mídia local ou nacional (em muito propiciada pela Lei de Acesso a Informação – Lei nº 12.527/2011), o que, decerto, estimula a mobilidade dos órgãos competentes para a realização da apuração dos fatos.

Este marco fez com que o regime disciplinar aplicável aos servidores públicos migrasse da esfera propositiva para a esfera imperativa, afinal qual coercibilidade tem a norma se o seu descumprimento não gera nenhuma expectativa de sanção?

Fortificando o exposto, desde a criação da Controladoria-Geral da União em 2003²⁴, até a data de 11 de junho de 2024, ocorreu a expulsão de 7.648 (sete mil seiscentos e quarenta e oito) servidores públicos, e de 10.521 (dez mil quinhentos e vinte e um) empregados públicos, sendo que 4.835 (quatro mil oitocentos e trinta e cinco) desses servidores ou empregados foram expulsos por ato de corrupção²⁵. Neste mesmo período foram aplicadas 47.508 (quarenta e sete mil quinhentos e oito) sanções disciplinares a agentes públicos, incluindo-se, aqui, todas as sanções previstas no já mencionado artigo 127, da Lei nº 8.112/90, bem como aquelas previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Tal atuação do órgão de controle interno e dos demais existentes no país lançou luz às irregularidades perpetradas no serviço público, impactando sobremaneira no quantitativo de penalidades aplicadas, fazendo diminuir a vetusta impressão de que o funcionalismo público é intocável, que suas condutas são impuníveis e que seus cargos são perpétuos.

²⁴ Não há dados disponíveis em dados abertos em período anterior há 2003.

²⁵ Consulta realizada em 11/6/2024, disponível em: <https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/corregedorias>

3. O REGIME DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Regime disciplinar corresponde ao conjunto de princípios e regras regentes da deontologia funcional aplicável ao serviço público, tendo por finalidade a organização e a otimização das atividades enveredadas à satisfação dos objetivos do ente federado e do interesse público.

Tais regras e princípios irão disciplinar os deveres, as proibições, as infrações e o procedimento para apurá-las, as penalidades e seus efeitos, os recursos e as demais normas reguladoras das obrigações advindas do vínculo funcional do servidor público com o ente a que se vincula.

José Armando da Costa apresenta seu conceito de regime disciplinar:

Assim, pode-se dizer que Regime Disciplinar do Funcionário Pública é o conjunto sistemático de normas substantivas definidoras de vedações, deveres, proibições, responsabilidades, transgressões, garantias e recompensas, cuja observância e aplicação objetivam resguardar a normalidade, a eficiência e a legalidade do desempenho funcional da Administração Pública (COSTA, 2009, p.39).

É o regime disciplinar de cada ente que confere o adequado tratamento das irregularidades, conectando-as às sanções correspondentes, em que, mediante o regular Processo Administrativo Disciplinar, permite a punição do servidor transgressor, reeducando se adequado for, ou expulsando-o se necessário. Explica Antônio Carlos Alencar Carvalho:

O regime disciplinar trata da descrição das condutas ilícitas consideradas transgressões disciplinares e das respectivas penas, os critérios para julgamento e punição, reincidência, prescrição do direito de punir, prazos processuais, competências, suspeição e impedimentos, entre outros temas pertinentes. Rafael Bielsa lembra que as regras gerais e princípios referentes à aplicação das penas disciplinares são temas essenciais ao Estatuto do Funcionalismo (CARVALHO, 2024, p. 248).

Cabe salientar, contudo, que um mesmo ente pode estabelecer regimes disciplinares diversos, a depender das peculiaridades das carreiras ou serviços que busca regular. Assim, no âmbito da União têm-se, como regime geral, aquele estabelecido na Lei nº 8.112/90. No entanto, esse mesmo ente também estabeleceu regimes disciplinares especiais, como os dos Policiais Civis da União e do Distrito Federal, consubstanciado na Lei nº 4878/65 e no Decreto nº 59.310/66, tendo como

móvel a especificidade da atuação policial, regidos, como maior rigor, pela hierarquia e disciplina. Explica José Armando da Costa:

No que concerne ao regime disciplinar, é bem distinto o tratamento dispensado a cada um desses tipos de servidores. Sujeitam-se uns a regimes disciplinares mais rigorosos, em razão da natureza do serviço público que realizam, como é o caso dos militares e dos policiais federais. Outros vinculam-se a regimes menos exigentes, tais como os funcionários públicos em geral, os funcionários autárquicos e os contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (COSTA, 2009, p. 49).

No mesmo sentido leciona Fábio Medina Osório:

E o Direito Administrativo Sancionador tem todo um histórico de variações em seus regimes jurídicos, a começar pelas relações disciplinares, que se encontram debaixo da categoria das relações de especial sujeição. É possível, no entanto, reconhecer outras tantas modalidades de variações, porque as relações de sujeição especial são muito variáveis e diversificadas (OSÓRIO, 2023, p. 236).

Quando não houver regime disciplinar especial referente à carreira ou grupo de carreiras, o servidor se vinculará ao regime geral, que no âmbito da União, como visto, é estabelecido pela Lei nº 8.112/90.

É o Direito Administrativo Disciplinar, sub-ramo do Direito Administrativo Sancionador, o responsável pelo estudo dos regimes disciplinares, em especial no que se refere à sua aplicação, interpretação, fundamentação e evolução. Para Antônio Carlos Alencar Carvalho, o objeto do Direito Administrativo Disciplinar é a regulação da conduta dos servidores através da previsão abstrata de ilícitos que são punidos de acordo com as normas estabelecidas no respectivo Estatuto Funcional. Vejamos:

O objeto do direito administrativo disciplinar material se prende ao fundamental problema, há muito tratado pelo direito administrativo, do mister de a Administração Pública velar pela regularidade da atuação funcional dos seus agentes, em nome da normalidade, probidade e boa imagem do serviço público perante a coletividade e da consecução do interesse público, razão de ser da estipulação de um modelo de conduta funcional para os agentes administrativos e da sujeição destes a regras disciplinares previstas em estatuto próprio, o que define deveres e proibições e ao mesmo tempo capitula, expressamente, os comportamentos hipotéticos reprovados (tipos disciplinares) e as respectivas punições (inclusive as penalidades mais graves, determinantes da perda do cargo ou da aposentadoria) a que se sujeitam os funcionários infratores, além de ditames sobre prescrição, circunstâncias atenuantes, agravantes, dirimentes (hipóteses de exclusão de culpabilidade ou ilicitude), causas de extinção de responsabilidade disciplinar, anistia, entre outros temas de caráter material ou substantivo (CARVALHO, 2024, p. 242).

O objeto do Direito Administrativo Disciplinar é extraído da Constituição, Estatutos, doutrina, jurisprudência, pelos pareceres, padronização de entendimento e casuística dos órgãos de controle interno, pelos princípios e normas de direito administrativo, com destaque ao Direito Administrativo Sancionador, pelos princípios e normas de direito penal, como expressão mais madura do poder punitivo do Estado, bem como pelas demais fontes que constroem o referido sub-ramo do direito administrativo.

No presente trabalho será adotado predominantemente o regime disciplinar contido na lei nº 8.112/90, haja vista que, conforme aclarado por José Armando da Costa, “os estatutos dos funcionários Cíveis dos Estados-membros da Federação, com rara e plausível exceção, são mera compilação do Regime Jurídico Federal (COSTA, 2009, p. 39)”.

3.1. Poder de polícia (relação geral de sujeição) X poder disciplinar (relação especial de sujeição)

É sabido que para que o Estado exerça todo o complexo de atividades que lhe incumbe, faz-se necessário a existência de prerrogativas instrumentais que viabilizam a busca e o alcance do desiderato último da Administração Pública, isto é, o interesse público. Tais prerrogativas são nominadas de “Poderes Administrativos”.

Para Raquel Melo Urbano de Carvalho, poderes administrativos correspondem “aos mecanismos atribuídos ao Estado para, ao administrar, concretizar os fins públicos primários que devem ser alcançados na execução do direito (CARVALHO, 2009, p. 253)”.

Em que pese o dissenso na doutrina acerca de quantos e quais são esses poderes, podemos listar o poder normativo, o poder de polícia, o poder hierárquico e o poder disciplinar²⁶.

Os poderes de polícia, hierárquico e disciplinar apresentam maior relevância ao presente trabalho, afinal irão determinar a natureza da sujeição e o regime sancionatório aplicável à população em geral (poder de polícia) e, também, aos servidores públicos (poderes hierárquico e disciplinar), como será doravante estudado.

²⁶ Para Raquel Urbano (2009, p. 253), referidos poderes são tratados pela doutrina administrativista clássica.

3.1.1. Poder de polícia (relação geral de sujeição)

O poder de polícia, que possui conceituação legal expressa no art. 78, do Código Tributário Nacional²⁷, haja vista que constitui fato gerador da taxa, espécie de tributo, constitui-se na prerrogativa da Administração Pública em adequar as atividades e condutas dos particulares ao interesse público, limitando ou disciplinando direitos, como a liberdade e a propriedade. Explica Edimur Ferreira de Faria:

Entretanto, pode-se afirmar que poder de polícia, em sentido estrito, é a atribuição legal conferida à Administração Pública para, no exercício de suas competências (regrada ou discricionária), promover a fiscalização do exercício dos direitos de propriedade e de liberdade, com vista a evitar abusos em prejuízo da coletividade ou do Estado. Para isso, vale-se de seus meios próprios, nos limites da lei, para coibir os atos lesivos e impor sanções previstas em lei (FARIA, 2015, p 228).

Para a incidência do poder de polícia não se exige qualquer relação especial com o Estado, uma vez que incide a determinada pessoa, grupo de pessoas ou comunidade abrangida pela manifestação de referido poder, independentemente de sua vontade, uma vez que a coercibilidade é uma das características que emerge desta prerrogativa. Explica Raquel Urbano:

No Brasil, o Direito Administrativo utiliza a expressão poder de polícia para designar a competência do Estado de restringir, o exercício de direitos e liberdades individuais a fim de evitar danos ao bem comum. Trata-se do que a doutrina denomina mecanismo de frenagem de que dispõe o Estado para conter e prevenir abusos no exercício de direito individual. Por meio dele, os entes federativos impedem a atividade privada que pode se mostrar nociva ao bem-estar geral. O que se persegue é exatamente evitar ofensas à ordem públicas e aos interesses da coletividade (CARVALHO, 2009, p.327).

A guisa de exemplo, durante a pandemia de Covid-19 no Brasil e em razão de seu agravamento, o Município de Fortaleza editou o Decreto nº 14.936, de 26 de fevereiro de 2021, proibindo, dentre outras atividades, a circulação de veículos e pessoas em vias públicas da cidade e a utilização de espaços comuns, incidindo ao

²⁷ Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

descumpridor a pena de multa e demais sanções previstas em regulamento. Veja-mos:

Art. 5º - Fica proibida, nos dias 27 e 28 de fevereiro e 06 e 07 de março de 2021, a partir das 19h (dezenove horas) até 05h (cinco horas) do dia seguinte, e nos dias 1º a 05 de março de 2021, a partir das 20h (vinte horas) até 05h (cinco horas) do dia seguinte, a circulação de veículos e pessoas em avenidas, ruas e quaisquer vias públicas, salvo em serviços de entrega, em deslocamentos para os serviços essenciais autorizados no §1º do Art.1º, em deslocamento, para viagem, a aeroporto e rodoviárias e em deslocamento destes locais à residência ou hospedagem, ou em deslocamento para o exercício das funções essenciais à Justiça, previstas na Constituição Federal.

Art. 6º - Fica proibida, até o dia 07 de março de 2021, no Município de Fortaleza, a partir das 17h (dezesete horas) até 05h (cinco horas) do dia seguinte, a utilização de espaços de uso comum, bens e equipamentos públicos, entre eles, praças, equipamentos esportivos (Areninhas, quadras, campos e outros), calçadões e praias, ficando limitado ao mesmo horário de 17h(dezesete horas), se outro horário anterior já não for aplicável, o funcionamento, nesses espaços, bens e equipamentos públicos, de quiosques, barracas, food trucks, feirinhas, lanchonetes, uso de mesas e cadeiras e quaisquer outras atividades comerciais neles exercidas.

Art. 11 - O descumprimento das medidas estabelecidas neste Decreto, inclusive a medida prevista no Art.5º, importará na aplicação ao infrator do regime sancionatório e multas previstos no Decreto nº 14.921, de 31 de janeiro de 2021 (FORTALEZA, 2021).

Como compilado, vislumbrou-se no município de Fortaleza a proibição geral de circulação de veículos e pessoas em suas vias públicas (“toque de recolher”), aplicando-se a ordem a todos os indivíduos, independentemente da existência de um vínculo especial com a Administração Pública. Por isso se diz que para a incidência do poder de polícia, basta a existência de uma relação geral de sujeição, sendo cabível sua incidência a todos os indivíduos que se enquadram na situação fática regulada.

Ademais, tal medida teve como esteio a proteção de direitos, haja vista a grave situação pandêmica experimentada na cidade e a necessária restrição do direito de liberdade de locomoção para o controle da doença e a promoção da vida, considerando a escassez de leitos para seu tratamento e a ascendência do quantitativo de contaminações e, também, de mortes.

Assim, pelo poder de polícia se limitou direitos individuais, como a liberdade de locomoção, para salvaguardar o interesse público e a proteção de direitos da população, em especial, como dito, a saúde e a vida.

Segundo Edimur Ferreira de Faria, a garantia do interesse comum é o exato fundamento para o exercício do poder de polícia:

As limitações impostas pelo Estado fundam-se na compreensão moderna sobre políticas públicas. Segundo essa visão, conferem-se aos indivíduos em geral o direito à liberdade e o direito à propriedade, mas o exercício destes direitos deve compatibilizar-se com o interesse coletivo. O uso abusivo da propriedade privada, como se admitiu no Direito romano, não é mais permitido. Reafirme-se, o direito continua. O seu exercício é que sofreu recortes ou limitações. Em nome do poder de polícia, a autoridade não pode suprimir direitos constitucionalmente garantidos, mas apenas condicioná-los de acordo com o interesse social. Afastando-se desses limites a conduta do agente será arbitrária e o ato resultante, eivado de vício (FARIA, 2015, p. 230).

Assim, o poder de polícia incide sobre todos os administrados, possibilitando a limitação de sua liberdade e propriedade com vistas a adequá-los ao interesse público. Noutro giro, como será doravante estudado, o poder disciplinar exige a existência de relação especial de sujeição entre o indivíduo e a Administração Pública, haja vista a especificidade de sua incidência.

3.1.2. Poder disciplinar (relação especial de sujeição)

O poder disciplinar, derivado do poder hierárquico, aplica-se tão somente àqueles que ostentem um vínculo especial com a Administração Pública, submetendo as normas que a ele incide em razão da relação especial de sujeição, que estabelece normas internas que, se descumpridas, poderá desembocar na aplicação das penalidades específicas que, em regra, não são cabíveis aos particulares.

Assim, poder disciplinar pode ser conceituado como a prerrogativa que detém a Administração Pública para exigir e fiscalizar a observância das normas e das ordens legais emanadas, aplicando, se for o caso e após a deflagração do procedimento administrativo viabilizador do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal²⁸), a sanção previamente prevista em lei para o ilícito perpetrado pelo sujeito que com ela possui um vínculo especial. Leciona Odete Medauar:

O poder disciplinar é atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos. Incide principalmente sobre servidores; mas pode abranger também a conduta de outras pessoas, como exemplo, a de alunos de escolas públicas, que, em determinado período, vinculam-se estreitamente às atividades de um órgão.

²⁸ Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

O poder disciplinar liga-se ao poder hierárquico, embora um não se reduza ao outro. O poder hierárquico é mais amplo que o poder disciplinar. Este, por sua vez, pode não se exercer totalmente na linha hierárquica direta entre servidores ou entre órgãos. Por exemplo: em Administrações em que a apuração de faltas funcionais se realiza de modo centralizado, num órgão específico para essa atividade, inexistente linha hierárquica direta entre tal órgão e o servidor cuja conduta se apura; no caso, a hierarquia direta pode ocorrer no momento da decisão final do processo disciplinar, ou seja, no ato de absolver ou punir o servidor. Um “sentido” hierárquico existe no preceito muito difundido na Administração brasileira, segundo o qual somente servidores de igual ou superior grau hierárquico podem apurar faltas de outro e aplicar-lhe a pena (MEDAUAR, 2018, p. 111).

É o poder disciplinar o supedâneo teórico do regime jurídico regente do serviço público, do qual se insere os deveres e proibições do servidor público, as infrações disciplinares que por eles podem ser praticadas, a estruturação e normatização das sindicâncias e do processo administrativo disciplinar, as penalidades que a eles podem incidir, os recursos cabíveis e demais instrumentos que irão disciplinar a relação Estado-Servidor Público.

Além disso, estrita sua relação com o poder hierárquico, afinal, para o adequado exercício da elevada gama de atividades do Estado, necessário se faz o escalonamento de cargos que propiciaram a última palavra na tomada de decisão, evitando-se decisões contrárias, difusas e esparsas. Em melhor dicção, o poder hierárquico garante organização e estruturação à atividade do Estado, havendo a previsão objetiva daquele que emanará a ordem a ser cumprida pelos subordinados, fiscalizando-os e revisando seus atos, além de centralizar em seu âmbito de atribuição, as caras decisões da pessoa jurídica, órgão ou entidade que apresenta.

É cediço que os servidores públicos possuem um vínculo especial com o Estado, adquirindo-o quando de sua investidura, notadamente pela posse, em que aceita o cargo e todas as incumbências a ele relativa, passando, doravante, a submeter-se ao Estatuto (como o é a Lei 8.112/90) e demais normas aplicáveis ao serviço público e a seu cargo ou carreira (como, costumeiramente, ocorre com os policiais).

Necessário salientar que essa relação especial de sujeição não é exclusiva dos servidores públicos, a existindo também, *exempli gratia*, aos presos e aos estudantes de escolas públicas que, seja em razão de uma prisão cautelar ou prisão pena, seja em razão de sua admissão no serviço educacional estatal, passam a se subordinar à disciplina que lhes são próprias. Explica Medauar:

A expressão relações de sujeição especial (ou *relações de poder especial*), de origem alemã na primeira metade do século XIX, aparece para indicar

vínculos da Administração Pública com determinados segmentos da sociedade, por exemplo: servidores públicos, alunos de escolas públicas, detentos, pacientes de hospitais públicos; nesta concepção, esses vínculos seriam objeto de tratamento diferenciado, por abranger mais prerrogativas da Administração incidentes sobre tais segmentos do que à sociedade em geral, acarretando, portanto, em redução dos seus direitos (MEDAUAR, 2017 p. 382).

No mesmo sentido, voltando-se à questão disciplinar, é o escólio de Fábio Medina Osório:

A ordem disciplinar das Instituições enseja o aparecimento de relações de especial sujeição, com normativa própria e mais intensa, voltada à restrição de direitos individuais, em homenagem aos interesses defendidos ou confiados à Corporação, o que não significa, nem poderia significar, abandono da obrigação de respeito ao núcleo normativo da Carta Magna, o qual vincula o poder punitivo do Estado, seja ele qual for (OSÓRIO, 2023, p. 154).

Esse vínculo de especial sujeição entre Estado e servidor, faz com que os tipos dos ilícitos disciplinares sejam mais flexíveis quando comparados aos ilícitos oriundos da relação geral de sujeição. Isso ocorre em razão do regramento específico a que os servidores públicos são submetidos, bem como pela conotação diversa dada ao princípio da legalidade no âmbito interno da Administração Pública quem, em regra, só devem atuar quando houver permissão legal. Nesse sentido, complementa Fábio Medina Osório:

Insistimos que a tipicidade permissiva é uma importante referência no que diz respeito às infrações administrativas direcionadas a proibir condutas dos particulares e agentes públicos subordinados a determinadas relações de sujeição especial com o Estado ou, ao contrário, quando as relações são de sujeição meramente geral. Numa ou noutra hipótese há diferenças notáveis quanto ao princípio da legalidade e, consequentemente, ao princípio da tipicidade. As pessoas que não estão submetidas a essas relações de especial sujeição possuem, em tese, uma liberdade de agir similar a dos particulares em geral, cuja posterior limitação se opera à luz de uma estrita legalidade, num marco acentuadamente mais garantista. Já os que se submetem a esses vínculos de sujeição especial ficam expostos a uma legalidade mais flexível e aberta, eis que ostentam uma primária restrição comportamental, de tal sorte que suas atuações dependem de permissões legais e a disciplina normativa do Estado pode ser encarada, na perspectiva sancionatória, de modo mais rigoroso. Maior expressão de relações de sujeição especial constitui, a nosso ver, a situação dos agentes públicos, dada a específica vinculação destes a um regime estatutário e a normas de conduta bastante estritas. Dependendo do estatuto, tanto maior será o regime de sujeição especial, tal como ocorre com as polícias, o exército e tantas outras classes de servidores ou funcionários públicos. Sem embargo, não são apenas os agentes públicos que resultam enquadráveis nas relações de especial sujeição. Há uma série de pessoas que, pela natureza de suas atividades, ficam vinculadas a um poder normativo mais abrangente e intenso do Estado, daí derivando espaços às restrições mais audaciosas. (OSÓRIO, 2023, p. 254).

Ocorre que tal flexibilidade não importa, como visto no capítulo anterior, em arbítrio da Administração Pública, mas tão somente na possibilidade de maior rigor em relação aos indivíduos que com ela ostentam vínculo especial. Importante consignar que o combate à arbitrariedade é espectro fulcral do princípio da legalidade, que foi criado, inicialmente, “como instrumento de limitação da soberania (MEDAU-AR, 2017 p. 166)”.

Assim, a maior abertura dos tipos disciplinares, embora possível e existente, não significa renúncia dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição e aplicáveis aos imputados em geral, como o devido processo legal, a vedação a provas ilícitas, o contraditório e a ampla defesa, a vedação às penas perpétuas e os diversos outros estabelecidos no texto maior.

3.2. A responsabilidade disciplinar

A realização das atividades de Estado, como a adequada prestação do serviço público, é essencial à manutenção e aprimoramento da sociedade.

A atuação do Estado nas mais diversas áreas, como saúde, educação e segurança, somadas ao desenvolvimento de políticas públicas para a redução da miséria, fome, pobreza e discriminação fazem com que a atuação da Administração Pública transluz a sua distinta relevância para o corpo social, valendo-se dos recursos oriundos do esforço coletivo, para gerir e propiciar concretização do interesse público.

A finalidade pública como consentâneo da atuação estatal é aspecto cardeal para diferenciá-la da atividade empresarial ordinária, cujo objetivo principal é o lucro.

A gestão de recursos e interesses públicos exige que a atuação do agente público, que manifesta a vontade do Estado, seja responsável e assertiva, haja vista que suas ações e omissões podem gerar danos a parcela significativa da população, com efeitos coletivos e difusos capazes de malferir direitos fundamentais de diversos cidadãos.

É exatamente este o conceptáculo da responsabilidade disciplinar, que confere ao servidor público a capacidade de receber sanções relacionadas às atividades por ele exercidas em razão do vínculo funcional que possui com o Estado. Aduz José Armando da Costa:

Essa obrigação que tem o servidor público de arcar com as consequências da transgressão cometida é o que se denomina responsabilidade disciplinar. A cada transgressão corresponde, nos termos do regulamento disciplinar, uma sanção, uma pena. O vínculo que une o comportamento do servidor à sua punição é o que caracteriza a responsabilidade disciplinar. Por derradeiro, define-se a responsabilidade disciplinar como a obrigação que tem o agente público de sofrer determinada punição, em razão de haver, nos termos do regulamento próprio, cometido alguma transgressão (COSTA, 2009, p. 170).

É certo que o servidor, cômico de tal responsabilidade, tende a evitar a prática do ilícito, exercendo a responsabilidade disciplinar efeito preventivo, através da compulsão psíquica capaz de conformar condutas e fazer com que o servidor atue de acordo com o que determina o regime disciplinar a que submetido.

A responsabilidade disciplinar nasce com a investidura inicial do indivíduo no cargo ou função, persistindo, em regra, até o momento de sua desinvestidura, que é a perda da condição de servidor público, como ocorre nos casos de exoneração, aposentadoria e expulsão.

Importante a ressalva de que o início da responsabilidade disciplinar se dá com a investidura inicial no cargo ou função. Isso porque, a promoção, a readaptação, o aproveitamento, a reversão e a até mesmo a reintegração, como formas de provimento ou investidura derivada, não implicam em (re)início da responsabilidade disciplinar, haja vista que o servidor já fazia parte dos quadros funcionais do Estado, sendo seu vínculo apenas alterado em razão de “acontecimentos da vida funcional do servidor” (MEDAUAR, 2018, p. 274).

A investidura em cargo ou função comissionada pode ou não implicar a origem da responsabilidade disciplinar, a depender da existência prévia de vínculo funcional entre o servidor e a Administração Pública. Assim, caso o servidor público efetivo tenha sido posteriormente investido em cargo ou função comissionado, não ocorrerá o início da responsabilidade disciplinar, mas sim continuidade de tal responsabilidade, uma vez que ela foi concebida quando de sua investidura inicial no cargo efetivo.

Lado outro, se o indivíduo não compõe os quadros funcionais da Administração Pública, e é investido em cargo ou função comissionado, tal investidura terá natureza inicial, fazendo gerar, por corolário, a responsabilidade disciplinar.

Como visto, a regra é que a responsabilidade disciplinar perdure enquanto se mantenha o vínculo funcional entre servidor e Administração Pública. Isso porque, é

durante a existência de tal vínculo que o servidor público será capaz de praticar ilícitos disciplinares que desembocaram na sanção a ele correspondente.

Não obstante, nada impede que o servidor público tenha praticado determinada transgressão disciplinar no exercício de seu cargo ou função, e sendo o fato até então desconhecido pela Administração, seja processada e ultimada a sua exoneração ou aposentadoria (hipóteses de desinvestidura).

Nesses casos, considerando que a transgressão disciplinar foi perpetrada enquanto o servidor público ainda estava em atividade e submetido ao regime disciplinar, poderá a sanção disciplinar correspondente ser aplicada ainda que o servidor não figure mais nos quadros funcionais do Estado. Assim explica Marcello Caetano:

A responsabilidade disciplinar mantém-se enquanto durar o vínculo que liga o agente à Administração, qualquer seja a situação em que ele se encontre (como sublinha o art. 558, do Cód. Adm). Se a situação for de inatividade ou de aposentação, o agente é responsável pelos factos praticados anteriormente, no exercício das funções, e por aqueles que nessa situação cometa com violação dos deveres subsistentes – os quais, como vimos, são alguns de conduta na vida privada ou de natureza política (CAETANO, 2008, p. 816).

Por isso, abrangência mais adequada a ser conferida ao conceito de responsabilidade disciplinar seria o interstício compreendido entre a investidura e a desinvestidura em cargo ou função pública, em que o servidor é capaz de praticar transgressão disciplinar e, por isso, ser sancionado, ainda que o momento da punição ocorra quando não mais exista o vínculo funcional com a Administração Pública.

É o que ocorre, *exempli gratia*, com a pena disciplinar de cassação de aposentadoria, também chamada de cassação de proventos, prevista na maioria dos Estatutos Funcionais, incluindo o federal, previsto na Lei nº 8.112/90, notadamente em seus artigos 127, inciso IV, e 134, da Lei nº 8.112/90²⁹.

Referida sanção consiste na “pena disciplinar imposta aos servidores inativos que hajam, na atividade, cometido transgressões disciplinares puníveis com demissão (COSTA, 2009, p. 205)”, e revela, como dito anteriormente, a extensão da responsabilidade disciplinar para além do período da atividade funcional, desde que a prática do ilícito ocorra enquanto no exercício do cargo ou função.

²⁹ Art. 127. São penalidades disciplinares:

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão

Embora de constitucionalidade duvidosa (cujo debate não é objeto do presente estudo), o Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas vezes pela constitucionalidade da cassação de aposentadoria, tendo a reafirmado no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 418/DF, cujo acórdão, transitado em julgado em 11 de maio de 2020, apresenta o seguinte ementário:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003 estabeleceram o caráter contributivo e o princípio da solidariedade para o financiamento do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Sistemática que demanda atuação colaborativa entre o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos e os pensionistas. 2. A contribuição previdenciária paga pelo servidor público não é um direito representativo de uma relação sinalagmática entre a contribuição e eventual benefício previdenciário futuro. 3. A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Precedentes. 4. A perda do cargo público foi prevista no texto constitucional como uma sanção que integra o poder disciplinar da Administração. É medida extrema aplicável ao servidor que apresentar conduta contrária aos princípios básicos e deveres funcionais que fundamentam a atuação da Administração Pública. 5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade. 6. Arguição conhecida e julgada improcedente. (ADPF 418, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 29-04-2020 PUBLIC 30-04-2020)

Outro exemplo de extensão da responsabilidade disciplinar para momento posterior à desinvestidura do servidor cinge-se ao exato objeto da presente pesquisa, isto é, a conversão da exoneração em penalidade expulsiva quando, em atividade, o servidor tenha perpetrado ilícito disciplinar punível com a demissão, sendo que o capítulo derradeiro deste trabalho será todo destinado à exposição de tal hipótese.

3.3. A independência das instâncias e o princípio do *ne bis in idem*

As responsabilidades do servidor público são plúrimas, afinal, as atividades por eles exercidas tem o condão de afetar interesses e bens jurídicos tutelados, concomitante, por diversos ramos do direito, que são legitimados a apurar e eventualmente punir em suas respectivas instâncias a infração praticada.

O princípio da independência das instâncias postula que, por uma mesma conduta, poderá o agente ser investigado e punido nas diversas esferas do direito que protegem o bem jurídico maculado por sua conduta, não havendo, em regra, vinculação incondicional entre as decisões proferidas nos procedimentos civil, penal e administrativo deflagrados. Explica Raquel Urbano:

É entendimento assente que, diante de uma infração cometida por um servidor, há independência entre as instâncias administrativa-disciplinar, civil, penal e de apuração da improbidade regulada pela Lei Federal nº8.429. Se um servidor incorre em conduta infracional, pode este mesmo comportamento justificar responsabilização administrativa, penal, incidência das penalidades previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade, bem como ressarcimento civil dos prejuízos sofridos pela Administração. A responsabilização administrativa, mediante punição disciplinar, consiste em uma das consequências legítimas pelo descumprimento dos deveres funcionais (CARVALHO, 2009, p.278).

Nesse sentido, legislações de todos os ramos jurídicos mencionados explicitam, em diplomas da respectiva natureza, o princípio ora em comento. A começar pelo direito administrativo sancionador, a Lei nº 8.112/90 assim prevê em seus artigos 121 e 125:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si (BRASIL, 1990).

No Direito Civil, o respectivo Código, embora não cite expressamente a responsabilidade administrativa, também trata da matéria em seu artigo 935:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (BRASIL, 2002).

A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), de natureza criminal, dispõe de maneira semelhante:

Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal (BRASIL, 2019).

Nesta toada, o servidor público que exigir vantagem indevida em razão da função poderá responder pelo crime de concussão (art. 316, do Código Penal), pelo ilícito disciplinar de prática de crime contra a Administração Pública (art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90) e, também, pelo ato de Improbidade Administrativa que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º, inciso I, da Lei nº 8429/92), podendo ser processado e condenado em todas as instâncias.

Essa tríplice responsabilidade do servidor público não importa, no direito brasileiro, em violação ao princípio do *non bis idem*, cuja máxima corresponde à vedação de dupla – ou tripla – punição pelo mesmo fato. Isso porque, além do interesse apuratório e punitivo de mais de um ramo jurídico, o objeto e grau de proteção conferido a cada um deles são distintos, o que legitima ainda mais a independências das instâncias. Explica Fábio Medina Osório:

A ideia básica do *non bis in idem* é que ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato, eis uma concepção praticamente universal, que desde as origens anglo-saxônicas encontra-se presente nos ordenamentos democráticos (v.g. art. 8.º, n. 4, do Pacto de San José da Costa Rica). No entanto, o alcance desse princípio, bem como seu conteúdo, indica variações notáveis, ainda que também revele traços históricos comuns no percurso do devido processo. No Brasil, a ideia preponderante sempre foi a de excluir a aplicabilidade desse princípio ao abrigo do argumento de que os fatos acabam assumindo identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além de existir independência entre as instâncias fiscalizadoras, à luz da separação de Poderes. No sistema brasileiro, a subordinação da autoridade administrativa à autoridade judicial, no campo do Direito Administrativo Sancionador, é bastante limitada, mormente em matéria de ilícitos relacionados a especiais relações de sujeição, sobretudo no terreno disciplinar (OSÓRIO, 2023, p. 317/318).

Ressalta-se que até mesmo a Espanha, que adota como regra a teoria da unidade do poder punitivo estatal e a vedação ao *bis in idem*, inclusive entre ramos

jurídicos distintos, admite a punição simultânea pelo direito penal e pelo direito administrativo disciplinar a um mesmo fato. Sobre o tema, esclarecem Eduardo García e Tomás-Ramon:

A constatação de que uma pessoa cometeu um crime pode ter, por si só, um significado direto no âmbito interno da organização que a competência disciplinar protege; que um tabelião faça um uso indevido de sua fé pública, ou que um médico falseie seus diagnósticos, ou que um servidor público trafique informações que está obrigado a manter em segredo, afeta, sem dúvida, a ordem geral e a reação penal estará justificada; mas também revela a presença no seio da corporação ou da organização de agentes contra os quais se pode justificar uma atuação disciplinar que tutele ou depure o próprio aparato, caso as respectivas penas acessórias não conseguem produzir por si próprias essa depuração. Essa hipótese de compatibilidade, exceção ao princípio geral *non bis in idem*, foi declarado pelo Tribunal Constitucional, entre outras, em suas Sentenças de 6 de junho de 1984, 21 de novembro de 1984, 15 de novembro de 1985 e 13 de novembro de 1988 (ENTERRÍA e FERNANDES, 2014, P. 208/209).

Nada obstante, *mister* ressaltar que a independência das instâncias não é absoluta, devendo ser observadas algumas regras que impõe pontos de convergências entre os ramos jurídicos, o que garante a coerência necessária ao direito através da transcendência dos efeitos da decisão judicial à instância administrativa.

Isso ocorre, *exempli gratia*, quando o Poder Judiciário, competente para dizer o direito com definitividade, decide que determinado fato não ocorreu, ou que o imputado não foi o seu autor. Também ocorre, com o advento da nova lei de Abuso de Autoridade, nos casos em que o Poder Judiciário reconhecer que a conduta foi praticada sob o pálio de alguma causa excludente da ilicitude prevista no artigo 23, do Código Penal³⁰.

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa também estabelece hipótese de transcendência dos efeitos da decisão penal quando prevê, em seu artigo 21,§4º³¹, que a absolvição criminal, por qualquer motivo previsto no artigo 386³², do

³⁰ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

³¹ Artigo 21 (...)§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

³² Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

Código de Processo Penal, impede a tramitação da Ação de Improbidade Administrativa pelos fatos.

A inclusão de tais normas no ordenamento jurídico provoca certa mitigação ao princípio da independência das instâncias, implicando no reconhecimento, ainda que parcial, do princípio do *ne bis in idem* entre ramos jurídicos diversos.

Para Fábio Medina Osório, a transcendência da decisão criminal ao âmbito administrativo sancionador nos casos autorizados por lei visa garantir coerência ao sistema jurídico, atuando de forma profilática contra eventuais contradições que poderiam ser provocadas entre as duas instâncias punitivas. Vejamos:

Sabe-se que, se o juiz penal entende que está provada a inexistência do fato, ou que o réu agiu em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, haveria grave antinomia na eventual solução de autoridade administrativa ou judiciária extrapenal que condenasse o réu por improbidade ou infração administrativa. Eis a necessidade de compatibilização das decisões judiciais e administrativas, reduzindo-se as incertezas jurídicas. O mesmo raciocínio valeria, a nosso ver, para hipóteses em que a ilicitude penal típica dependesse, estruturalmente, de ilícito administrativo, ou de formação de atos ou decisões administrativas em determinada direção. Não ocorrendo tais configurações indispensáveis ao tipo penal, este não se perfectibilizaria. E igual raciocínio se aplicaria, por óbvio, a outras situações análogas, nas quais apareçam condições administrativas objetivas que vinculem o processo punitivo ou a imposição de sanções na seara judicial, fenômeno cada vez mais frequente. Todavia, não se observa essa aproximação de situações análogas no ritmo recomendável (OSÓRIO, 2023, p. 320/321).

Assim, nos termos do artigo 126, da Lei nº 8.112/90, se houver, no âmbito criminal, a absolvição do agente por negativa do fato ou negativa de autoria, a decisão transcenderá à esfera administrativa, de modo a garantir a coerência e a segurança jurídica que são essenciais ao direito.

Nesse sentido, se o Judiciário é o poder que aplica o direito com definitividade, sendo proferida por ele decisão indicando, de maneira fundamentada, que o fato não ocorreu, ou que embora tenha ocorrido, não foi o servidor o autor, não poderia a Administração Pública decidir de forma contrária, uma vez que vinculada àquela decisão.

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

São diversas as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, como se vislumbra, a guisa de exemplo, da ementa doravante reproduzida:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR: DEMISSÃO. COMISSÃO PROCESSANTE COMPOSTA POR SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. ARTS. 149 E 150 DA LEI N. 8.112/1990. NORMAS PELAS QUAIS SE POTENCIALIZAM OS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO ENTRE O INSTITUTO DA ESTABILIDADE E O DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRECEDENTES. VÍCIO FORMAL CORRIGIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA: ATO VINCULADO DO ADMINISTRADOR: PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(...) 3. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Precedentes. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

(RMS 32357, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 16-04-2020 PUBLIC 17-04-2020)

Lado outro, vale lembrar que a decisão proferida no âmbito do direito administrativo jamais vinculará as instâncias civil e penal. Isso ocorre em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, cuja inteligência preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia assim apresentam o princípio da inafastabilidade de jurisdição:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também é chamado de princípio do livre acesso, do acesso à Justiça, do direito constitucional de ação. Sua previsão constitucional se encontra no art. 5º, inc. XXXV, CR/88, quando o texto constitucional estabelece a impossibilidade de a lei excluir

da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Primeiramente, o princípio assegura a utilização de ações para se ressarcirem as lesões já sofridas por cidadão ou para inibir a ocorrência da lesão, quando ainda somente existe a ameaça (exemplos dessas ações inibitórias são aquelas para impor obrigação de não fazer utilizando-SE as técnicas do art. 461, do CPC). A implementação do princípio representa, de imediato, a consagração constitucional dos ganhos do Projeto Florença de Acesso à Justiça (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 466)".

Diferentemente do que ocorre na França, em que vige o sistema da dualidade de jurisdição ou do "contencioso administrativo", havendo órgãos próprios na estrutura administrativa para julgar, de modo definitivo, os conflitos envolvendo o Poder Público, o sistema de controle adotado no Brasil é o da unidade de jurisdição, competindo apenas ao poder judiciário a última palavra decisória ao caso que a ele apresentado.

Preciso é o escólio de Edimur Ferreira de Faria:

À medida que a sociedade foi-se desenvolvendo e o Estado tornando-se independente, o novo Direito foi-se formando e se materializando até tornar-se ramo autônomo do Direito Público. Também aqui, o Direito Administrativo sofreu inestimável influência do Direito francês. Entretanto, não logrou o mesmo prestígio alcançado por aquele que lhe serviu de fonte. Principalmente pelo fato de que o sistema constitucional brasileiro foi inspirado e moldado no Direito Constitucional americano, que adotou o sistema único de jurisdição, não permitindo o contencioso administrativo (FARIA, 2015, p. 42).

Odete Medauar também expõe a relação entre o inafastabilidade de jurisdição e sua unidade no sistema de controle brasileiro:

No tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos (MEDAUAR, 2018, P. 390).

Assim, a decisão proferida pela instância administrativa pode ser definitiva internamente (o que alguns cognominam de "coisa julgada administrativa"), mas jamais esgotará de modo absoluto o tema decidido, afinal poderá ele ser revisitado pelo Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição.

3.4. Ilícitos disciplinares

A transgressão disciplinar, ou ilícito disciplinar, ou ainda infração disciplinar, consiste no comportamento inadequado do servidor, consubstanciado mediante ação ou omissão que resulte em máculas à Administração Pública. Constitui-se no desvirtuamento contraproducente do comportamento do servidor, tipicamente dispostos e bastante, ou com o potencial de acarretar prejuízos ao Estado.

José Armando da Costa define transgressão disciplinar como o “proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, pondo em risco a credibilidade da administração, acarreta prejuízo ao serviço público (COSTA, 2008, p. 128)”.

Antônio Carlos Alencar Carvalho, por sua vez, aduz que o ilícito disciplinar é aquele “decorrente do descumprimento da norma administrativa, instituída no regime legal que veicula as regras de comportamento funcional dos servidores públicos (CARVALHO, 2024, p. 252)”.

Marcello Caetano, por sua vez, pontua que infração disciplinar é o “facto voluntário praticado pelo agente administrativo com violação de algum dos deveres que nessa qualidade lhes caibam (CAETANO, 2008, p. 807)”.

O ilícito disciplinar e seu sancionamento busca proteger a Administração Pública e a coletividade afetada pelo curso de seu desempenho. Para Sandro Dezan, a “norma instituidora do ilícito disciplinar visa a proteger determinados bens de titularidade da Administração Pública (DEZAN, 2024, p. 352)”.

Sendo o interesse público o precípua móvel da Administração Pública, figura ele como bem jurídico protegido pela norma disciplinar, assim como a moralidade, a probidade, a eficiência, a continuidade do serviço público e outros supedâneos do direito administrativo moderno.

A conduta do servidor pode ser comissiva (ação – conduta positiva) ou omissiva (conduta negativa), dolosa ou culposa, que desemboque em determinado resultado lesivo à Administração Pública. A conduta é dolosa quando o servidor direciona seu elemento volitivo à consecução do resultado (dolo direto), ou assume o risco de causar tal resultado (dolo eventual). A culpa, por sua vez, consiste na conduta voluntária do servidor que, embora não deseje diretamente o resultado lesivo, o causa por negligência, imprudência ou imperícia.

Os conceitos de dolo e culpa, embora nos remetam aprioristicamente ao Direito Penal, tem relevância em todos os ramos jurídicos, sobretudo aos de cariz de

sancionatório, cuja responsabilização pessoal é, em regra, subjetiva, exigindo-se, portanto, o liame subjetivo entre conduta e resultado.

Vale ressaltar que a diferenciação entre a responsabilidade objetiva e subjetiva possui como ponto cardeal a análise, ou não, do dolo ou da culpa. Para a caracterização da responsabilidade objetiva basta a aferição de uma conduta geradora de um resultado (dano), apreensível mediante a análise do nexo de causalidade que os une. Já na responsabilidade subjetiva, para além dos elementos já aventados (conduta, nexo de causalidade e dano), necessária se faz a presença do elemento subjetivo, que nada mais é que o dolo ou a culpa.

A responsabilidade que se baseia na culpa do autor do ilícito denomina-se subjetiva, por ter como base o elemento subjetivo, culpabilidade. Já a responsabilidade sem culpa recebe o nome de responsabilidade objetiva, por se basear apenas na ocorrência do dano (FIUZA, 2015, p. 399).

No âmbito disciplinar não pendem dúvidas da responsabilidade subjetiva, afinal, exige-se para a configuração do ilícito que o servidor tenha agido, no mínimo, com culpa, o que é corolário do próprio princípio da culpabilidade, como leciona Fábio Medina Osório.

Num plano mais direto, a CF/88 prevê que agentes públicos somente podem ser responsabilizados por dolo ou culpa, ao tratar do direito de regresso do Estado lesado, que é obrigado a indenizar particulares por faltas de seus funcionários. Trata-se de inegável projeção de um dos vetores mais importantes da culpabilidade, embora aí não esteja escrito, com todas as letras, nominalmente, esse princípio, porque, paradoxalmente, a responsabilidade subjetiva não resulta atrelada apenas à culpabilidade, eis que se trata de um valor mais amplo, no sentido reconhecido pelo texto constitucional (OSÓRIO, 2023, p. 395).

Punir o servidor que age despido de dolo ou culpa seria uma forma despótica de supervalorização do resultado, reduzindo a punição à mera retribuição por um mal gerado. Isso, deveras, não é correção, mas vingança.

Nesse sentido a Constituição Federal, ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado em seu artigo 37, §6º, já externa que para a propositura da ação de regresso face ao servidor que gerou o dano, *mister* se faz que tenha ele agido com dolo ou culpa³³. Conforme complementa Fábio Medina Osório, se para o sim-

³³ Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

ples ressarcimento ao erário se exige a demonstração de dolo ou culpa, com mais razão é sua exigência no âmbito punitivo, que impacta diretamente nos direitos fundamentais do servidor público. Vejamos:

Se para um mero ressarcimento ao erário resulta exigível uma responsabilidade subjetiva, muito mais se exigirá no campo do Direito Punitivo, onde a gama de direitos fundamentais potencialmente atingidos encontra ressonância muito maior e onde essa mesma responsabilidade subjetiva não pode ser vista com iguais contornos, eis que sua funcionalidade adquire novos significados. Por um raciocínio baseado na isonomia, na analogia interna à Constituição, no sistema normativo unitariamente concebido, no postulado da racionalidade, há que se concluir que a culpabilidade resulta também deste comando constitucional, a partir do qual se vislumbra um horizonte mais denso à responsabilidade subjetiva no Direito Sancionador. Veja-se que os agentes públicos estão vinculados a regime de especial sujeição, constituindo uma classe de pessoas subordinadas a poderes punitivos mais diretos e, nesse caso, a hipótese de ressarcimento, pura responsabilidade patrimonial, envolve a responsabilidade necessariamente subjetiva. Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado, alcançando agentes públicos e particulares, na medida em que estes figurem em relações de especial sujeição ou de sujeição geral (OSÓRIO, 2023, p. 395).

Assim, ausente o elemento subjetivo (dolo ou culpa), inexistente ilícito disciplinar por completa atipicidade subjetiva que fundamente a persecução administrativa e eventual punição do servidor. Indo além, sem dolo ou culpa inexistente a própria conduta relevante no âmbito disciplinar, carecendo, portanto, deste primeiro elemento da tradicional corrente da responsabilidade administrativa. Nesse sentido, arremata Sandro Dezan:

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF/1988, motiva a interpretação construtiva, evolutiva, da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto substantivo, art. 5º, LVI, da CF/1988, para fazer transpor as teorias garantistas do direito penal, especialmente as teorias do delito, a exemplo da necessidade de imputação subjetiva (dolo e culpa), como requisito lógico e obrigatório do ilícito disciplinar, para que o resultado do apuratório esteja em harmonia com os ditames da justiça do direito e da certeza do direito, valores suprapositivos que se fazem presentes em todas as sociedades, como orientadores da positivação jurídica e de sua interpretação e aplicação (DEZAN, 2024, p. 822).

Cabe consignar, contudo, que a já mencionada abertura dos tipos disciplinares provoca distinção relevante entre o direito penal e o direito disciplinar no que diz respeito ao tratamento dos tipos dolosos e culposos. Como visto, a tipicidade dos

ilícitos disciplinares permite certa flexibilização e abertura, não lhe sendo exigida, até mesmo em razão da estrutura e natureza funcional do ilícito, a rígida taxatividade inerente aos ilícitos criminais.

Com isso, não se verifica a separação expressa dos ilícitos dolosos e culposos nos Estatutos Funcionais, sendo que a mera previsão da conduta indesejada admite, em regra, as modalidades dolosa e culposa.

Diferenciando-se, assim, do direito penal, no qual vige o princípio da excepcionalidade dos tipos culposos³⁴ (isto é, só haverá crime culposos quando expressamente previsto no tipo), os ilícitos disciplinares admitem a modalidade culposa ainda que não haja qualquer menção a ela. Aliás, não há menção de nenhum “ilícito culposos” na Lei nº 8.112/90. Eis o escólio de Marcello Caetano:

A infração disciplinar existe independentemente do resultado perturbador do serviço e, portanto, basta à sua produção que o agente tenha procedido consciente e livremente ao praticar a acção ou ao cometer a omissão: é suficiente a mera culpa, sem necessidade de intenção (CAETANO, 2008, p. 809).

Não dispondo sobre a forma de realização do ilícito (diferente do que ocorre no âmbito penal, em razão do princípio da taxatividade), seja por dolo ou culpa, poderá se desenvolver o respectivo procedimento disciplinar, bem como a eventual punição que lhe seja cabível. Sobre a abertura dos tipos disciplinares e sua diferença em relação aos tipos penais, leciona Raquel Urbano:

Mostra-se impossível pretender que o ordenamento descreva, pontualmente, todas as infrações que um agente público pode cometer no exercício de suas funções, fixando para cada uma delas, a punição individualizada cabível. Além de no âmbito do Direito Administrativo não viger o princípio da reserva legal absoluta, como ocorre no Direito Penal, não há qualquer ofensa ao Estado Democrático de Direito com a atividade de identificar o enquadramento de uma conduta concreta em descrições infracionais genéricas extraídas do texto legal, ao que se acresce a determinação, vinculada ou dentro de dada margem discricionária deixada pelo sistema, da pena cabível (CARVALHO, 2009, p.281).

É claro que a voluntariedade, isto é, o dolo e a culpa, deve ser considerada no momento de aplicação da sanção, até mesmo em razão do princípio da culpabilidade. Nesse sentido, embora o ilícito disciplinar possa ser praticado de forma dolosa ou culposa, tal elemento subjetivo deverá ser considerado no momento apenatório,

³⁴ Código Penal - Art. 18. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

sendo mais reprovável a conduta destinada à realização do resultado indesejado, do que aquela que, por inobservância do dever de cuidado, acabou por causá-lo.

3.5. Da tipicidade dos tipos expulsivos

Volvendo à abertura dos tipos disciplinares e buscando os estabelecer em espécie, é importante consignar que a flexibilização típica é mais expressiva nos ilícitos disciplinares que desafiam penalidades não expulsivas, como a repreensão e a suspensão.

Tais sanções estão geralmente relacionadas ao descumprimento de deveres e proibições impostas aos servidores públicos, e elencadas com ductilidade nos estatutos funcionais, que se valem, para tais ilícitos, muitas vezes de conceitos jurídicos indeterminados. Explica Fábio Medina Osório:

Conceitos ou termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais serão instrumentos comumente utilizados no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nos casos em que há relações de sujeição especial envolvendo agentes públicos, visto que nesses casos há peculiaridades ligadas à necessária tipicidade permissiva da conduta dos agentes públicos. Assim, uma norma proibitiva de comportamento de agente público resulta indissoluvelmente ligada à norma permissiva, vale dizer, ao princípio da legalidade positiva, visto que o agente público somente pode atuar com suporte em comandos legais. Não é raro, portanto, que, em casos como esses, o legislador utilize tipos proibitivos bastante amplos, genéricos, sem vulnerar a garantia da tipicidade, da lex certa, porque o Direito Administrativo Sancionador pode apanhar relações de sujeição especial em que se encontrar envolvido um agente público. No terreno disciplinar, tais relações assomam em importância e intensidade, diante dos valores protegidos pelo Estado e da especialidade intensa das relações (OSÓRIO, 2023, p. 262).

Por isso é possível punir o servidor que não exerça com zelo e dedicação suas atribuições (artigo 116, inciso I, da Lei nº 8.112/1990), que não seja leal à sua instituição (artigo 116, inciso II, da Lei nº 8.112/1990), que não observe as normas legais e regulamentares (artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990), ou que não trate com urbanidade as pessoas (artigo 116, inciso XI, da Lei nº 8.112/1990), não implicando tal sancionamento em máculas ao princípio da legalidade, haja vista a própria essência e finalidade do tipo disciplinar.

Ocorre, contudo, que igual conclusão não pode ser conferida aos tipos expulsivos, capazes de romper até mesmo com a estabilidade conferida ao servidor público para que ela exerça suas funções com imparcialidade e apartidarismo.

É a estabilidade, prevista no artigo 41, da Constituição Federal³⁵, que garante o direito ao servidor o direito à permanência no serviço público após o cumprimento dos requisitos estabelecidos também na Constituição, como o interstício mínimo de exercício no cargo, e a conceituação positiva em avaliação especial de desempenho. Explica Medauar:

Para os servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, a Constituição Federal, no art. 41 (redação da Emenda Constitucional nº 19/98), possibilita a aquisição de estabilidade, após três anos de exercício; trata-se da estabilidade ordinária. Neste caso, a efetividade apresenta-se como pressuposto da estabilidade ordinária. Porém, episodicamente, os textos constitucionais vêm atribuindo estabilidade a servidores, não ocupantes de cargo efetivo, que tenham cinco anos de serviço público na data em que foram promulgadas: as Constituições Federais de 1946, ADCT, art. 23; de 1967, art. 177, §2º; e de 1988, ADCT, art. 19, concederam estabilidade extraordinária – nesta hipótese, inexistente o pressuposto da efetividade, também inexistindo, como decorrência automática, a ocupação de cargo efetivo (MEDAUAR, 2018, p. 281).

É a própria Constituição que dispõe, ainda, sobre a possibilidade de perda do cargo do servidor estável, incluindo a prática de falta disciplinar devidamente apurada em processo administrativo, que justifique tal medida extrema³⁶. É dizer que a prática de ilícito disciplinar é capaz de superar o direito de permanência do servidor no serviço público, o que clama pela adoção de instrumentos que combatam a utilização arbitrária e política do poder disciplinar.

É claro que a penalidade expulsiva também alcança servidores ainda não estáveis, mas estes, por ainda não terem o direito de permanência no serviço público, também podem perder o cargo mediante reprovação em avaliação de desempenho especial, nos termos do artigo 41, §4º, da Constituição. Por não ter caráter sancionatório, mas gerencial, o servidor não estável reprovado em avaliação especial de desempenho é exonerado, e não expulso.

O que se quer dizer é que os tipos expulsivos são capazes de atingir o direito do servidor de permanecer nos quadros funcionais da Administração Pública – e

³⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

³⁶ Art. 41 (...) § 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

com mais razão aqueles que ainda não o tem – o que exige que sua construção semântica seja mais rígida, expondo de forma clara, certa e taxativa suas formas de incidência.

José Armando da Costa há muito se posiciona de forma contrária à eventual inflexão dos tipos expulsivos:

Advirta-se, desde já, que a regra da relativa tipicidade – predominante na área do Direito Disciplinar – é tão somente aplicável nos casos de punições mais leves. E, mesmo assim, não significa que o funcionário possa ser punido arbitrariamente. Apenas traduz que os motivos da punição não necessitam estar, prévia e rigorosamente, definidos em lei (COSTA, 2009, p. 193).

No mesmo sentido leciona Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Por essa razão, afigura-se relevante definir, de modo claro e exaustivo, em lei, as ações e omissões caracterizadoras de infração disciplinar grave, passíveis em tese de penas máximas de demissão, cassação de aposentadoria/disponibilidade, com vistas a obstar que a autoridade administrativa possa exercer o poder disciplinar arbitrariamente, como meio de intimidação, inclusive em busca de constranger o servidor de carreira a atender a interesses não republicanos ou imorais/ilegais de grupos econômicos ou de partidos políticos ou dos hierarcas superiores (CARVALHO, 2024, p.304).

Nesse espeque, embora se conceba mais flexibilidade na construção dos tipos disciplinares, igual sorte não se vislumbra àqueles de caráter expulsivo, haja vista a necessária previsão exaustiva dos ilícitos que desafiam sua incidência, como forma de proteção à arbitrariedade, influências, ingerência funcional e imposições ou predileções por posições políticas.

3.6. Dos ilícitos disciplinares

Como visto algures, as penalidades disciplinares cabíveis no âmbito da Administração Pública Federal estão previstas no artigo 127, da Lei nº 8.112/90, sendo elas:

Art. 127. São penalidades disciplinares:
I - advertência;
II - suspensão;
III - demissão;
IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
V - destituição de cargo em comissão;
VI - destituição de função comissionada (BRASIL, 1990).

Os ilícitos disciplinares estão diretamente relacionados às sanções. Isso ocorre não só em razão de o ilícito ser o pressuposto da sanção, mas também em razão da técnica legislativa empregada no âmbito dos estatutos funcionais, que relaciona em bloco as condutas apenadas com determinada espécie de sanção.

Diferente do Direito Penal, que estabelece um preceito primário (descrição da conduta proibida) e um preceito secundário (sanção) para a maioria de seus crimes, o Direito Administrativo Disciplinar elenca diversos comportamentos, obrigatórios ou proibidos, cuja inobservância será punida com umas das sanções estabelecidas. Assim, não é cada comportamento indesejado sancionado de forma peculiar, mas sim um conjunto de comportamentos que são igualmente sancionados pela norma disciplinar.

Assim, o descumprimento dos qualquer dos deveres listados no artigo 116, da Lei nº 8.112/92, é sancionado com a advertência, a não ser que o servidor seja reincidente, ocasião em que a penalidade cabível será a de suspensão. É exatamente como dispõe os artigos 129 e 130, do já mencionado Estatuto:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias (BRASIL, 1990).

Os deveres disciplinares são dispostos de forma arqueável na Lei nº 8.112/90, trazendo diversos conceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos que exigem do órgão de controle interno a interpretação e valoração da conduta do servidor para, assim, verificar de forma fundamentada se tal conduta corresponde ou não a ilícito disciplinar.

Assim, são deveres dos servidores o exercício com zelo e dedicação das atribuições de seu cargo, a lealdade as instituições, a obediência à ordem hierárquica, a observâncias às normas, o zelo pela economia e conservação do patrimônio público, entre os diversos outros insculpidos no artigo 116, da Lei nº 8.112.

Para José Armando da Costa, pela flexibilidade linguística em que os deveres dos servidores são elencados no Estatuto Funcional, a penalidade de advertência,

embora de inegável caráter repressivo, transluz com maior proeminência o efeito pedagógico da sanção disciplinar. Vejamos:

Tendo em conta os predominantes traços de vaguidade, indeterminação, imprecisão e subjetividade existentes de modo geral nos enunciados que plasam os deveres funcionais arrolados no art. 116 da Lei n. 8.113/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União), pode-se inferir que tal proclamação legal tem mais feito pedagógico do que punitivo, embora, povoando o coercitivo universo da tipologia disciplinar, se predestine, por meio de reprimendas, a promover a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público, contendo, por isso, estruturante função intimidativo-pedagógica (COSTA, 2009, p. 319).

Por sua vez, as proibições constantes no artigo 117, da Lei nº 8.112/90, desafiavam três sanções possíveis³⁷. As violações às proibições insertas nos incisos I a VIII, e XIX, implicam na aplicação da penalidade de advertência, como mencionado no já reproduzido artigo 129, do Estatuto Federal. No entanto, se a mácula for aos incisos XVII e XVIII, do mesmo artigo, caberá a penalidade de suspensão, e, ainda, se o ilícito corresponder à violação das proibições dos incisos IX a XVI, a sanção terá natureza expulsa.

³⁷ Art. 117. Ao servidor é proibido:

- I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;
- II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- III - recusar fé a documentos públicos;
- IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
- V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
- VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
- VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
- VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
- IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
- XV - proceder de forma desidiosa;
- XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;
- XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
- XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;
- XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Assim, se o servidor recusar fé a documento público (artigo 117, inciso III, da Lei nº 8.112/90), a ele poderá ser imposta a penalidade de advertência, enquanto se o descumprimento da proibição de não exercer atividade incompatível com o cargo (artigo 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112/90) será cabível a penalidade de suspensão. No entanto se a proibição violada consistir na prática de usura (artigo 117, inciso XIV, da Lei nº 8.112/90), a penalidade cabível é a de demissão, nos termos do artigo 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112/90³⁸.

Cabe consignar que a penalidade de advertência poderá ser exasperada em caso de recalcitrância do servidor em conformar sua conduta. Isso porque, nos termos do artigo 130, da Lei nº 8.112/90, a reincidência das faltas punidas com advertência será punida com suspensão, passando da reprimenda moral para aquela que ostenta impactos patrimoniais.

Os ilícitos punidos com a penalidade de repreensão são considerados leves, limitando-se à inserção da admoestação escrita em sua ficha funcional. Lado outro, quando desafiarem a penalidade de suspensão, serão considerados “transgressões disciplinares graves, que assim se definem por cominarem pena de suspensão que vai de 1 a 90 dias (COSTA, 209, p. 373)”, ainda que convertidas em multa.

No entanto, quando for cabível a penalidade de demissão, o ilícito disciplinar será considerado gravíssimo, importando a exclusão do servidor do quadro funcional da Administração Pública.

3.7. Dos ilícitos disciplinares gravíssimos e da análise emancipatória do ilícito disciplinar consistente na prática de crimes contra a Administração Pública

Como visto, os ilícitos disciplinares gravíssimos são aqueles aos quais recai a penalidade de demissão, estando eles previstos no artigo 132, da Lei nº 8.112/90.

Por aceção lógica, também são gravíssimos os ilícitos disciplinares passíveis da penalidade de cassação de aposentadoria, afinal esta só aplicável nos casos de cometimento de transgressão disciplinar punível com demissão, quando o servidor

³⁸ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

ainda estava em atividade³⁹. Igual entendimento se aplica à destituição de cargo em comissão⁴⁰.

Sandro Dezan leciona que são gravíssimos “os ilícitos disciplinares cuja sanção seja a demissão, de cassação da aposentadoria e de cassação da disponibilidade ou, ainda, as suas conversões em destituição do cargo em comissão (DEZAN, 2024, p. 381)”.

São, portanto, os ilícitos que maculam com maior pujança o âmbito de proteção da norma disciplinar, dotados de elevado grau de lesão e reprovabilidade, e que atingem de forma intolerável o adequado funcionamento da Administração Pública ou seu supedâneo fundamental, consistindo, não raro, em atos corruptivos ou que implicam em aplicação perdulária e desviante de recursos públicos, tão escassos e essenciais à realização do interesse coletivo.

Para melhor refletir o exposto, no ano de 2023 foram aplicadas 330 (trezentos e trinta) penalidades de demissão no âmbito federal⁴¹. A maior hipótese de fundamentação para tal penalidade cinge-se à prática de atos de corrupção, assim compreendidos, no âmbito da Lei nº 8.112/90, os ilícitos previstos no artigo 117, incisos IX, XII, XIII e XVI, e no artigo 132, incisos IV, X e XI⁴².

Com destaque, a principal fundamentação da penalidade expulsória por atos de corrupção foi a prática de valimento do cargo para lograr proveito pessoal (artigo 117, inciso IX), culminando na aplicação, por cento e trinta e três vezes, da penalidade de demissão, seguido da prática de atos de improbidade administrativa (artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90), que justificou por cento e seis vezes a expulsão de servidores.

A segunda maior causa de demissão no serviço público federal no ano de 2023 relaciona-se à prática dos ilícitos disciplinares de abandono de cargo, inassiduidade habitual e acúmulo ilícito de cargos, empregos e funções públicas, previstos respectivamente no artigo 132, incisos II, III e XII, da Lei nº 8.112/90.

³⁹ Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

⁴⁰ Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

⁴¹ <https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/corregedorias>. Consulta em 18 de julho de 2024.

⁴² A própria Controladoria Geral da União assim categorizou, categorizando em sua plataforma “Painel Correição em Dados”, os mencionados ilícitos disciplinares como atos de corrupção. Além disso, também inserem nessa categoria as transgressões previstas no artigo 43, incisos IX e LXI, da Lei nº 4878/65.

Embora diversos atos que se inserem no conceito de corrupção também sejam considerados crime contra a Administração Pública, cabe salientar que de acordo com o Manual de Processo Administrativo Disciplinar, elaborado pela Controladoria-Geral da União, a fundamentação da penalidade de demissão com base no artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90 (prática de crime contra a administração pública) deve ser evitada, haja vista, na dicção do manual, a necessidade de trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Vejamos:

Tal inciso possui aplicação bastante restrita, uma vez que exige condenação criminal transitada em julgado para sua caracterização. Dessa forma, somente após o trânsito em julgado da sentença penal, em face do cometimento de crime contra a Administração Pública, é que será possível aplicar penalidade disciplinar ao servidor com base no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90. Nesse sentido posicionou-se a AGU, em parecer vinculante:

Parecer AGU GQ-124, vinculante 18 (...) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado.

Dessa forma, a comissão deve evitar o enquadramento da conduta ilícita neste dispositivo, porquanto, caso haja processo criminal em andamento, os trabalhos apuratórios ficarão sobrestados até o proferimento de sentença definitiva pelo juízo competente. Nessa situação, a comissão deve, prioritariamente, verificar se a conduta do servidor caracteriza outra infração disciplinar (valimento do cargo, por exemplo), deixando de caracterizá-la como crime contra a Administração Pública no indiciamento e no Relatório Final. Caso não seja possível tal enquadramento, a comissão deverá sobrestar o processo, a fim de aguardar pela decisão judicial (BRASIL, 2022, p. 223/224).

Diferente é o que ocorre no serviço público de Minas Gerais, cujo Estatuto, consideravelmente mais vetusto do que aquele de âmbito federal, não apresenta de forma satisfatória outros fundamentos para sancionar transgressões disciplinares que, de tão graves, também são consideradas criminosas. Isso porque, conforme previsto nos artigos 249 e 250, da Lei nº 869, de 1952, são hipóteses de demissão e demissão a bem do serviço público:

Art. 249 – A pena de demissão será aplicada ao servidor que:

- I – acumular, ilegalmente, cargos, funções ou cargos com funções;
- II – incorrer em abandono de cargo ou função pública pelo não comparecimento ao serviço sem causa justificada por mais de trinta dias consecutivos ou mais de noventa dias não consecutivos em um ano;
- III – aplicar indevidamente dinheiros públicos;
- IV – exercer a advocacia administrativa;
- V – receber em avaliação periódica de desempenho:
 - a) dois conceitos sucessivos de desempenho insatisfatório;
 - b) três conceitos interpolados de desempenho insatisfatório em cinco avaliações consecutivas; ou
 - c) quatro conceitos interpolados de desempenho insatisfatório em dez avaliações consecutivas.

Parágrafo único. Receberá conceito de desempenho insatisfatório o servidor cuja avaliação total, considerados todos os critérios de julgamento aplicáveis em cada caso, seja inferior a 50% (cinquenta por cento) da pontuação máxima admitida.

Art. 250 – Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço ao funcionário que:

I – for convencido de incontinência pública e escandalosa, de vício de jogos proibidos e de embriaguez habitual;

II – praticar crime contra a boa ordem e administração pública e a Fazenda Estadual;

III – revelar segredos de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função, desde que o faça dolosamente e com prejuízo para o Estado ou particulares;

IV – praticar, em serviço, ofensas físicas contra funcionários ou particulares, salvo se em legítima defesa;

V – lesar os cofres públicos ou delapidar o patrimônio do Estado;

VI – receber ou solicitar propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie (MINAS GERAIS, 1952).

É possível perceber que as duas maiores causas de aplicação de penalidade expulsiva no âmbito do funcionalismo público federal não estão previstas nos dispositivos mencionados do Estatuto Mineiro. O valimento de cargo para lograr proveito pessoal, punível com demissão no âmbito federal, é sancionado com a penalidade de suspensão no âmbito de Minas Gerais⁴³. Já a prática de improbidade administrativa sequer possui previsão como ilícito no âmbito disciplinar mineiro.

Assim, a prática de crime contra a Administração Pública fundamenta diversos atos expulsórios no Estado de Minas Gerais, sendo que apenas no ano de 2023, 39 (trinta e nove) das 236 (duzentos e trinta e seis) penalidades expulsivas que foram aplicadas, o tiveram como supedâneo.

Como exposto anteriormente, a Controladoria-Geral da União sanciona com base na prática de crimes contra a administração pública apenas de maneira residual, notadamente quando o fato não for abrangido por outra transgressão disciplinar. Referido órgão de controle interno assim o faz por receio de punir fato aparentemente reservado ao Poder Judiciário antes mesmo deste, haja vista a inexistência de alicerce teórico que justifique tal atuação.

⁴³ Lei Estadual nº 869/52:

Art. 217 – Ao funcionário é proibido:

IV – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função;

Art. 246 – A pena de suspensão será aplicada em casos de:

I – Falta grave;

III – Desrespeito às proibições consignadas neste Estatuto;

De acordo com Sandro Dezan, a prática de crime contra a Administração Pública é classificada como “ilícito disciplinar impróprio conflitante”, haja vista a plena convergência dos fatos tratados na instância penal e disciplinar. Explica o autor:

Os ilícitos impróprios conflitantes são os que se submetem totalmente à supremacia da instância penal, ao passo que ficam adstritos à sentença que negue a existência do fato ou negue a autoria desse fato, consoante esta decisão exarar efeitos extramuros para fazer coisa julgada também no regime administrativo e, por se tratar de fato idêntico ao repercutido na administração, impedir a autoridade administrativa competente de decidir de forma distinta à decidida em sede judicial. (...) Como exemplo de ilícito disciplinar impróprio conflitante, considere-se o tipo descrito no a.o 132, I, da Lei 8.112/1990, que prescreve ser punido com demissão o servidor que “*praticar crime contra a Administração Pública*” (DEZAN, 2024, p. 359).

Com a devida vênia ao autor, a transcendência da decisão penal que reconhecer que o fato não ocorreu, ou que o imputado não foi o seu autor, não se restringe à novel categoria de ilícito pretendida, mas sim a todos os ilícitos disciplinares que tratem do mesmo fato. É dizer que o fundamento para tal categorização se revela tíbio, uma vez que desnudado da especificidade que justificaria sua criação.

Ademais, com vistas à maior emancipação do direito administrativo disciplinar, é cabível e necessária a concepção de fundamento eminentemente administrativo para o mencionado ilícito, compatibilizando-o com a Constituição e com a ordem jurídica vigente, afinal as condutas que configuram crime contra a Administração Pública afetam, sobretudo, o Poder Executivo, que é legitimado e interessado na apuração e sanção da falta perpetrada por seu corpo funcional, o fazendo de forma autônoma e desprendida de outro poder ou ramo jurídico.

Além disso, em sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, antes de determinada conduta consistir-se em crime contra a Administração Pública, será um ilícito disciplinar, desde que praticado, é claro, por servidor público.

A idealização de um fundamento administrativo para o ilícito relacionado à prática de crime contra a Administração Pública não tem pretensões meramente teóricas, mas sim de minimizar eventuais riscos de nulidade, discussões ou injustiças em sanções disciplinares já aplicadas, mas vergastadas pela alteração de entendimento jurisprudencial que deslegitime a manifestação do Poder Executivo em fatos coligados aos crimes contra a Administração Pública.

É dizer que aparentemente o Poder Judiciário não possui entendimento impassível sobre o tema, já tendo decidido pela necessidade do desfecho da ação

penal que versa sobre a prática de crime contra a Administração Pública para punir, com tal fundamento, na instância disciplinar, e também decidido de forma diametralmente oposta, entendendo pela desnecessidade de prévia manifestação judicial para processar e punir a prática dos crimes já mencionados pelos órgãos de controle interno⁴⁴.

José Armando da Costa, quando escreveu a segunda edição de sua obra “Direito Administrativo Disciplinar” em 2009, criticava as nascentes posições liberatórias do conceito do ilícito disciplinar da prática de “crimes contra a Administração” com o Direito Penal, entendendo ser imprescindível a decisão condenatória criminal, para a incidência da sanção disciplinar respectiva. Como mencionado pelo autor:

“Fazendo ouvido de mercador às peculiaridades acarretáveis pela tomada de empréstimo de conceitos institucionais de outras áreas do direito, e levando a noção de independência das instâncias às suas últimas consequências, chegam alguns juristas e estudiosos da matéria a se enfileirar dentre aqueles que entendem que a demissão do servidor público, nos termos do inciso I do artigo 132 da Lei n. 8.112/90, não deva ficar na dependência da sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Nesse tocante, vale salientar que os conceitos, categorias ou institutos jurídicos tomados por empréstimos de outros segmentos do direito – quando não ajustados, por lei, às acepções próprias que lhe queira imprimir o ramo receptor – devem ser interpretados no seu originário sentido e alcance, a não ser que se pretenda transformar nosso *jus positum* numa caixinha de surpresa, em que o seu entendimento ou alcance fique ao sabor do arbítrio do interprete aplicador da norma (Administração ou Judiciário) (COSTA, 2009, p.181)”.

Hodiernamente, de acordo com a jurisprudência mais moderna dos Tribunais Superiores, não se faz necessário o aguarde da condenação criminal para a aplicação da sanção disciplinar cabível aos ilícitos administrativos que também constituem ilícitos penais, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a guisa de exemplo, no Mandado de Segurança 25.998/DF. Além disso, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no tema 565, com repercussão geral, no sentido de que “é possível a exclusão, em processo administrativo, de policial militar que comete faltas disciplinares, independentemente do curso de ação penal instaurada em razão da mesma conduta”.

Sintetizando a posição atual dos Tribunais Superiores, dispõe Antônio Carlos Alencar Carvalho:

⁴⁴ Conforme apontado por José Armando da Costa, a posição sobre o tema é pendular, “não estando suficientemente pacificada em nossos tribunais (COSTA, 2009, p. 495),”.

Não. A Administração Pública não está obrigada a aguardar o desfecho do Processo Criminal para aplicar penalidade, inclusive demissão, ao servidor públicos por fatos que constituam crimes, prevalecendo a decisão apenadora administrativa mesmo no caso de o servidor vir a ser absolvido nos autos do feito criminal por insuficiência de provas, só repercutindo a sentença penal absolutória na instância administrativa se for declarada a negativa de autoria ou a inexistência do fato, ainda assim se não houver falta residual que, de per si, justifique a manutenção do ato demissório (CARVALHO, 2024, p.1876).

Embora haja no presente momento um estado de aparente normalidade e aceitação quanto ao mencionado ilícito, estando seu fundamento associado estritamente ao Direito Penal, a apuração e repressão pelo Poder Executivo sempre sofrerá o risco de ser questionado, razão pela qual se torna imprescindível um fundamento próprio e juridicamente compatível para o seu adequado e legítimo tratamento na seara administrativa de forma autônoma.

É certo que caso fosse necessário aguardar o trânsito em julgado da condenação criminal para a aplicação da sanção administrativa ao servidor público transgressor, concluir-se-ia que o Processo Administrativo Disciplinar, nesses casos, seria mero instrumento legitimador da sanção a ser imposta pelo Poder Executivo, cuja conclusão já foi previamente definida por outra função – Judiciário – o que é bastante a macular, de plano, não só a independência das instâncias, mas também dos poderes. Além disso, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição conduz ao entendimento da apuração e punição autônoma da Administração Pública aos ilícitos que também figuram como crime, sendo que, em caso de excesso ou ilegalidade, caberia ao Poder Judiciário a apreciação *a posteriori*. Aliás, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o tema no que tange ao ilícito disciplinar consistente na prática de “ato de improbidade administrativa”, entendendo ser desnecessário aguardar o desfecho da decisão judicial referente ao mesmo fato. Vejamos:

SÚMULA N. 651 Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública (BRASIL, 2021).

Essa histórica problemática é fruto da ausência de uma teoria administrativista para o tema, afinal, a utilização do fundamento penal para o ilícito disciplinar faz com que seu julgamento administrativo seja passível de

questionamento e, ainda, que se vincula ao entendimento dado ao mesmo fato por outro poder (judiciário), o que de certo modo mitiga o exercício do poder disciplinar atribuído à Administração Pública. Por isso a importância de se conferir um fundamento administrativo para o ilícito administrativo a ser julgado pelo executivo, garantindo-lhe autonomia, identidade e, sobretudo, teorização própria, afinal, é inegável que sua ausência faz com que haja um levante intervencionista constante do Direito Penal no Direito Administrativo Disciplinar.

Para tanto, é imperiosa a aceitação de que os crimes contra a Administração Pública afetam sobremaneira a regularidade do serviço público e a relação de confiança avençada entre Estado e servidor, maculando de forma relevante e intolerável a expectativa conferida pelo Estado ao bom desempenho, à probidade, lealdade e lisura do servidor que ingressa em seus quadros funcionais. Explica José Armando da Costa:

Vislumbra-se, em todas as hipóteses arroladas acima, a presença inconfundível de uma certa margem de gravidade, prejuízo ao serviço público e desonestidade, elementos estes que, mesmo ocorrendo de modo isolado, e não de forma total, comprometem profundamente a base fiduciária que deve sempre existir entre a administração e o servidor. Tal quebra de confiança desaconselha que o funcionário faltoso prossiga servidor à repartição prejudicada, sem afetar a regularidade e a credibilidade do serviço por ela prestado à coletividade. Justificando-se, então, a sua expulsão dos quadros funcionais (COSTA, 2009, p. 503).

Em outro dizer o âmbito disciplinar, ao punir com a expulsão a prática dos crimes contra a Administração Pública, pretende proteger o bom funcionamento de suas atividades, o interesse do Estado no plano interno, a boa gestão e os bons resultados, além de sua credibilidade, tal qual desejado por qualquer empregador em relação aos seus funcionários. Ou seja, exclui-se de seu quadro funcional aquele que atua de modo contraproducente àquilo que é valorado pelo Estado-empregador (âmbito interno), impactando de forma inaceitável seus valores, princípios, objetivos e metas.

Lado outro, o Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos, assim compreendidos como “todo bem, situação ou relação desejado e protegido pelo direito (BRANDÃO, 2010 p. 14)”. Nesse prisma, cabe reconhecer que o Direito Penal não se limita a proteger a Administração Pública em seu campo interno, mas visa, sobretudo, à proteção da sociedade através do combate e prevenção de condutas que geram impactos perniciosos a toda coletividade, malferindo a boa presta-

ção de serviços públicos e a boa destinação dos recursos que são construídos pelo esforço comum do corpo social.

Necessário, portanto, reconhecer mais uma vez a existência de diferentes graus de proteção conferidos pelas normas jurídicas de diferentes ramos jurídicos, como reforça Sandro Dezan:

À vista do exposto, pode-se perceber que a objetividade jurídica em sede de direito administrativo disciplinar é específica e peculiar à tutela dos interesses da Administração Pública e, mesmo quando se trate de condutas que apresentam conotação tanto no direito administrativo, quanto no direito penal ou civil, os objetos tutelados pela norma são distintos. Para cada espécie de ilícito, declinado a noção de relativa independência das instâncias epistemológicas (DEZAN, 2024, p. 353).

Assim, o servidor público que se apropria de dinheiro público cuja posse se justifica em razão do cargo, comete o crime de peculato, previsto no artigo 312, do Código Penal, afinal violou o bem jurídico por ele protegido. No entanto, esse mesmo servidor também pratica o ilícito funcional previsto no artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, haja vista a mácula à eficiência, credibilidade, probidade e relação de fidúcia existente entre Estado e servidor, necessários ao bom funcionamento da Administração Pública e, por isso, protegidos pelas normas que disciplinam seu âmbito interno.

É exatamente essa distinção de grau e finalidade que permite a emancipação do ilícito do artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, possibilitando sua existência relativamente autonômica em relação ao Direito Penal.

Inicialmente, cabe-nos reconhecer que também é interesse da Administração Pública apurar e eventualmente punir as condutas tipificadas como crime contra a Administração Pública. Nesse sentido, a apropriação de bens públicos (peculato), a inserção de dados falsos em sistema informatizado do Estado (peculato eletrônico), a solicitação ou exigência de vantagem indevida em razão do cargo (corrupção passiva e concussão) são apenas alguns exemplos que evidenciam ataques à Administração Pública em seu âmbito interno. Explica Alencar Carvalho:

Edmir Netto de Araújo explica que certas condutas dos que servem à Administração Pública são de tal modo repugnantes que, além de classificadas como infrações disciplinares graves na esfera administrativa, são tipificadas como crimes pela lei penal, porque afetam não apenas o serviço público, mas a sociedade como um todo (CARVALHO, 2024, p. 1625).

É certo que independente do Direito Penal, é interesse do Direito Administrativo Disciplinar investigar, e se for o caso punir tais atos, uma vez que fere de maneira intolerável seu objeto de proteção. Ou seja, o Direito Administrativo Disciplinar não visa punir a prática de crime contra a Administração Pública, mas sim a conduta que constitui o crime, que por seu impacto e repercussão é considerada crime e também ilícito funcional.

Nota-se, portanto, a necessidade de reduzir o alcance o tipo disciplinar e compatibilizá-lo com a Constituição e legislação vigentes, de modo a garantir-lhe a relativa autonomia e a permissibilidade racional de sua apuração no âmbito disciplinar, independentemente do início ou conclusão do processo criminal. Um dos instrumentos juridicamente reconhecido para assim agir é a técnica da interpretação restritiva, em que se reconhece que a estrutura sintática do tipo legal transcendeu a real finalidade e capacidade da norma.

Sandro Dezan afirma que a interpretação restritiva é uma das formas de a Administração Pública alcançar resultados justos, diminuindo o seu alcance para adequar a norma ao que preceitua o Estado Constitucional de Direito. Sobre a interpretação restritiva, explica o autor:

Restritiva, quando se conclui que o texto da norma interpretada diz além do que realmente queria dizer a *mens legis*, restringindo, destarte, o alcance do preceito normativo. Deste modo, conscientiza-se de que os termos legais vão além de sua real aplicabilidade, restringindo o seu campo de incidência (DEZAN, 2024, p.159).

Nessa toada, mostra-se mais coerente que o tipo disciplinar em estudo seja lido não como praticar “crime contra a Administração Pública”, mas sim como “praticar fato que seja definido como crime contra a Administração Pública”.

Embora pareça singela a diferenciação, é possível notar que ela se dissocia da conclusão da prática de crime, cuja decisão compete exclusivamente ao Poder Judiciário, passando-se para a análise de fato que seja assim definido pela lei penal, e apreensível no mundo dos fatos.

É dizer que não se pune no âmbito disciplinar a prática do crime de peculato, previsto no artigo 312, do Código Penal, mas sim o fato de o servidor público ter se apropriado de bens ou valores a que tem a posse em razão do cargo.

Assim, o artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, se aproximaria daquilo que no direito penal é chamado de “norma em branco”, que são os tipos penais que não

dispõem com suficiência a conduta proibida, necessitando de complemento oriundo de outro diploma normativo. Explica Cláudio Brandão:

Chama-se norma penal em branco a lei penal que, para ter a individualização da conduta proibida, precisa ser completada por outra norma. Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica (BRANDÃO, 2010, p.82).

Nesse sentido, conforme aqui proposto, o título XI, do Código Penal, que elenca os crimes contra a Administração Pública, funcionaria como complemento do artigo 132, inciso I, que elenca, por remissão, os comportamentos – e não os crimes - que também são proibidos e punidos pelo Direito Disciplinar.

A leitura do artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, valendo-se do complemento da norma penal e da análise sistemática do ordenamento jurídico, revelar-se-ia mais adequada pelo modelo doravante proposto, em que se prevê a sanção disciplinar de expulsão e apresenta a remissão cognitiva dos fatos estabelecidos pelo Direito Penal. Vejamos:

Tabela 1: Proposta de interpretação do ilícito consistente na prática de crimes contra a Administração Pública.

Atualmente:	Proposta
Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública;	Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I – àquele que: - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. (...) - inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar

	ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. (...) - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. (...) - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. (...)
--	--

Nota-se, aliás, que igual técnica já é empregada no Estatuto Funcional, visto que ao descrever a mesma conduta que também é tipificada como crime, realiza sua apuração e punição de maneira autônoma, não dependente do processo criminal.

Como exemplo, a inassiduidade e o abandono de cargo são capazes de se subsumirem ao crime contra a Administração Pública rubricado como “abandono de função”. Referido crime pune com detenção de quinze dias a um mês, ou multa, aquele que abandonar cargo público fora dos casos em que a lei permite⁴⁵.

⁴⁵ Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta prejuízo público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 2º - Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Embora guarde especificidades, na hipótese de ocorrência de referido crime também terá ocorrido a prática do ilícito disciplinar de inassiduidade (art. 117, inciso I, da Lei nº 8.112/90) ou abandono de cargo (art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112/90). Ocorre que diferentemente do que acontece em relação ao ilícito nominado como “prática de crime contra a Administração Pública”, a apuração e punição autônoma da inassiduidade ou abandono de cargo não são alvos de questionamentos, sendo a atividade disciplinar exercida com naturalidade e independência em relação a tais ilícitos.

Isso porque, tal qual se propõe, o ilícito disciplinar não se configura pela prática do crime de abandono de função, mas sim pela prática do fato que também é contido naquele tipo penal.

Assim, o ilícito disciplinar não deve corresponder à prática de crime contra a Administração Pública, mas sim à prática de fato que também é assim definido, afastando-se a absoluta relação com o direito penal pela redução do alcance semântico do tipo disciplinar.

Com isso, tem-se a leitura constitucionalizada do ilícito disciplinar relacionado à prática de fatos que também são considerados crime contra a Administração Pública. Há também o respeito à função do poder executivo, interessado e legitimado à apurar e punir, como decorrência de seus poderes hierárquico e disciplinar, ilícitos praticados por seus servidores, e também o respeito à função do Poder Judiciário, a quem incumbe com exclusividade e definitividade, decidir sobre crimes praticados.

Nota-se, portanto, que tal interpretação prestigia a separação, os limites e capacidade institucional dos poderes executivo e judiciário, adequando o artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, à Constituição, preservando-o no ordenamento jurídico com aplicabilidade autônoma (ao menos relativamente, afinal, o complemento do Direito Penal como visto, é necessário).

Sobre a interpretação conforme a Constituição, explica Paulo Bonavides:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição” será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição (BONAVIDES, 2004, p. 518).

Adequando-se o tipo disciplinar em crivo à Constituição e ao ordenamento jurídico sistematicamente considerado, não há que se evitar a utilização do tipo disciplinar do artigo 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, sendo seu núcleo normativo plenamente alcançado de forma autônoma pelo poder correccional exercido pelo Estado.

4. APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo, com os rituais que lhe são próprios, garante a legitimidade da atuação administrativa, cujo ato que dele decorre obedece ao trajeto construtivo previamente definido em lei. Assim, o processo é a vereda legitimadora do agir administrativo, reunindo as peças, documentos, razões e fundamentos da decisão da autoridade julgadora.

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes assim apresentam o processo administrativo:

Assim entendido, o processo viria a ser o caminho, o *iter* juridicamente regulado *a priori*, pelo qual uma manifestação jurídica de um plano superior (geralmente uma norma) produz uma manifestação jurídica em um plano inferior (uma norma de categoria subalterna ou um ato singular não normativo). O processo, em geral, se singularizaria, portanto, no mundo do Direito Administrativo como o modo de produção dos atos administrativos (ENTERRÍA e FERNANDES, 2014, p. 454).

O processo administrativo não deve ser visto como mero instrumento que permite a defesa formal do administrado sobre eventual ato que a ele eventualmente recairá, mas sim como verdadeiro meio dialógico de construção de decisões mais justas e acertadas, formada pela manifestação plural dos agentes do processo. Nesse sentido complementam os supracitados autores:

Há, enfim, um derradeiro aspecto no instituto do processo administrativo que, embora não seja novo, adquiriu nos últimos tempos perfis muito acentuados e uma importante projeção de futuro, que demandam uma atenção muito especial. O próprio Merkl já tinha percebido que a mais eficaz das garantias é realizada pela colaboração no processo administrativo daquelas pessoas cujos direitos e obrigações serão afetadas por ele, de forma que a regulação dessa colaboração viria a ser o instituto fundamental do Direito do processo. Esta precoce advertência passou a ocupar hoje um indubitável primeiro plano, no marco do Estado Social e democrático de direito que a Norma Fundamental constitui, Estado ao qual é de sua essência a Idea de participação dos cidadãos nos assuntos públicos, o que invariavelmente projeta sua influência sobre o processo, por meio do qual deverão ser adotadas as decisões nos quais é plasmada a gestão de tais assuntos (ENTERRÍA e FERNANDES, 2014, p. 457).

Para Odete Medauar, a visão moderna do processo administrativo induz ao prévio conhecimento e participação dos indivíduos que experimentarão os efeitos do ato que dele será gerado. Ou seja, permite a participação do administrado em momento anterior à formação do ato, podendo contribuir com o caminho e conhecimentos necessários à sua formação. Explica a autora:

Na concepção atual, o processo administrativo configura não apenas meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo; além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Em contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu “formar-se” e nos seus vínculos instrumentais. Nesse entendimento, o ato administrativo se torna produto do exercício da função, deixando-se de considerá-lo como expressão pré-constituída de uma autoridade privilegiada. O caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se, desse modo, a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii*, dominante na época do poder absoluto, lembrada por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder (MEDAUAR, 2017, p. 289).

Para distinguir as expressões “processo” e “procedimento”, utilizaremos o critério substancial adotado por Odete Medauar. Assim, por procedimento administrativo entenderemos como a sequência concatenada de atos dirigida a determinada finalidade, enquanto o processo administrativo também buscaria dada finalidade através de sequência de atos, mas tais atos seriam realizados de forma contraditória⁴⁶.

Assim, como espécie de processo administrativo, o processo administrativo disciplinar é constituído pela sequência de atos realizados em contraditório e com respeito à ampla defesa, com vistas a apurar transgressões disciplinares e, se for o caso, aplicar a sanção correspondente, reprimendo e evitando a prática de ilícitos e, também, reeducando o servidor faltoso.

É o processo administrativo disciplinar, portanto, o mecanismo viabilizador do exercício do poder punitivo estatal em relação a membros de seu corpo funcional

⁴⁶ Explica a autora: o aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório. Assim, o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração (MEDAUAR, 2017, 160).

que pratique alguma transgressão disciplinar que nele restou demonstrada. Nesse sentido é a explicação estratificada do conceito de processo administrativo disciplinar promovido por Marcello Caetano:

Sendo processo, há de consistir numa sucessão ordenada de formalidades pré-estabelecidas. Por ser administrativo, o seu objecto será reger a actuação de um órgão da Administração. O carácter sancionador vem-lhe de eventualmente originar a aplicação de uma pena disciplinar ao agente considerado em falta, o que implica a confrontação de dois interesses – o de repressão, a cargo da Administração, e o da defesa do agente -, donde resulta a sua finalidade mista: o processo regula a actuação do órgão da Administração para que realize o interesse público, mas acautelando os legítimos interesses do agente responsável, de modo a conseguirem-se soluções justas (CAETANO, 2008, p. 833).

Para Sandro Dezan, o processo administrativo disciplinar é espécie de processo administrativo, em que a Administração Pública, através de atos administrativos sequenciados, tem como objetivo a apuração de ilícitos disciplinares praticados por servidores públicos, e a aplicação de sanção não penal correspondente ao ilícito (DEZAN, 2024, p. 411).

Como já visto, os servidores públicos possuem relação especial de colaboração e sujeição com o ente a que se vincula, subordinando-se assim às suas regras internas, como o Estatuto Funcional, que expõe regras básicas de conduta, como deveres, proibições e demais mandamentos que instruem e determinam a conduta do servidor.

Neste diapasão, uma vez subordinado à disciplina interna da Administração Pública, vindo o servidor a descumprir ou violar a norma estatutária, surge para o Estado, desejoso pelo reestabelecimento da normalidade das atividades e do interesse público, o poder-dever de apurar a irregularidade perpetrada e, se for o caso, punir o servidor com a sanção correspondente ao ilícito praticado.

Tal apuração se dá através, dentre outros, do Processo Administrativo Disciplinar, que buscará precisar a autoria e materialidade fática de forma dialética, com ampla participação do processado que, valendo-se do devido processo legal e em exercício pleno de defesa, auxilia na formação e na própria mobilidade da apuração, além de informar a convicção do julgador, que decidirá com base nas provas produzidas nos autos. Em lição, Antônio Carlos Alencar Carvalho explica:

Num Estado democrático de Direito, todavia, não é admitida a sumária punição disciplinar dos servidores públicos, haja vista que é fundamental que se confira ao acusado de praticar a conduta punível o amplo direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), num modelo procedimental participado e dialógico, com a oportunidade de oferecer suas justificativas e sua versão sobre os fatos imputados, além de se lhe franquear a chance de propor provas, de participar da produção dos meios probatórios de iniciativa da Administração, observando-se formalidades e prazos mínimos de antecedência nas intimações (por exemplo, 3 dias úteis prévios, no caso do Processo Administrativo da União, nos termos do art. 26, §2º, Lei Federal 9.784/1999), tudo em um feito previamente regrado em lei (devido processo legal) (CARVALHO, 2024, p.161).

É exatamente esse atendimento às garantias essenciais do processado que legitimará eventual reprimenda disciplinar aplicada, consectário de uma apuração coerente, democrática e participativa, que possui como desiderato a proteção do servidor contra possíveis arbitrariedades do julgador em conjunto com a defesa do interesse público lesado por sua conduta. Tanto o é que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 41, §1º, inciso II, que o servidor público estável só perderá o cargo, dentre outros, “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa”.

Por essa faceta democrática do processo, que determina plena observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição), não há mais que se falar na superada verdade sabida, em que se permitia que o superior punisse sumariamente o subordinado quando o vise praticando, em estado de flagrância, determinado ilícito administrativo⁴⁷.

Diante dos pontos tratados, pode-se sugerir conceituar o Processo Administrativo Disciplinar como o instrumento motivadamente instaurado em face de servidores públicos, comissionados ou efetivos, estáveis ou em estágio probatório⁴⁸, que visa apurar transgressões disciplinares de forma dialógica e sob o crivo do devido processo legal para, em se confirmando os indícios de autoria e materialidade fática,

⁴⁷ Conforme explica Antônio Carlos Alencar Carvalho, “não se admite mais, na ordem constitucional vigente, a figura da verdade sabida, por meio da qual a autoridade administrativa que tomava conhecimento direto e pessoal de irregularidades, podia punir subordinado sumariamente, sem prévia instauração de processo administrativo e da concessão das franquias constitucionais consequentes (CARVALHO, 2024, p. 470)”.

⁴⁸ O servidor em estágio probatório, por óbvio, também se vincula ao regime disciplinar da Administração, podendo ser sujeito passivo de Processo Administrativo Disciplinar. Contudo, em razão da falta da estabilidade se incluiu a duas situações distintas: 1- a inaptidão para o cargo, apurada por intermédio de avaliação especial de desempenho do artigo (artigo 41, §4º da Constituição Federal), o que pode resultar em sua exoneração, mediante prévio processo administrativo simples e; 2- Por cometimento de transgressão funcional, apurada mediante processo administrativo disciplinar, que poderá desembocar em umas das penalidades previstas.

aplicar a sanção disciplinar cabível, reestabelecendo a normalidade das atividades e o interesse público prejudicado.

Cabe salientar que o Processo Administrativo Disciplinar não é o único instrumento voltado à apuração de ilícitos disciplinares, sendo que a Lei nº 8.112/90 também prevê a possibilidade da utilização de sindicâncias de caráter investigativo ou punitivo.

A Sindicância Investigativa é cabível quando imprecisos os indícios de autoria e materialidade de determinado ilícito disciplinar, tendo ela o exato móvel de identificá-los. Explica Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Sindicância quer dizer investigação, procedimento para esclarecer fatos, para coleta de elementos de informação, a fim de elucidar questões não suficientemente claras para a adoção de providências imediatas do ponto de vista disciplinar (CARVALHO, 2024, p. 735).

Nota-se que a conclusão da Sindicância Investigatória, enquanto procedimento que é, não deságua em aplicação de sanção ao servidor, mas sim em subsídios a instruir eventual Processo Administrativo Disciplinar, afinal seu objetivo consiste na investigação, a qual poderá redundar na instauração (ou conversão) do processo principal, seja a sindicância punitiva ou processo administrativo disciplinar.

A Sindicância Punitiva, por sua vez, produz cariz sancionador, sendo o instrumento cabível à apuração de ilícitos disciplinares que sejam apenados com advertência e suspensão de até trinta dias, conforme previsto no artigo 145, inciso II, da Lei nº 8.112/90⁴⁹.

Pelo caráter sancionador da sindicância punitiva, deve ser observado a dialética e os direitos do servidor imputado, sendo aplicado o mesmo rito do processo administrativo disciplinar, como explica Antônio Carlos:

A sindicância punitiva, no silêncio da Lei Federal nº 8.112/90, deve seguir o rito do processo administrativo disciplinar, assegurando ampla defesa e contraditório, por incidência da analogia em matéria de norma processual, do que segue a obrigatoriedade de citação do acusado, coleta de provas em

⁴⁹ Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

regime contraditorial, formalização de um despacho de indicição e respectiva citação do sindicado para oferecer defesa escrita, lavra de um relatório final, culminando no julgamento pela autoridade administrativa. Sedimentou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: “quando a sindicância tem finalidade punitiva, o rito adequado é o do processo administrativo disciplinar” (CARVALHO, 2024, P. 787).

Portanto, não existe distinção ontológica entre a sindicância punitiva e o processo administrativo, sendo sua diferença meramente quantitativa, atrelada à natureza da pena (advertência e suspensão) e sua quantificação (suspensão de até trinta dias). Conclui-se, portanto, que a Sindicância punitiva ostenta natureza jurídica processual.

Em se tratando de penalidade expulsiva, é indispensável que o fato seja apurado mediante processo administrativo disciplinar, haja vista o teor do artigo 146, da Lei nº 8.112/90, que determina sua incidência quando o ilícito disciplinar desafiar “a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão”.

Considerando o enfoque deste trabalho, serão exploradas brevemente as fases do processo administrativo disciplinar, doutrinariamente divididas em três, notadamente a instauração, o inquérito ou instrução, e o julgamento, cabendo manifestar, ainda, sobre os recursos cabíveis.

4.1. Fases do processo administrativo disciplinar

Assim como o processo judicial, o Processo Administrativo Disciplinar segue um rito previamente definido, de modo a garantir a adequada apuração dos fatos e o amplo direito de defesa ao acusado. Para tanto, o Processo Administrativo Disciplinar se divide, conforme artigo 151 da Lei 8.112/1990⁵⁰, basicamente em três fases: a instauração, o inquérito e o julgamento.

4.1.1. Instauração

⁵⁰ Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III - julgamento.

Inicialmente, importante mencionar que a atividade correcional é dever do Estado, que deve zelar pelas boas práticas administrativas, a economia e adequada destinação dos recursos públicos, a boa prestação de serviços e a realização do interesse coletivo. Assim, é dever da Administração Pública reprimir as condutas contraproducentes ao Estado, de modo a se fazer imperar o interesse público e restabelecer a regularidade administrativa.

Por isso, o artigo 143, da Lei nº 8.112/90, torna translúcido tal dever ao expor que a “autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

José Armando da Costa nos ensina que a responsabilização disciplinar emana de um poder-dever, sendo o principal objetivo do Direito Disciplinar a manutenção da normalidade do serviço público.

Em suas palavras, “a promoção da responsabilidade daqueles que cometeram transgressões disciplinares não é apenas um atributo dos detentores do poder administrativo, mas também um dever inarredável (COSTA, 2009, p. 178)”.

Assim, o dever da Administração Pública perquirir o transgressor e a infração por ele supostamente cometida resulta do próprio fundamento da responsabilidade disciplinar, isto é, da relação hierarquizada que a Administração Pública guarda com seus servidores. Leciona Antonio Carlos Alencar Carvalho:

A estrutura hierarquizada da Administração Pública constitui e tem por fundamento o poder dos órgãos e agentes situados em posição hierárquica superior não somente de ordenar, coordenar e rever atos praticados pelos inferiores, como ainda de aplicar a estes as punições necessárias, em caso de cometimento de irregularidades. Daí que se assevera que é do poder hierárquico que decorre o correspondente poder do hierarca superior de punir os subordinados (CARVALHO, 2024, p. 111)

Além disso, tal dever é reforçado pela relevância das atividades exercidas pelo Estado, que atua como paráclito de interesses coletivos e do próprio desenvolvimento de atividades essenciais à sociedade.

No entanto, antes mesmo da instauração do processo disciplinar, torna-se necessária a verificação de elementos que justifiquem seu início. Trata-se da análise da materialidade fática, assim entendida como a existência de um ilícito disciplinar, e dos indícios de seu cometimento por determinado servidor. Nesse sentido, José Armando da Costa:

Sem a existência pré-processual dos indícios denunciadores da prática do fato anômalo e de quem seja o seu autor, carece a administração Pública de legítimo interesse para inaugurar o processo disciplinar. Qualquer que seja o procedimento: sindicância, processo sumário ou processo ordinário. Se o processo – tanto na instância penal quanto na instância disciplinar – se inicia necessariamente por uma acusação, como, então, instaurar um processo sem esses conectivos pré-processuais? Como imputar a alguém a prática de um fato sem esses elementos de plausibilidade? Dessome-se, assim, que o processo disciplinar sem a existência desses indícios do cometimento da falta e de sua autoria carece de legitimidade por faltar-lhe justa causa. Além do que caracteriza abuso censurável judicialmente por meio de mandado de segurança, conforme o disposto no art. 5º, LXIX, da CF/1988. (COSTA, 2011, p. 167)

Com esse enfoque é possível perceber a exigência de prévia realização de juízo de admissibilidade pelos órgãos de controle interno, de tal modo a verificarem a existência de justa causa que justifique a deflagração do processo disciplinar, motivando tal decisão. Isso porque a mera instauração do processo disciplinar já tem o potencial de causar impactos perniciosos à honra e imagem do servidor público, haja vista que suas iniciais são publicadas no jornal oficial do ente federado a que se submete, além de, não raro, a notícia sobre tal instauração repercutir em seu ambiente de trabalho, emergindo o natural dissabor oriundo do julgamento sumário daqueles que também frequentam a mesma repartição.

De outro prisma, a abertura de processo punitivo provoca o natural sentimento de insatisfação do servidor processado e lhe impõe constrangimento pela publicação de seu nome e pela divulgação dos fatos censurados, sobretudo quando o acusado é inocente das imputações, quadro que vem a reforçar a seriedade e o cuidado de ampla e robusta motivação do ato decisões pela instauração do feito administrativo sancionador, ainda que não se trate (nem deve ser) de um juízo definitivo, nem peremptório, sobre o mérito da responsabilidade disciplinar. Assim é porque quando a Administração Pública instaura processo administrativo disciplinar, ela exterioriza um juízo prévio no sentido de que há uma infração funcional, cuja autoria e materialidade são verossímeis e reclamam possível punição, de forma que, se ainda pendem sérias dúvidas sobre a existência do fato ou sobre quem foi seu autor, cumpre à administração pública proceder às consentâneas apurações preliminares mediante sindicância investigativa prévia (CARVALHO, 2024, p. 816).

Com base no exposto, o Superior Tribunal de Justiça fixou no verbete sumular nº 611, que nos casos de denúncia anônima sobre eventual ilícito disciplinar, é cabível a instauração de processo administrativo disciplinar desde que haja prévia apu-

ração dos fatos mediante investigação ou sindicância⁵¹. Também esteado na prudência e nos impactos negativos ressoantes da instauração de processo administrativo disciplinar, a Lei de Abuso de Autoridade estabeleceu como crime, dentre outros, a requisição de instauração e a instauração de processo administrativo disciplinar sem justa causa. Vejamos:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
 Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2019).

Feito o juízo de prelibação e constatando a existência de determinado ilícito disciplinar e de indícios de autoria, o processo administrativo disciplinar será deflagrado mediante Portaria, que indicará o servidor processado, a síntese dos fatos e a comissão processante indicada para apurar os fatos.

Diferentemente do que ocorre no indiciamento (que compõe a fase de inquérito), a portaria inaugural não precisa indicar de forma pormenorizada o fato ocorrido, mas tão somente indicar a possível conduta transgressora e o servidor autor, deixando a adequada e necessária delimitação do objeto quando já desenvolvida o levantamento dos fatos, precisando-o antes da apresentação da defesa final. É o exato entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete de nº 641, que estabelece que “a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados”.

Uma vez instaurado o processo, torna-se imperiosa a investigação dos fatos que o determinou, passando-se assim para a fase de inquérito que, por sua vez, divide-se em instrução, defesa e relatório.

4.1.2. Inquérito

Inicialmente, cabe mencionar que a expressão “inquérito administrativo”, adotada pelo artigo 151, inciso II, da Lei nº 8.112/90, não se relaciona à ideia de inquisitorialidade ou ausência de manifestações de defesa pelo servidor imputado.

⁵¹ Súmula n. 611: Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.

A expressão “inquérito administrativo” transluz, em verdade, a ideia de coleta de provas e informações que subsidiarão a decisão da autoridade administrativa competente, devendo ser edificada em plena observância ao contraditório e ampla defesa, viabilizando a participação substancial do servidor processado.

A histórica vinculação entre as expressões “inquérito” e “inquisitorialidade”, faz com que terminologia adotada pela Lei nº 8.112/90 seja alvo de críticas, afinal o contraditório e a ampla defesa devem ser observados durante todo o processo administrativo disciplinar. Nesse sentido leciona Antônio Carlos Alencar Carvalho:

O termo inquérito remete a ideia de apuração policial, de procedimento investigativo promovido sem a participação e controle necessários do investigado, portanto sem o pressuposto de ampla defesa e contraditório. Daí a crítica que se opõe à nomenclatura empregada pela Lei Federal nº 8.112/90, quando inclui como fase do processo administrativo disciplinar (procedido contraditoriamente e com ampla defesa) a de inquérito administrativo, compreensiva da instrução, defesa e relatório (art. 151, II, Lei Federal nº 8.112/90). É que o processo administrativo disciplinar deve observar a regra contraditorial em todas as suas fases, inclusive a de inquérito, o que, porém, não se estende à sindicância puramente inquisitorial (aquele que termina sem impor punição ao investigado, a qual pode ser processada e ultimada unilateralmente pela Administração) (CARVALHO, 2024, p. 178/179).

Feita a breve prefação, vale rememorar que a fase de inquérito se subdivide em instrução, defesa e relatório.

Na instrução a comissão processante se reúne, organizando e prognosticando o trabalho a ser realizado, além de levantar os elementos probantes que confirmarão, ou não, os indícios de autoria e a materialidade apontados na peça exordial.

A comissão exerce função ativa, devendo determinar a produção de provas, intimar e realizar a oitiva de testemunhas, requerer documentos, afastar provas impertinentes e protelatórias, enfim, exercer o protagonismo necessário à apuração dos fatos de forma efetiva, célere e econômica, assegurando o contraditório e a ampla defesa, com a participação do servidor na formação da matéria de seu interesse⁵². Assim pontuam Eduardo Garcia e Tomás-Ramon:

Assim, o processo administrativo é regido, pois, com caráter geral, pelo princípio da oficialidade da prova, de acordo com o qual o órgão administrativo está especificamente obrigado a executar, inclusive de ofício, isto é,

⁵² Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

sem que exista determinação a respeito aos interessados, todos os atos de instrução (e, por conseguinte, todas as atividades probatórias) que se entendam adequadas para a determinação, conhecimento e comprovação dos fatos em virtude dos quais deverá ser proferida a decisão (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2014, p. 504).

Todos os meios de provas admitidos em direito são permitidos no processo administrativo disciplinar, inclusive a prova emprestada, desde que lícitamente colhida em sua origem. Assim, permite-se que a comissão processante requeira provas colhidas, por exemplo, em processo criminal, de modo a instruir o processo disciplinar, ingressando neste como prova documental. A matéria é objeto da Súmula 591, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece a permissibilidade de “prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”.

Por essa razão, admitem-se inclusive a degravação de interceptação telefônica lícitamente auferida em processo criminal, compondo os autos do processo administrativo na modalidade de prova documental, a qual será permitido à defesa o contraditório e a ampla defesa sobre a matéria. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 17.356/DF, decidiu:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REGISTRO DE NOTA DE CULPA ANTE A ANTERIOR DEMISSÃO DECORRENTE DE OUTRO PAD. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. TESTEMUNHA NÃO ENCONTRADA NOS SUCESSIVOS ENDEREÇOS INFORMADOS PELA DEFESA. NÃO OITIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. [...] 3. Respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização, no processo administrativo, de “prova emprestada” devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes. 4. Autorizado o uso da prova emprestada oriunda de procedimento criminal, não se pode exigir que a Comissão Disciplinar responda a questionamentos relativos à produção da prova e equipamentos utilizados, mormente se tomou todas as medidas para garantir o pleno acesso às informações solicitadas pelo impetrante. 5. Não constitui cerceamento de defesa a não oitiva de uma testemunha que, após sucessivas diligências, não reside nos endereços fornecidos pela defesa. Além disso, tal circunstância não ostenta a propriedade de infirmar todas as outras provas produzidas. 6. Segurança denegada. (BRASIL, 2014)

A comissão processante deve buscar os elementos probatórios para demonstrar o ilícito, não ficando inerte no processo. Além do mais, seu presidente é dotado de discricionariedade para deferir a produção das provas, podendo indeferir as im-

pertinentes ou meramente protelatórias, não configurando tal negativa em violação ao contraditório e à ampla defesa, desde que feito de forma motivada.

Ao término da instrução, reforçando os indícios iniciais e melhor percebendo a abrangência e gravidade da infração disciplinar, a comissão processante realizará o indiciamento do servidor cujo envolvimento se revelou concreto. Neste sentido é a lição de José Armando da Costa:

Havendo comprovação suficiente da prática da transgressão disciplinar e elementos indicativos de que o servidor seja o seu autor, concluirá a comissão, nos termos do art. 161 da Lei 8.112/1990, pela sua indicição. Nessa oportunidade devem ser apontadas, de modo sucinto, as razões autorizadas de tal ilação. Devendo-se, ainda, declinar as disposições da lei ou do regulamento em que deve ser feito o enquadramento. Tudo isso deverá ser formalizado numa peça processual denominada 'Despacho de Instrução e Indicição'. (COSTA, 2011, p. 171)

O indiciamento, diferente da portaria inaugural, é minudente, devendo conter o raio apuratório extraído depois da instrução, refletindo como verdadeiro filtro à generalidade dos fatos apontados na peça deflagradora do processo, orientando a defesa quanto aos fatos que, daí por diante, serão objeto do Processo Administrativo Disciplinar; Explica Antônio Carlos Alencar Carvalho:

A indicição representa uma avaliação madura em torno da culpa do servidor acusado, à luz de todas as provas e fatos reunidos nos autos, depois de devidamente esclarecido (em regra) o quadro fático, após a realização dos atos processuais instrutórios pertinentes (CARVALHO, 2024, p. 1158).

Ultimada a instrução através do indiciamento, passa-se à fase de defesa, em que será oportunizada ao servidor indiciado a derradeira apresentação de sua versão sobre os fatos apurados, já dispondo o processo de todas as provas produzidas.

Impende ressaltar que embora seja a denominação específica da subfase do inquérito, o servidor participa a todo o momento do processo, podendo indicar testemunhas, apresentar documentos, requerer perícia e demais provas admitidas em direito na fase de instrução. Ou seja, o direito de defesa está presente em todas as etapas do processo, e não apenas nesta.

A diferença das demais experimentações de defesa do servidor é que nesta fase ele possui o raio apuratório delimitado, sabendo exatamente a visão da Administração Pública sobre a existência do ilícito e dos indícios de que o colocam na posição de seu autor, oportunizando a última manifestação defensiva antes da con-

fecção do relatório final da comissão processante, em que sugerirá à autoridade julgadora a providência cabível.

Acresce-se, na ocasião, que a Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, determina que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, permitindo ao próprio servidor a realização de sua defesa. Alerta-se, contudo, que a decisão de se valer ou não de defesa técnica é exclusivamente do servidor, não cabendo à comissão negar a indicação de advogado nos autos, sob pena de nulidade do processo.

Caso o servidor não apresente a defesa no prazo determinado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo para que a faça. De efeito, apresentado a defesa por conta própria ou mediante defensor dativo, e não havendo a solicitação de nenhuma diligência, desloca-se à última fase do inquérito: o Relatório.

Nesta fase a comissão processante elabora seu parecer conclusivo, obrigatório e não vinculante, resumindo seu trabalho apuratório e tratando cada ponto elucidado pela defesa, sugerindo por fim, de forma coerente e responsável, pela absolvição ou apenação do servidor, com base nas provas produzidas e devidamente acostada aos autos.

Nota-se assim que o relatório nada mais é que uma formalização resumida do trabalho da comissão processante, apontando as provas produzidas (com destaque àquelas mais relevantes), como as oitivas das testemunhas e do servidor acusado, eventual resultado de perícia, as consequências advindas da conduta do servidor, enfim, aprecia valorativamente o arcabouço probatório produzido, e, em conclusão, sugere a absolvição ou uma das penalidades contidas em lei, realizando a subsunção do fato reprovável à norma disciplinar correspondente⁵³.

Antônio Carlos Alencar Carvalho apresenta o conceito e a finalidade do relatório final da comissão processante:

O relatório é o ato final da comissão, o conclusivo pronunciamento do conselho processante acerca do quanto apurado ao longo do processo administrativo e da sindicância, lavrado com a opinião acerca da existência, ou não, da responsabilidade administrativa do servidor indiciado e consequente pro-

⁵³ Assim dispõe a Lei nº 8.112/90: Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

posta (não vinculante) de julgamento à autoridade administrativa (CARVALHO, 2024, p.1263).

Confeccionado o relatório, remetem-se os autos à autoridade julgadora, encerrando-se a fase de inquérito⁵⁴.

4.1.3. Julgamento

Nos termos do artigo 167, da Lei 8.112/90, de posse dos autos a autoridade competente decidirá o processo de forma motivada, não se vinculando ao posicionamento exarado pela comissão processante, mas sim às provas produzidas, podendo divergir fundamentadamente do relatório e aplicar sanção diversa (desde que prevista em lei e delineada no indiciamento), absolver quando sugerida aplicação de penalidade, ou aplicar penalidade quando sugerida a absolvição.

Para tanto, a autoridade deverá fazer o cotejo entre as provas produzidas no âmbito do processo disciplinar e o que consta do relatório da comissão processante, divergindo de sua posição em caso de desalinho entre as peças analisadas. É exatamente essa a inteligência do artigo 168, da Lei nº 8.112/90:

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade (BRASIL, 1990).

A atribuição para aplicação da sanção disciplinar é escalonada, exigindo-se maior inclinação hierárquica de acordo com a gravidade da pena.

Assim, nos termos do artigo 141, do Estatuto Federal, caberá ao Presidente da República, aos Presidentes das casas legislativas e dos Tribunais Federais, e ao Procurador-Geral da República a aplicação de penalidades expulsivas. No entanto, por se tratar de matéria delegável nos termos dos artigos 12 e 13, da Lei nº 9.784/99⁵⁵, é possível que a atribuição apenatória seja estendida a outras autoridades.

⁵⁴ Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

⁵⁵ Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquica-

Foi o que ocorreu desde 1999, com o Decreto nº 3.035, e mais recentemente com o Decreto nº 11.123/2022, que revogou o primeiro. Tais decretos delegaram a atribuição de aplicação das sanções expulsivas aos Ministros de Estado e ao Presidente do Banco do Brasil, sendo permitida, ainda, a subdelegação de referida atribuição (inovação do Decreto nº 11.123/2022) aos Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica, aos dirigentes máximos singulares de autarquias e fundações, e a ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de determinado grau hierárquico⁵⁶.

No caso da penalidade de suspensão superior a 30 (trinta) dias, sua aplicação poderá se dar, também, pelas autoridades imediatamente inferiores àquelas originalmente capazes de aplicar a sanção expulsória, sendo exemplo os ministros de estado, que estão diretamente subordinados ao Presidente da República.

Em se tratando de advertência e suspensão de até 30 (trinta) dias, poderá a sanção ser imposta pelo chefe da repartição em que o ilícito ocorreu, além de outras autoridades com tal atribuição elencada nas normas daquele órgão.

No caso de destituição de cargo em comissão, sua aplicação caberá à mesma autoridade nomeante.

mente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

⁵⁶ Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas no art. 4º, fica delegada a competência aos Ministros de Estado e ao Presidente do Banco Central do Brasil para:

I - o julgamento de processos administrativos disciplinares e a aplicação de penalidades, nas hipóteses de:

a) demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores; e

b) destituição ou conversão de exoneração em destituição de ocupante de Cargo Comissionado Executivo - CCE-15 ou CCE-16 ou equivalente ou de cargo ou função de Chefe de Assessoria Parlamentar; e

II - a reintegração de ex-servidores em cumprimento de decisão judicial ou administrativa.

Parágrafo único. O Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República exercerá a competência de que trata o *caput* para os órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República cujos titulares não sejam Ministros de Estado.

Subdelegações

Art. 3º Poderá haver subdelegação das competências de que trata o art. 2º:

I - aos ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança de nível mínimo igual a CCE-17;

II - aos dirigentes máximos singulares das autarquias e fundações, se houver unidade correcional instituída na respectiva entidade; e

III - aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, pelo Ministro de Estado da Defesa.

Ressalta-se que em caso de pluralidade de servidores processados, e em havendo a recomendação pela comissão de aplicação de sanções diversas, caberá à autoridade de maior nível hierárquico decidir sobre o caso. Assim, tendo dois servidores processados, e havendo a recomendação pela comissão processante de aplicação da pena de demissão a um, e de suspensão ao outro, caberá à autoridade competente para aplicar a sanção de demissão o julgamento de todo o processo⁵⁷.

Lado outro, se a autoridade entender pelo cabimento de sanção mais grave, e não tiver atribuição para tanto, deverá promover a remessa dos autos à autoridade competente⁵⁸.

Após decidir sobre o desfecho do processo disciplinar, a autoridade administrativa determinará a publicação de seu resultado no diário oficial do ente federado, o que implicará na imediata produção de efeitos do ato punitivo.

Referida imediatidade ocorre em razão da possibilidade de ausência de interesse recursal pela parte prejudicada (servidor), bem como pela restrita hipótese de efeito suspensivo dos recursos administrativos, cabível, segundo artigo 61, parágrafo único, da Lei n° 9.784/99⁵⁹, apenas quando houver “justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução”. Explica Antônio Carlos Alencar Carvalho:

A imediata eficácia do ato administrativo sancionador principia com sua publicação no meio oficial, a partir de quando passa a produzir seus regulares efeitos jurídicos, como o rompimento do vínculo do servidor demitido com a Administração Pública a que se vinculava funcionalmente. Até porque, do contrário, ficando o ato administrativo punitivo com sua eficácia suspensa, “*ipso facto*”, pela simples possibilidade, em tese, de impugnação por recurso do administrado apenado, o ordenamento jurídico abrigaria disposição inócua, consistente na previsão de outorga eventual, pela autoridade hierarquicamente superior competente para julgamento do pleito recursal, de efeito suspensivo a recurso administrativo. Se existe a previsão legal de efeito suspensivo contra demissão (art. 61, par. Único, Lei Federal n° 9.784/99), é porque, *a contrario sensu*, se cuida de ato administrativo eficaz depois de sua publicação no meio oficial – esta, sim, condição *sine qua non* de eficácia do ato (CARVALHO, 2024. p. 1.469)

⁵⁷ Art. 167 (...)§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.

⁵⁸ Art. 167 (...)§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

⁵⁹ Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Da decisão administrativa sancionatória caberá recurso, no prazo de trinta dias a contar da publicação ou ciência do ato decisório, que poderá ser dirigido à mesma autoridade julgadora (Pedido de Reconsideração – art. 106 da Lei 8.112/1990⁶⁰), ou à autoridade superior àquela que proferiu a decisão (Recurso Hierárquico – art. 107⁶¹).

Caberá também e a qualquer tempo, a revisão do processo disciplinar, que poderá se iniciar de ofício ou a pedido, desde que existam fatos novos ou razões que demonstrem a inocência do servidor punido, ou a desproporção da sanção a ele aplicada⁶².

A revisão, em verdade, não se insere no clássico conceito de recurso, que consiste no “remédio utilizado dentro do mesmo procedimento, em contraditório, de irresignação voluntária da parte, utilizado para combater determinada espécie de decisão, visando à reanálise da questão (NUNES, BAHIA e PEDRON, 2021, p. 744)”.

Isso porque o pedido de revisão é um pleito autônomo de impugnação, fazendo iniciar novo processo, sendo designada outra comissão (comissão revisora) para instruir e relatar o feito, desembocando em novo julgamento pela mesma autoridade administrativa que aplicou a sanção inicial⁶³. Para Eduardo e Tomás-Ramon, a revisão é “um remédio excepcional diante de certos atos que se tornaram definitivos, mas de cuja legalidade se duvida, baseada em atos ou acontecimentos sobrevindos posteriormente ao momento em que tais atos foram ditados (ENTERRÍA e FERNANDES, 2014, p. 548)”.

Antônio Carlos Alencar Carvalho também leciona no mesmo sentido:

⁶⁰ Para Carvalho, a nota distintiva do pedido de reconsideração é o “seu oferecimento à mesma autoridade ou órgão que prolatou a decisão, a fim de que reaprecie a matéria e decida favoravelmente ao interesse do servidor autor do petítório, desde que o interessado evidencie a procedência de suas alegações e a provável revisão do ato discutido, se for posteriormente interposto recurso administrativo para controle hierárquico ulterior sobre o ato administrativo impugnado (CARVALHO, 2024, p. 2044)”.

⁶¹ O mesmo autor esclarece que o recurso administrativo hierárquico é “modalidade de exercício do direito de petição pelo servidor público que impugna ato praticado por autoridade ou agente inferior, mediante apelo endereçado à autoridade superior na escala da hierarquia da Administração Pública. A finalidade do recurso administrativo é de que a autoridade superior reveja a medida adotada pelo subordinado e acolha a pretensão recursal deduzida, modificando ou desconstituindo os efeitos do ato recorrido (CARVALHO, 2024, p. 2029)”.

⁶² Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

⁶³ Art. 181. O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do art. 141.

Por isso a revisão não é mais um recurso ordinário a ser manejado, senão meio extraordinário, com pressupostos específicos quanto à novidade das provas, circunstâncias e argumentos expostos, para correção de erro latente decisório do processo administrativo disciplinar originário ou de superveniência de situações que revelam a impossibilidade de manutenção do ato punitivo, como, por exemplo, em caso de assunção da autoria exclusiva do fato por terceiro, ou de posterior declaração judicial, em sentença proferida pelo juízo penal competente, da inexistência de crime contra a administração pública, se motivo único da demissão do servidor requerente do pleito revisional, na ausência de falta residual autônoma para justificar a penalidade expulsória anteriormente infligida (CARVALHO, 2024, p. 1941).

Decidido o pedido de revisão e sendo ele julgado procedente, a penalidade outrora aplicada é declarada sem efeito, não podendo, em nenhuma hipótese, implicar na majoração da sanção inicial⁶⁴.

4.2. Sigilo e publicidade do processo administrativo disciplinar

A publicidade é princípio expresso da Administração Pública, estando previsto no artigo 37, da Constituição Federal. Para que haja controle é necessário haver informação, sendo que a falta do segundo esvazia sobremaneira o primeiro.

O princípio da publicidade preceitua que os atos da Administração Pública devem ser, como regra, públicos, de modo a permitir que os administrados tomem ciência dos gastos, receitas, despesas e dívidas públicas, das obras e políticas públicas desenvolvidas, dos agentes públicos que integram seu quadro funcional e sua remuneração, das licitações em curso e as finalizadas, e as diversas outras informações construídas diuturnamente pelo Estado.

Raquel Urbano bem explica o ponto cardeal do princípio da publicidade:

Historicamente, verifica-se que, na realidade administrativa, é comum que situações sigilosas e dados guardados em segredo estejam ligados a desvios e práticas espúrias. Regimes totalitários como o nazismo afastaram a publicidade, assim como inúmeras ditaduras implantadas na América Latina. Tais experiências deixam clara a importância da publicidade no Estado Democrático de Direito, porquanto essencial viabilizar que a sociedade conheça os comportamentos públicos, sejam eles comissivos, sejam eles omissivos. Permitir o acesso ao conteúdo da atividade estatal é, primeiramente, fator inibidor do exercício desregrado do poder. A publicidade torna possível o efetivo controle dos atos administrativos e assegura a transparência necessária para se tentar contornar os riscos inerentes ao sigilo. Ou-

⁶⁴ Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.

trossim, o agente público exerce poder de titularidade alheia, devendo à sociedade prestar contas da forma pela qual cumpriu o referido *múnus* (CARVALHO, 2008, p. 172)

No mesmo sentido dispõe Edimur Ferreira de Faria:

O princípio da publicidade, entre aqueles previstos no art. 37, caput, da Lei Maior, é de fundamental importância. É em virtude dele que a Administração torna-se transparente para que a sociedade e os órgãos de controle possam tomar conhecimento de seus atos e impugná-los, se viciados ou em desacordo com a legalidade e a moral administrativa. A Administração, por ser gestora de coisa pública, na forma republicana de governo, é obrigada a dar publicidade dos seus atos jurídicos e políticos, exceto aqueles cuja publicação possa pôr em risco a segurança nacional (FARIA, 2015, p. 67).

O princípio da publicidade está simbioticamente relacionado ao direito à informação, sendo que enquanto o Estado tem o dever de publicizar seus atos, o cidadão tem direito a acessá-los, sejam eles relacionados ao próprio pleiteante, sejam eles afetos ao interesse coletivo e geral. É exatamente esta a essência protetiva prevista no artigo 5º, inciso XXXIII, cuja inobservância desafia a impetração de habeas data (dados pessoais) ou mandado de segurança⁶⁵:

Em sendo direito fundamental previsto na Constituição e um dos baluartes do Estado Democrático (rechaçando a hegemonia do sigilo existente no hiato constitucional que o antecedeu), a publicidade é a regra que, contudo, comporta exceções, conforme extraído do próprio fechamento do inciso XXXIII, que determina o sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Neste diapasão, transmutando a temática ao campo disciplinar, verifica-se que a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) já definiu que as informações que possam comprometer investigações em andamento, relacionadas à prevenção ou repressão de ilícitos, são imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, passíveis, portanto, de classificação:

Art. 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 (BRASIL, 2011).

⁶⁵ Art. 5º (...)XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Ab initio, imperioso ressaltar a impossibilidade do sigilo interno no âmbito disciplinar, sendo garantido ao servidor processado o amplo acesso aos autos do processo contra ele instaurado, até mesmo para viabilizar a mais alta manifestação do direito de defesa. Nesse sentido é a previsão na Lei nº 9784/99, que transluz a norma geral do processo administrativo no âmbito da União:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas (BRASIL, 1999).

Sobre o tema, a Controladoria-Geral da União editou, em outubro de 2017, o enunciado de número 19, garantindo o acesso integral aos autos dos processos disciplinares pelo acusado, inclusive naqueles em que os há em pluralidade⁶⁶.

Parece claro que o sigilo interno de qualquer processo em que exista um imputado não se sustenta. A participação dialética e contraditória é salutar para o alcance de decisões mais justas e legítimas, não arquitetada às ocultas ou construída de forma solipsista e monoclar. Em verdade, o que se busca com constância é um processo, judicial ou administrativo, democrático, com a verdadeira efetivação dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles o contraditório e a ampla defesa, afinal, como se defender do que não sabe ou do que sabe parcialmente?

Assim, está nítido que o sigilo interno não se aplica aos processos disciplinares (nem a qualquer outro que se pretenda democrático).

Considerando o verbete da Súmula Vinculante nº 13⁶⁷, caso o servidor opte pela defesa técnica, o causídico exercerá todas as prerrogativas asseguradas pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), dentre elas o acesso a autos investigativos de qualquer natureza, exigindo-se procuração quando sigilosos, como os aqui tratados. Vejamos:

Art. 7º São direitos do advogado
(...)
XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo

⁶⁶ "Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correccional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados."

⁶⁷ A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição

ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos;

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

(...)

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

(...)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BRASIL, 1994).

A negativa de acesso aos autos de processo disciplinar, inclusive, pode desembocar na prática do crime previsto no artigo 32, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), que tipificou a seguinte conduta:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (BRASIL, 2019).

Destarte, os autos dos processos disciplinares em curso são acessíveis aos imputados, seus advogados (se os primeiros desejarem tal assistência), aos responsáveis pela apuração e, claro, ao Ministério Público⁶⁸, ao Poder Judiciário, à Advocacia-Geral da União⁶⁹, às Comissões Parlamentares de Inquérito⁷⁰ e às Autoridades Policiais⁷¹.

⁶⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁶⁹ Lei 9028/95 Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à atuação dos membros da AGU, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.

⁷⁰ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato

O sigilo externo, por sua vez, é aquele direcionado a indivíduos que não estão inseridos no processo, como os demais servidores da repartição, a mídia e a população como todo. Neste caso, vislumbra-se aparente conflito entre o direito à imagem, intimidade, vida privada e honra do servidor, e o direito a informação dos administrados, o que exige olhar atento das autoridades correccionais.

Diante da possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais, a doutrina constitucional estabeleceu o princípio da concordância prática ou harmonização, que busca viabilizar a coexistência dos diversos direitos de forma simultânea⁷². Assim, em determinado caso prático, um direito terá maior peso em relação àquele que com ele conflita, devendo, portanto, ser aplicado em maior proporção. No entanto, em outra situação, este mesmo direito que cedeu ao outro poderá ser aplicado em maior proporção, efetivando-se, porquanto, todo o inesgotável catálogo de direitos de forma concomitante.

Por isso, quanto ao sigilo externo dos procedimentos disciplinares, *mister* se faz a análise em dois momentos distintos, tendo como marco divisório o julgamento do processo disciplinar.

Até o seu julgamento impera o sigilo externo, não havendo de se falar em acesso aos autos por pessoas estranhas ao processo. Isso ocorre em razão da maior robustez dos direitos à honra, imagem, vida privada e intimidade do acusado (somado à presunção de inocência), quando ponderado com o direito à informação, que cederá momentaneamente aos primeiros.

Isso porque a suposta falta cometida pelo servidor ainda se encontra em apuração, não havendo qualquer decisão administrativa que estabeleça sua culpa. Seria impensável a divulgação dos fatos apurados antes do julgamento, afinal, além de atrapalhar o curso natural da investigação, poderia contaminar a imparcialidade dos

determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

⁷¹ Lei 12.830 Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

⁷² Virgílio Afonso da Silva assim explica o princípio da concordância prática: “a ideia de concordância prática está estreitamente ligada à ideia de proporcionalidade, pois exige que, na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima. Mas há algumas diferenças. Em primeiro lugar, ainda que os efeitos almejados sejam os mesmos - a acomodação de direitos fundamentais colidentes com a menor perda de eficácia possível -, não há, na ideia de concordância prática, uma estrutura previamente definida para alcançar esses fins, ao contrário da regra da proporcionalidade, que, com suas três sub-regras, oferece uma forma racional e estruturada para a solução de colisões de direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 127/128)”.

membros da comissão e do julgador, haja vista as incontáveis opiniões, “torcidas” e apelos que, voluntária ou involuntariamente, chegariam a seu conhecimento.

De mais a mais, a instauração de processo disciplinar já pode constituir em experiência traumática ao servidor, o que seria sobrelevado em caso de ampla divulgação. Ora, o acusado é sujeito do processo, não devendo ser subjugado pela opinião de expectadores que sem a técnica jurídico-processual adequada, externam sua opinião final com esteio na ciência incompleta ou turva dos fatos, constituindo verdadeiras agremiações que tomarão partido em prol da penalização ou absolvição do servidor.

Essas condutas seriam contraproducentes não só ao curso natural e isento do processo, mas, sobretudo, à vida pessoal e funcional do servidor, que antes da formação de sua culpa no âmbito administrativo, seria submetido aos olhares sentenciadores dos colegas de trabalho e, a depender da repercussão, de gama significativa de pessoas.

É de se ressaltar, conquanto pareça imbuído de obviedade, que o princípio da presunção de inocência, mais afamado na instância criminal, também se aplica ao direito administrativo sancionador. De efeito, será o servidor público, como já dito, considerando inocente no âmbito disciplinar até a superveniência de decisão administrativa definitiva, como explica Fábio Medina Osório:

A presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no processo sancionador, cuja análise resulta, portanto, imperiosa. É verdade que essa suposta presunção, ou o chamado estado jurídico de inocência, diz respeito a dimensões materiais e processuais do poder punitivo estatal. Sua maior operacionalidade se dá, não obstante, no campo processual, daí porque a preferência pela abordagem nesse cenário. Costuma-se dizer que o princípio da presunção de inocência, no Direito brasileiro, se encontra consagrado especificamente em matéria penal. A jurisprudência assim o tem proclamado, de modo predominante, oscilando, às vezes, no tocante aos efeitos emprestados a essa cláusula constitucional, que teria origem implícita na Magna Carta. Estabelece, de fato, o art. 5.º, LVII, da CF/88 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dispositivo que, mesmo nesse campo, recebeu interpretação restritiva. Opera a presunção de inocência, no campo administrativo e no terreno penal, com diferenças sensíveis. Trata-se de uma garantia genérica da pessoa humana, estendida aos acusados em geral, a partir de um estatuto jurídico de liberdade outorgado originariamente aos cidadãos e às pessoas que transitam ou estão debaixo do império de um Estado Democrático de Direito. A presunção aqui referida é muito invocada em discursos jurídicos e políticos, em que assume conotações diversas de acordo com as conveniências de plantão (OSÓRIO, 2023, p. 431/432).

O Supremo Tribunal Federal muito bem tratou do assunto quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.262/2014 DF, que de forma incidental declarou a inconstitucionalidade do artigo 170, da Lei nº 8.112/90, que determinava que, embora prescrita a infração disciplinar, deveria a Autoridade Julgadora registrar os fatos nos assentamentos individuais do servidor⁷³. Vejamos:

Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida.

1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140(cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva.

2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado.

3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa.

4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.

5. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade.

6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990.

(MS 23262, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Assim, sendo presumidamente inocente até o julgamento definitivo da demanda administrativa, o servidor fará jus a todos os efeitos que decorre de tal condição, em especial o de ser considerado inocente no curso do processo e de não ser submetido aos infortúnios próprios de sua ampla divulgação.

Lado outro, após a absoluta conclusão do processo disciplinar na instância administrativa, os direitos à intimidade, honra e imagem serão sobrepujados pelo

⁷³ Art. 170. Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

direito à informação, sendo franqueado seu acesso a indivíduos estranhos ao processo.

Isso porque a Lei de Acesso à Informação, em seu artigo 7º, §3º, determina que os documentos utilizados para a tomada de decisão serão fornecidos ao pleiteante. Ou seja, o acesso aos autos dos processos disciplinares será franqueado a terceiros após seu julgamento, na exata dicção do já mencionado artigo, cuja inteligência é de fulcral reprodução:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo (BRASIL, 2011).

A Controladoria-Geral da União, nessa mesma vereda, publicou o Enunciado nº 14, cujo verbete verifica-se doravante:

RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

"Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas." (BRASIL, 2016).

Como inserto no fechamento sumular, poderá haver informações que, mesmo após a decisão do processo disciplinar, manterão seu caráter sigiloso, como ocorre, *exempli gratia*, com as informações pessoais, cuja divulgação é considerada ato ilícito pela própria Lei de Acesso à Informação⁷⁴.

Outro exemplo é o sigilo conferido as gravações ambientais e interceptações telefônicas enquanto o juízo criminal assim determinar, sendo considerado crime, conforme atualização provocada pelo Pacote Anticrime na Lei nº 9.296/96, a divulgação de seu conteúdo quando ainda abrangido pela cláusula de sigilo.

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores

⁷⁴ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial (BRASIL, 1996).

Tal afirmação tem relevância ao tema aqui aventado, pois, em que pese a interceptação telefônica só ser admitida para fins de investigação de crimes, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição, os Tribunais Superiores entendem pela possibilidade de seu compartilhamento, enquanto prova emprestada, ao Processo Administrativo Disciplinar, sendo o tema sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁵.

Além disso, a Controladoria-Geral da União também editou enunciado específico (Enunciado nº 18) sobre a possibilidade da interceptação telefônica como prova emprestada, dispondo como se segue:

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA, ORIUNDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANACIONADORES.

É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correcional. (BRASIL, 2017).

Assim, embora permitido o empréstimo da interceptação telefônica ao PAD, o seu sigilo se mantém até ulterior decisão judicial que o retire, sob pena, como visto, de incorrer no crime do artigo 10-A, §2º, da Lei nº 9.296/96.

⁷⁵ Súmula 591: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

5. CONVERSÃO DE EXONERAÇÃO EM PENALIDADE EXPULSIVA

Primeiramente, cabe salientar que os conceitos de exoneração e demissão não se confundem, possuindo natureza jurídica diversa e consequências distintas, o que permite individualizar e caracterizar cada um desses institutos.

5.1. Exoneração X demissão

Em que pese a recorrente utilização sinonímica dos institutos da exoneração e demissão, seus conceitos e consequências jurídicas são absolutamente distintos. Todavia, não se pode olvidar quanto a característica comum entre ambas, sendo a demissão e a exoneração “atos administrativos que ensejam a extinção do vínculo estatutário do servidor público, ocasionando a vacância dos cargos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 683)”.

Ocorre que a demissão possui natureza sancionadora, aplicada como consectário de Processo Administrativo Disciplinar em que se é garantido o contraditório e a ampla defesa, enquanto a exoneração, conquanto também rompa o vínculo com a Administração pública, é despida de viés punitivo, sendo aplicada a pedido do servidor ou de ofício pela autoridade que o nomeou (nos casos de cargos comissionados ou função de confiança). Eis a lição de Edimur Ferreira de Faria:

A exoneração é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente opera o desligamento do servidor público. A exoneração dá-se de ofício, durante o período probatório, se o servidor não atender às condições do estágio, nos casos de servidores ocupantes de cargo comissionado ou de função de confiança ou a pedido do servidor em qualquer situação, mesmo em pleno gozo da estabilidade. A demissão é outra modalidade de ato da Administração destinado ao afastamento definitivo do servidor público do cargo em que fora investido. Ela tem natureza punitiva. Por isso, o servidor somente pode ser demitido em virtude de ilícito administrativo tipificado na lei estatutária, comprovado mediante processo administrativo disciplinar em que lhe seja garantida ampla defesa e a observância do contraditório, ou em virtude de decisão judicial transitada em julgado (FARIA, 2015, p. 148/149).

Nos termos do artigo 34, Lei nº 8.112/90, a exoneração do servidor público efetivo pode se dar a pedido ou de ofício, sendo a última cabível quando não satis-

feitas às condições do estágio probatório e, ainda, quando o servidor, após a posse, não tenha entrado em exercício no período estabelecido.

Já o servidor comissionado ou que exerce função de confiança poderá ser exonerado a pedido ou a critério da autoridade competente, como dispõe o artigo 35, da Lei nº 8.112/90.

A demissão, por sua vez, tem natureza sancionadora e, por isso, pressupõe a prática de ilícito administrativo que seja punido com referida pena, como já tratado neste trabalho. Além disso, a incidência da demissão também exige prévio processo administrativo disciplinar que assegure ao servidor o contraditório e a ampla defesa, nos termos do artigo 146, da Lei nº 8.112/90⁷⁶.

Nota-se, pois, que a diferença entre a exoneração e a demissão corresponde exatamente à natureza punitiva da última, característica não apreciada na exoneração.

Assim considerando as distintas consequências redundantes da exoneração e da demissão, a conversão da primeira na segunda não gera impactos meramente terminológicos, mas sim os efeitos próprios de penalidade expusilva, que serão oportunamente estudados no presente capítulo.

5.2. O instituto da conversão

A conversão, conforme ensina Di Pietro, “pode ser definida como o ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original (DI PIETRO, 2014, p. 260)”.

Para Odete Medauar, a conversão “é o ato editado com aproveitamento de elementos válidos de um primitivo ato ilegal, para a mesma finalidade deste, com retroação dos seus efeitos ao momento da edição do ato original (MEDAUAR, 2018, 156)”.

Raquel Melo Urbano de Carvalho, por sua vez, explica que na conversão ocorre o “reaproveitamento dos elementos válidos do ato viciado, ficando assim estruturado um novo ato após a conversão, atendendo os aspectos necessários à sua juridicidade (CARVALHO, 2008, p. 440)”.

⁷⁶ Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Nota-se que a conversão é instituto cabível em casos de erro preexistente da Administração que, para saná-lo e aproveitar as consequências fáticas do ato administrativo anterior, o substitui por outro, que se mostra adequado àquela situação. Em sucinta explicação, a Administração Pública basicamente troca o ato errado pelo correto, convertendo o primeiro no segundo.

A substituição promovida pela conversão é resultante da anulação do ato anterior e confecção de ato posterior com efeitos retroativos.

Em exemplo, tem-se o ato X, publicado em 1º de janeiro de 2023. Em 2024 a Administração Pública percebe que o ato X não é o adequado à situação, editando o ato Y, que anula o ato X e retroage até o momento de sua edição, isto é, 1º de janeiro de 2023, aproveitando suas consequências fáticas.

Nesse cenário, é possível extrair cinco pressupostos do conceito de conversão:

- a. Edição de ao menos dois atos: o primeiro deles consiste na edição de ao menos dois atos, afinal é necessária a existência do ato convertido (o primeiro ato, editado de forma errada), e o ato conversor (segundo ato, que substitui o primeiro).
- b. Vício preexistente: o segundo pressuposto é a verificação de vício preexistente. Isso porque a conversão pressupõe vício de ilegalidade que já existia no momento do primeiro ato (convertido), e que persiste até a edição do segundo (conversor), que visa corrigi-lo.
- c. Substituição por anulação: o terceiro pressuposto consiste na substituição do ato primeiro mediante anulação, haja vista que o ato conversor, quando editado, anula a parte ilegal do ato anterior, verificando ser ela inadequada àquela situação jurídica apresentada. Ou seja, parte do ato inicialmente editado não era legalmente adequado àquela situação, sendo, portanto, anulada e substituída por aquele legalmente cabível.

Referido pressuposto é explicado por Raquel Urbano, que informa que a conversão “ocorre quando um ato administrativo retira a parte inválida do ato viciado anterior e processa a sua substituição por outra (CARVALHO, 2008, p.439)”.

- d. Efeito retroativo: outro pressuposto cinge-se ao fato de a conversão operar efeitos retroativos, o que é própria da anulação, que gera efeitos *ex tunc*.

- e. Aproveitamento dos efeitos fáticos do ato anterior: por derradeiro, verifica-se o aproveitamento dos efeitos fáticos do ato anterior, o que faz diferenciar a conversão da anulação propriamente dita, implicando na manutenção dos efeitos fáticos produzidos pelo ato inicial. Nota-se tratar aqui de efeitos fáticos, isto é, a continuidade das consequências práticas do ato, mas de distinto tratamento jurídico.

Para ilustrar o aproveitamento dos efeitos fáticos do ato anterior, Di Pietro exemplifica:

Um exemplo seria o de uma concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige; pode ser convertida em permissão precária, em que não há a mesma exigência; com isso, imprime-se validade ao uso do bem público, já consentido. (DI PIETRO, 2014, p. 260)

Outro exemplo cabível à espécie é a conversão da exoneração em demissão. Em ambos os casos o efeito prático se mantém, isto é, o rompimento do vínculo funcional e, por corolário, a vacância do cargo. Todavia, como será visto oportunamente, as consequências jurídicas operadas são distintas.

O ato convertido deve, decerto, guardar certa similitude consequential com o ato conversor, supondo efeitos fáticos semelhantes que fundamentam o erro quanto a escolha do ato, afinal, a conversão visa exatamente aproveitar a parte válida do ato anterior e substituir a inválida. Nesta toada, soaria absurda a conversão de atos que em nada se relacionam, como, por exemplo, a conversão de uma exoneração em uma permissão precária de uso de bem público.

Por essa razão, o vício de ilegalidade que justifica a conversão encontra-se no objeto, que, devidamente corrigido, refletirá nos demais elementos do ato. Vejamos:

Tabela 2: Elementos dos atos de exoneração e demissão.

Elementos do ato administrativo	Exoneração	Demissão
	Autoridade nomeante.	Autoridade prevista no artigo 141, da Lei nº 8.112/90, ou aquela que por essa foi delegada.

Competência/Sujeito		
Motivo	Pode ser a pedido, desempenho insatisfatório em avaliação de desempenho ou outro motivo, em caso de exoneração <i>ad nutum</i> (motivo sem motivação).	Cometimento de ilícito disciplinar.
Objeto/Conteúdo	Vínculo funcional/exoneração	Vínculo funcional/demissão
Finalidade	Não sancionatória	Sancionatória
Forma	Artigo 34, da Lei nº 8.112/90, se for servidor efetivo. E artigo 35, da Lei nº 8.112/90, se for cargo comissionado ou função de confiança.	Artigo 146, da Lei nº 8.112/90, que exige a instauração de processo administrativo disciplinar para a aplicação da penalidade de demissão.

Como visto, verificado o vício no objeto e promovendo sua conversão para o ato adequado, este terá seus próprios elementos, que serão distintos dos elementos do ato inicial. Assim, é importante ressaltar que o vício no objeto impulsionará a edição de outro ato administrativo, aproveitando, contudo, os efeitos do ato inicial. Em se tratando de novo ato, é claro que seus elementos serão diversos do ato inicial, sendo que a topografia do vício é apenas relevante para verificar se a incidência do instituto da conversão é ou não possível.

Tal escólio é relevante pois os vícios verificados no motivo e finalidade não admitem a conversão, uma vez que são nulos desde a sua origem, não sendo elegíveis à sanatória.

Lado outro, se o vício ocorrer no objeto (desde que lícito), forma ou competência, poderá, em regra, ser corrigido pelo instituto da conversão, que ao produzir o segundo ato, terá elementos próprios, diferentes do ato primevo. Sobre o tema, Edimur Ferreira de Faria, ao tratar da convalidação como instituto genérico de correção de atos administrativos, explica:

A convalidação é ato discricionário que a Administração, em certos casos, edita para validar determinados atos viciados, com vista a aproveitar os efeitos já produzidos. Os efeitos da convalidação são, portanto, retroativos. O agente administrativo, ao analisar o caso concreto, examina o ato em face dos seus elementos: agente competente (capacidade), objeto (conteúdo), forma, motivo e finalidade; e verifica qual – ou quais – elemento foi inobservado ou desrespeitado na feitura do ato. Constatado que o vício é quanto à competência, quanto à forma ou quanto ao objeto (se esse não for ilícito), é possível a convalidação. Para essa medida, a autoridade administrativa deve avaliar com critério as consequências do ato viciado para a sociedade, invocando sempre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, para concluir e decidir se os danos da retirada do ato viciado são mais graves para a coletividade do que a sua permanência. Se essa for a constatação, a convalidação será medida recomendável (FARIA, 2015, p. 279).

Assim, a conversão adequa os demais elementos ao novo ato e objeto, retroagindo ao momento de edição do primeiro ato para aproveitar seus efeitos práticos. Tal adequação é possível, pois o ato conversor anula o ato convertido, não aproveitando, necessariamente, a completude elementar do ato anterior.

Desta forma, a conversão consiste na substituição de um ato anterior por novo ato que, fundado em vício preexistente em um de seus elementos, anula o ato predecessor colocando outro em seu lugar, aproveitamento os efeitos fáticos do primeiro através do efeito retroativo do segundo.

5.3. A conversão na lei nº 8.112/90

Sob o enfoque disciplinar, a Lei nº 8.112/90 cita, em três ocasiões, o instituto da conversão. A primeira delas, disposta em seu artigo 135, parágrafo único, preleciona que o servidor investido exclusivamente em cargo comissionado que praticar ilícitos puníveis com suspensão ou demissão, será destituído do cargo em comissão, deixando claro que se tal servidor já tiver sido exonerado, de ofício ou a pedido, a exoneração deverá ser convertida na pena de destituição.

Vejamos a literalidade do dispositivo mencionado:

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão (BRASIL, 1990).

Antônio Carlos Alencar Carvalho explica que tal conversão tem como desiderato evitar a impunidade daquele que, embora não tenha mais vínculo com a Administração Pública, a tenha conspurcado através da prática de ilícitos quando em atividade. Esclarece o autor:

A medida tem caráter de não deixar passar em branco o mau comportamento daquele que, sem vínculo permanente com a Administração Pública, desonrou a confiança por ela depositada no exercício do cargo comissionado, cometendo ilícitos severos em posto de direção, chefia ou assessoramento, contra quem deve pesar a divulgação oficial da pena tardia, como registro negativo na vida profissional e como mácula para investidas futuras em cargos no Estado (CARVALHO, 2024, p. 1769).

Outra menção à conversão é vislumbrada no artigo 172, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90. Tal dispositivo consigna expressamente que a exoneração do servidor por reprovação em estágio probatório (artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.112/90) poderá, se for o caso, ser convertida em demissão. Eis o teor do artigo mencionado:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.
Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso (BRASIL, 1990).

Edimur Ferreira de Faria explica o mencionado artigo 172, da Lei nº 8.112/90:

O servidor que estiver respondendo a processo disciplinar não poderá ser exonerado, e nem aposentado. Tais direitos serão exercidos posteriormente ao encerramento do processo, se a conclusão for pela inocência do servidor, ou depois de cumprida a pena, se imposta. A exoneração de ofício no período probatório será convertida em demissão, se a infração cometida datar de antes da exoneração (FARIA, 2015, p. 632).

A expressão derradeira do instituto da conversão na parte disciplinar do Estatuto Federal é visto em seu artigo 182, que determina que no caso de êxito em pedido de revisão, a destituição do cargo em comissão (pena) deverá ser convertida em exoneração (sem caráter sancionador). Nesse sentido:

Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em

relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração. (BRASIL, 1990).

É possível perceber que os exemplos de conversão extraídos do Estatuto Federal têm o mesmo objetivo, a saber: alterar a natureza do rompimento do vínculo funcional então existente entre a Administração Pública e o servidor.

Nos dois primeiros casos, se admite a conversão da exoneração em penalidade expulsória, haja vista que o ato não punitivo se revelou inapropriado à espécie, sendo demonstrada a prática de ilícito funcional pelo servidor, quando em atividade, que desafiaria a aplicação da penalidade de destituição de cargo em comissão (artigo 135, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90), ou ainda a penalidade de demissão (artigo 172, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90).

Nas duas hipóteses mencionadas, o ato de exoneração se revelou equivocado e, por isso, parcialmente ilegal, o que determina que a Administração Pública adote as providências necessárias para corrigi-lo e, assim, restaurar-lhe a plena lisura.

O vício do ato, como se percebe, está em seu objeto, como elemento de “criação ou a alteração do direito ou da situação jurídica (FARIA, 2015, p. 248)”. Isso porque no contexto apresentado pelos artigos 135 e 172, da Lei nº 8.112/90, o ato adequado a ser editado seria o de natureza expulsiva, seja a destituição do cargo em comissão ou a demissão, haja vista a verificação e comprovação pela via adequada da prática de ilícito disciplinar.

Embora pareça sutil, é possível perceber que o vício não está, por exemplo, no motivo do ato administrativo. Isso porque, o motivo que justificou o primeiro ato é legal, afinal a exoneração pode ocorrer de ofício ou a pedido, sendo essas as razões fáticas e jurídicas de sua edição.

O vício também não está na competência, finalidade ou forma, uma vez que se espera que todos esses elementos tenham sido devidamente respeitados quando da exoneração.

Nesse sentido, é perceptível, como já indicado, que a ilegalidade estará presente no objeto do ato exoneratório, haja vista que a situação jurídica criada (exoneração) não é cabível à prática de ilícitos disciplinares devidamente apurados, a qual incide a sanção disciplinar de demissão.

É certo que a correção do objeto pela conversão repercutirá nos demais elementos do ato administrativo, sendo aproveitado, contudo, o efeito principal de rom-

pimento do vínculo funcional e a vacância do cargo, que desde a edição do primeiro ato (exoneração), já se vislumbra.

Como se viu, a própria Lei nº 8.112/90 elencou exemplos de admissibilidade de incidência do instituto da conversão. O referido Estatuto, contudo, não exauriu as possibilidades aos casos nele insertos, afinal o instituto da conversão, bem como o exercício da autotutela pela Administração Pública, já é sobejamente consolidado no direito administrativo.

Assim, não se faz necessário que a Lei nº 8.112/90 disponha de forma exaustiva sobre todas as hipóteses em que a conversão seja viável, haja vista que, além de já consagrada pelo direito administrativo moderno, a correção dos atos administrativos está prevista em outros diplomas legais, como a Lei Geral de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), que estabelece expressamente em seu artigo 53, que a Administração Pública pode e deve rever seus próprios atos de ofício.

Além da própria lei, o Supremo Tribunal Federal também editou as súmulas 376 e 473, que também consignam o mencionado poder-dever de a Administração Pública rever de ofício seus próprios atos.

Assim, ao trazer exemplos da aplicação da conversão, a Lei nº 8.112/90 reforça o dever de autotutela da Administração Pública, estabelecendo, de modo não exauriente, hipóteses em que se é possível converter o ato inicial por outro, mantendo, contudo, o efeito principal que é comum a ambos.

Ou seja, a Lei nº 8.112/90 apenas apresentou situações passíveis de conversão, exemplificando a possibilidade de manutenção dos efeitos principais de um ato (exoneração), ainda que ele seja convertido em outro (demissão).

As hipóteses trazidas pelo Estatuto Funcional não são exclusivas nem excluídas⁷⁷, uma vez que as demais hipóteses de conversão, como a aqui proposta,

⁷⁷ A Advocacia-Geral da União, ao apreciar fato trazido à sua apreciação, consignou em seu Parecer nº 0139/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU que o ordenamento não limita as possibilidades de conversão em penalidade expulsivas àquelas elencadas na Lei nº 8.112/90. Para a AGU, entendimento diverso resultaria em absurdo jurídico, possibilitando tratamento diverso para situações idênticas. Eis o excerto do mencionado ato enunciativo: “Apesar de não haver uma previsão literal de conversão de exoneração a pedido de cargo efetivo, em demissão, o fato é que existe a previsão para o caso do servidor punido com demissão que no momento da punição já está aposentado (art. 134 da Lei 8.112/90), sendo cassada sua aposentadoria (inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/90); e previsão expressa para a conversão da exoneração de cargo em comissão em destituição de cargo em comissão (parágrafo único do art. 135 da Lei 8.112/90). Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão. 7. Ora, se o servidor não efetivo terá registrado em seus assentamentos funcionais que foi

também é derivada do ordenamento jurídico, notadamente do princípio da autotutela, que é manifestado em leis, doutrina e jurisprudência, sendo a matéria inclusive sumulada pelo Corte Constitucional.

Nesse sentido, como será exposto no tópico ulterior, a autotutela é o fundamento do ato de conversão, atribuindo à Administração Pública o poder de rever seus próprios atos de ofício, seja anula-os ou revogando-os, ou, ainda, corrigindo-os.

5.4. **Fundamento da conversão: a autotutela.**

O fundamento da conversão é o mesmo da anulação e revogação dos atos administrativos, isto é, a autotutela atribuída à Administração Pública, que pode – e deve – de ofício ou por provocação, rever seus próprios atos. Nesta toada, como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas, a 346, que prevê que “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”, e a 473, cujo verbete sumular consiste:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969)

Além disso, a autotutela também é, muitas das vezes, estabelecida na legislação de cada ente federado, como na Lei 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Como pontuado por Di Pietro (2014, p. 70) a autotutela “é uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evi-

punido com pena capital (pena esta que traz consequências que, dentre outras, implicam em limitações a assunção de novos cargos públicos), porque o servidor efetivo não estaria submetido à mesma regra? 8. A interpretação do texto normativo não pode levar a interpretações absurdas. Não parece razoável um tratamento desigual para situações idênticas, ainda mais quando tal desigualdade significaria verdadeira homenagem àquele que se valeu da própria torpeza para tentar fugir das consequências da lei (BRASIL, 2023, p. 2).”

dentemente, o controle da legalidade”. Por essa razão, é perfeitamente possível que o poder público corrija seus atos, saneando os vícios verificados.

Sobre a autotutela, leciona Edimur Ferreira de Faria:

A autotutela é o poder conferido à Administração em decorrência da hierarquia organizacional para controlar a si própria. A Administração, por tal princípio, exerce controle sobre seus órgãos e agentes, dirigentes ou não, visando à legalidade dos seus atos. Em virtude dessa competência, à Administração Pública é lícito rever os seus atos, anulando-os por vício ou revogando-os por conveniência e oportunidade (Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal e art. 53 da Lei n. 9.784, de 29.1.99), e para punir os agentes que infringirem normas legais ou regulamentares. Essas decisões, entretanto, se lesivas a direito, podem ser revistas pelo Judiciário, por força constitucional. Ressalte-se que o ato de anulação ou o de revogação deve preceder de devido processo legal, processo administrativo, dando-se ao interessado a oportunidade para o exercício do direito de ampla defesa e a observância do princípio do contraditório (FARIA 2015, p. 71).

Observa-se, pois, que a autotutela garante a possibilidade de o poder público afastar atos indevidos e corrigir os inapropriados, adequando-os, mediante sua substituição, à real situação que determinou sua edição.

É importante mencionar que a autotutela não abrange apenas a anulação e a revogação. Segundo Raquel Urbano, outrora incidia ao direito público a teoria monista no que tange às nulidades do ato administrativo, sendo que cabia ao administrador, ao vislumbra-las, apenas reconhecer a sua invalidação. Com a evolução do Direito Administrativo, e primando pela eficiência, economia e ponderação, a doutrina passou a admitir a teoria dualista, reconhecendo que determinado vício de menor gravidade poderia ser convalidado, mantendo-se o ato administrativo, agora corrigido, no mundo jurídico. Vejamos:

Atualmente, entretanto, tem-se clara a mudança de paradigma doutrinário a propósito das consequências de eventuais vícios dos atos administrativos. Predominam aqueles que aderem a teoria dualista segundo a qual a resposta da ordem jurídica pode ser de maior ou menor repulsa, conforme maior ou menor a gravidade do vício apresentado pelo ato administrativo. Um ato que apresenta desconformidade grave em face das disposições jurídicas seria objeto de rechaçamento absoluto pelo ordenamento, merecendo ser expelido mediante ato de invalidação. Já o ato cujo vício de menor intensidade e que, assim, não justifica a expulsão do sistema, sujeita-se à convalidação (CARVALHO, 2008, p.433).

A conversão é exato instrumento de autotutela, promovendo a correção do ato administrativo quando equivocadamente editado e, por isso, ilegal. Neste diapasão, a autotutela não só permite, mas determina que a autoridade, tendo ciência do

vício do ato, promova sua retificação (como a convalidação pela conversão) ou sua retirada do mundo jurídico (como na anulação ou revogação).

Neste raciocínio, o Estado, não podendo admitir a manutenção de ato ilegal e desejando manter seus os efeitos práticos (que são legais), decide, ao invés de anular e criar um terceiro ato que produzirá efeitos a partir de sua edição, operar a conversão, editando apenas o segundo ato que substituirá, desde a origem, o primeiro.

A conversão prestigia a economia, a celeridade e o aproveitamento dos efeitos práticos do ato anterior, alicerçado no fundamento de a Administração Pública poder/dever rever seus próprios atos de ofício ou mediante provocação. Além disso, a conversão também prestigia o próprio interesse público, como leciona Raquel Urbano:

Com efeito, é o interesse público que fundamenta o entendimento de que há dois institutos aptos a recompor a legalidade violada por um determinado vício. Isso porque, se uma desconformidade pode ser sanada, não se justificaria a supressão do ato, à luz do próprio interesse social. Não há que se falar em invalidação, se o ato pode ser convalidado, ou seja, se pode ser re praticado sem vício (CARVALHO, 2008, p. 433).

A lei de processo administrativo federal prevê a convalidação dos atos administrativos no mesmo capítulo em que dispõe sobre a anulação e revogação, inserindo a correção do ato administrativo no contexto do exercício da autotutela. Assim, o capítulo XIV, da Lei nº 9784/99, trata “da anulação, revogação e convalidação”, e consubstancia em seu artigo 55, que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração (BRASIL, 1999)”.

Assim, é possível concluir que a Administração Pública, no exercício da autotutela, pode e deve rever seus atos, valendo-se, para tanto, não apenas da anulação ou revogação, como outrora, mas também dos institutos de correção do ato administrativo, como a conversão, que é objeto do presente estudo.

5.5. Conversão da exoneração em penalidade expulsiva

Como oportunamente visto a exoneração e a demissão possuem os mesmos efeitos fáticos, quais sejam: o rompimento do vínculo funcional e a vacância do car-

go. Nesta perspectiva, seria possível a conversão da exoneração em penalidade expulsiva?

Se a Administração Pública possui o poder/dever de apurar e punir as transgressões disciplinares de seus servidores enquanto nesta condição, entendemos que a exoneração, seja a pedido ou de ofício, se apresenta como ato equivocado, devendo ser corrigido mediante a substituição pelo ato correto.

O erro é inerente às atividades públicas, haja vista ter o Estado vultosa gama de atribuições que, por si só, são arriscadas, possuindo ainda diversos servidores que, decerto, são susceptíveis ao erro. Desta forma, por exarar milhares de atos diariamente, é comum e aceitável a existência de vícios em alguns deles, devendo ser retificados ou afastados quando percebidos pela autoridade competente.

Além disso, a atuação em toda circunscrição territorial do ente federado e a própria dinâmica da atividade da Administração Pública, pode fazer com que determinada transgressão disciplinar se mantenha incógnita durante anos, sendo descoberta tão somente quando o servidor infrator já tiver se desvinculado de seu cargo por meio da exoneração.

A própria Administração reconhece a amplitude de suas atividades e a dificuldade de se conhecer as infrações disciplinares cometidas por seus servidores, tanto o é que na contagem do prazo prescricional considera a data em que o fato se tornou conhecido, e não a data em que ele ocorreu, como no direito penal.

Isso ocorre em razão da previsão do artigo 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, que dispõe que “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (BRASIL, 1990)”, e também do conteúdo da súmula 635, do Superior Tribunal de Justiça, que além de ratificar o teor normativo do já mencionado artigo 142, §1º, ainda acresce que o prazo prescricional se mantém interrompido por 140 (cento e quarenta) dias, haja vista ser este o somatório dos prazos dos atos processuais dispostos nos artigos 152 e 167, da Lei nº 8.112/90⁷⁸.

Sobre o tema, explica Antônio Carlos Alencar Carvalho:

Não haveria como se censurar a postura estatal de não exercer seu poder disciplinar diante de fatos desconhecidos, nem muito menos se falar de

⁷⁸ Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública relativamente a delitos funcionais, enquanto não venham à tona as irregularidades. É intuitiva a razão da regra do art. 142, §1º, da Lei Federal nº 8.112/90, ao capitular o início da contagem da prescrição a partir da data de conhecimento do fato pela Administração Pública, haja vista que, do contrário, servidores inescrupulosos poderiam valer-se de seu dolo e astúcia, mediante a ocultação de suas faltas e das irregularidades praticadas, somente permitindo a respectiva ciência pelas autoridades administrativas competentes depois de decorrido lapso temporal bastante para implicar a constatação de que já estavam prescritas as infrações, o que seria premiar a própria torpeza e dissimulação dos transgressores (CARVALHO, 2024, p.1.782).

Não parece razoável, nesta cognição, que um servidor que desviou milhões de reais em um imenso esquema de corrupção se exonerasse e, por consequência, afugentasse a aplicação de qualquer sanção disciplinar. Menos aceitável seria permitir seu retorno imediato aos quadros funcionais do ente que lesou, seja como efetivo, seja como comissionado.

Por essa razão a exoneração não pode servir como verdadeiro instrumento de impunidade que esvazia o poder disciplinar do Estado mediante o rompimento indevido do vínculo funcional.

É cediço que o servidor público tem o direito de se exonerar, podendo o pleito ser processado e concedido ao servidor, exceto se já instaurado o Processo Administrativo Disciplinar. Contudo, é coerente que o Estado, tendo o direito e o dever de investigar irregularidades cometidas por servidor público enquanto no exercício de suas funções possa, pelo exercício da autotutela, rever a exoneração indevidamente concedida, convertendo-a em demissão.

É como se posiciona Marcello Caetano:

A efectivação da responsabilidade existente durante o exercício do lugar pode ocorrer só depois de o funcionários deixar de estar em actividade ou mesmo após o autor dos factos já ter perdido a qualidade de agente. Na verdade, acontece com frequência que só tempo depois de ocorridos os factos eles são conhecidos e podem ser apreciados. Quando essa apreciação conduza à conclusão de ter havido infracção punível, o facto de o responsável já não estar ao serviço ou já não ser agente, não impede a aplicação das sanções justas. Ao funcionário exonerado pode então ser imposta a pena de demissão, o que não altera a sua situação mas produz efeitos graves, sobretudo o de impedir o condenado de voltar a desempenhar lugares públicos. Quando a execução da pena aplicada, porém, pressupuser o exercício de função, então a pena é inexecutável, salvo se o condenado algum dia regressar ao serviço ou voltar a adquirir a qualidade de agente: a pena aplicada será averbada no registro biográfico do condenado e publicada de modo que eventualmente possa vir a ser executada (CAETANO, 2008, p. 817).

O Procurador Federal Roberto Inácio de Moraes se posiciona no mesmo sentido:

Portanto, viável a instauração de processo disciplinar contra ex-servidor, exonerado a pedido ou aposentado voluntariamente. No tocante as penas administrativas passíveis de aplicação após a conclusão do processo, devem ser anotadas nos assentos funcionais do servidor, de modo que no caso de reingresso no serviço público, não estando extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, a punição deve ser aplicada. Sendo o caso de aplicação das penas de demissão ou destituição de cargo em comissão, a exoneração deve ser convertida nestas cominações, fazendo-se incidir as restrições previstas nos artigos 136 e 137, *caput* e parágrafo único da Lei 8.112/1990 (MORAES, 2011).

Sobre a conversão da exoneração em penalidade disciplinar, podem ser extraídos três requisitos:

Cometimento de infração disciplinar enquanto servidor público: como o objeto do ato de demissão é o vínculo funcional, só seria possível a conversão em penalidade expulsiva se o ilícito tiver sido cometido enquanto o servidor se encontrava no exercício de suas funções, e não em momento posterior à exoneração, em que tal vínculo já teria sido desfeito.

Infração punível com demissão ou destituição de cargo comissionado: Não há que se falar em conversão de exoneração em outras penalidades disciplinares, como o caso de repreensão e suspensão, uma vez que estas últimas não aproveitariam nenhum efeito prático da exoneração, além de serem inexequíveis pela ausência de vínculo funcional.

Conversão no período aprazado para o exercício da autotutela: Em regra, o prazo para o exercício da autotutela está previsto em lei que, no âmbito da União, notadamente do artigo 54, da Lei nº 9784/99, é de cinco anos a partir da data em que o primeiro ato foi publicado, conforme a seguir reproduzido:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato (BRASIL, 1999).

Verificada a presença dos mencionados requisitos, defende-se ser possível a conversão da exoneração em penalidade expulsiva, sobretudo para proteger a Ad-

ministração Pública e o interesse da coletividade da impunidade e a manutenção do servidor que praticou ilícitos disciplinares graves no serviço público.

A teleologia das penas expulsivas é, aliás, exatamente afastar os servidores contraproducentes ao interesse público, produzindo efeitos acessórios que, em muitos casos, impedem seu retorno durante determinado período aprazado em atos normativos, como o previsto no artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, que impede nova investidura, pelo período de cinco anos, dos então servidores que foram demitidos por valerm-se do cargo para lograr proveito pessoal (artigo 117, inciso IX), que praticarem advocacia administrativa (artigo 117, inciso XI), crime contra a administração pública (artigo 132, inciso I), insubordinação grave (artigo 132, inciso II), aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (artigo 132, inciso X), e atos de corrupção (artigo 132, inciso XI)⁷⁹.

É válido, portanto, discorrer sobre os efeitos decorrentes da conversão da exoneração em penalidade expulsiva, bem como sobre o momento em que a conversão poderá ser operada pela Administração Pública.

⁷⁹ O parágrafo único do artigo 137, dispõe que a prática das infrações nele contidas, todas previstas no artigo 132, da Lei nº 8.112/90, proíbem, em definitivo, o retorno do então servidor demitido aos quadros funcionais da União. No entanto, conforme decidido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação do mesmo impedimento quinquenal previsto no caput do artigo 137, às hipóteses previstas em seu parágrafo único. Nesse sentido, eis a ementa da decisão:

Ementa: Direito constitucional e administrativo. Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. Presença de erro material e obscuridade. Provimento. 1. Embargos de declaração contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade do art. 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990 e determinou a comunicação do teor da decisão ao Congresso Nacional. 2. O embargante pede: (i) a retificação da ementa do acórdão, que afirma incorretamente que a norma foi declarada inconstitucional sem pronúncia de nulidade; (ii) a integração do acórdão, para que, nas hipóteses descritas no art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, seja aplicado o prazo de incompatibilidade de 5 (cinco) anos constante do caput desse mesmo dispositivo, até que o Legislativo fixe outro; e (iii) a modulação dos efeitos da decisão, com a atribuição de eficácia prospectiva. 3. As situações previstas no dispositivo declarado inconstitucional (demissão por crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção) são evidentemente mais graves do que aquelas apenadas com o prazo de incompatibilidade de 5 (cinco) anos do art. 137, caput. 4. Assim, os ex-servidores que nelas se enquadrem devem estar submetidos, no mínimo, à mesma restrição aplicável a condutas menos reprováveis. Tal medida se impõe seja por um juízo de proporcionalidade, seja pela possibilidade de enquadramento das condutas como descumpridoras da vedação prevista no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/1990. 5. Embargos de declaração providos para (i) para retificar o erro material constante da ementa do acórdão embargado, com a exclusão do trecho “sem pronúncia de nulidade”; e (ii) para esclarecer a aplicabilidade da sanção prevista no art. 137, caput, da Lei nº 8.112/1990 às situações previstas no seu parágrafo único, até que sobrevenha lei a dispor sobre a matéria. (ADI 2975 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-05-2023 PUBLIC 17-05-2023)

5.6. Momento e efeitos da conversão

Carvalho Filho, de forma menos abrangente que a proposta, admite a conversão da exoneração em penalidade expulsiva quando a exoneração se dá no curso do Processo Administrativo Disciplinar:

Quando o servidor está respondendo a processo administrativo suscetível da aplicação da pena de demissão, a Administração tem o direito de não conceder a exoneração a pedido, bem como o dever de não exonerar ex officio enquanto o processo não termina. Como é sabido, os efeitos da demissão têm aspectos diversos dos que advêm do ato de exoneração, de modo que não teria sentido conceder-se a exoneração diante da visível possibilidade de o servidor vir a ser demitido. O correto, na hipótese, é aguardar-se o desfecho do processo administrativo: havendo demissão, não haverá mesmo ensejo para conceder-se exoneração; sendo diversa a punição, a exoneração pode ser normalmente concedida, se for requerida pelo servidor, ou providenciada de ofício pela Administração. Quid iuris, porém, se, a despeito de processo disciplinar em curso, com possibilidade de aplicação da pena de demissão, for concedida a exoneração a pedido, ou praticado o ato de exoneração ex officio? Em nosso entendimento, terá havido erro administrativo, porque a Administração não pode abrir mão de seu dever de sancionar quando o servidor tiver praticado infração funcional, sobretudo a infração grave passível de demissão. Desse modo, se o processo culminar realmente com a pena de demissão, não haverá outra alternativa senão a de anular o ato de exoneração e praticar o de demissão, o que, na prática, significa a conversão da exoneração em demissão. O que nos parece injurídico é considerar que o ato de exoneração teria servido como meio de perdoar o servidor pela infração grave cometida. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 686 e 687).

Como exposto pelo autor, a concessão da exoneração no curso do Processo Administrativo Disciplinar importa em erro por parte da Administração Pública, que deverá convertê-la em demissão se assim concluir o referido processo. Ora, se a Administração exonera o servidor, ainda que antes da instauração do processo administrativo disciplinar, também está incorrendo em erro, afinal o servidor que cometer transgressão disciplinar grave deve ser demitido, e não exonerado.

O vício da exoneração não está no impeditivo legal de não processá-la quando o servidor ainda estiver como imputado em Processo Administrativo Disciplinar, mas sim de exarar ato não punitivo quando, na verdade, deveria sê-lo. Ademais, o servidor tão somente foi exonerado em razão de ainda não ser conhecida sua transgressão disciplinar, pois caso assim fosse, o processo disciplinar teria se instalado.

Por essa razão, pouco importa se o processo disciplinar foi ou não instaurado, bastando que a exoneração tenha sido o ato escolhido por desconhecimento da Administração Pública quanto a prática de transgressão disciplinar passível de demissão. Caso contrário estaria a se delimitar o prazo para impunidade, isto é, aque-

les que se exonerarem até a instauração do processo disciplinar são impunes, enquanto os que pretendem se manter no cargo, ou até mesmo desejam justificar a transgressão por honra pessoal, estariam sujeitos à penalidade de demissão, que pode produzir, nas situações já vistas, o efeito acessório impeditivo de ocupar cargo público efetivo ou comissionado nos cinco anos subsequentes à decisão sancionadora.

Desta maneira, considerando que ninguém pode se valer da própria torpeza, proibir a conversão de exoneração em demissão importaria em prestigiar a impunidade dos covardes, que enxugam o poder disciplinar através de uma manobra dissimulada de êxito de sua empreitada infracional.

Pelos motivos expostos é possível perceber que a exoneração pode, a qualquer tempo, desde que compreendido no período da autotutela, ser convertida em demissão.

A conversão da exoneração em demissão, embora mantenha os efeitos práticos do primeiro, apresenta modificações em seus efeitos jurídicos, uma vez que implica em:

- a. *Retroatividade do ato demissório*: Consequência da própria conversão, que impera efeitos retroativos. Desta forma, desde a data da exoneração o servidor será considerado demitido.
- b. *Inclusão da decisão nos registros funcionais do servidor*: a penalidade de demissão ficará arquivada, em substituição à exoneração, na pasta funcional do servidor.
- c. *Proibição de ocupar cargos no quinquênio subsequente à demissão*: Nos termos do já mencionado artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90.
- d. *Proibição de concorrer a cargos públicos*: Alguns cargos (em especial os que contam com fase de verificação de idoneidade moral) possuem previsão no edital acerca da vedação ou inabilitação de servidor público demitido em participar ou prosseguir no certame. Isso ocorre, por exemplo, nos concursos públicos para o provimento de cargos da Polícia Federal, que conforme previsão editalícia possui fase de investigação social, que impede a continuidade no certamente, dentre outros, de servidor demitido⁸⁰.

⁸⁰ Nos termos do Anexo VI, do EDITAL Nº 1 – DGP/PF, DE 15 DE JANEIRO DE 2021, “6 São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável do candidato: (...)VI – demissão de cargo público ou destituição de cargo em comissão, em qualquer órgão da administração

Reitera-se, portanto, que a importância prática de tal instituto é indubitosa, tendo a aspiração de afastar servidores contraproducentes aos interesses do Estado, punindo-os com o rigor necessário a se reestabelecer a normalidade administrativa, e a observância do regime jurídico-administrativo que orienta a atividade pública.

Assim, pela possibilidade de se converter a exoneração de um servidor público que praticou ilícito grave em penalidade expulsiva, afasta-se o manejo de manobras de ilibação disciplinar pela exoneração, permitindo à Administração Pública o exercício de seu direito de apurar e punir os atos ilícitos perpetrados por seu corpo funcional, ainda que este não tenha mais vínculo com o ente federado ou, ainda, que tenha com ele novo vínculo.

Em que pese a penalidade expulsiva figurar como o efeito principal do ato, os efeitos secundários são tão relevantes quanto o primeiro. Isso porque a penalidade expulsiva, como visto, pode impedir que o indivíduo ocupe outro cargo efetivo ou comissionado por período determinado em lei, além de impedi-lo, em determinados casos, até mesmo de concorrer a cargos através de concurso público.

Nesse sentido, a conversão do ato despido de natureza sancionatória em outro imbuído de tal cariz desemboca na adequada análise e providência por parte da Administração Pública, quando diante de ilícito disciplinar que a macule, transluzindo o respeito à supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como à moralidade administrativa e eficiência.

Em que pese a ausência de previsão legal para a conversão da exoneração em penalidade expulsiva, o instituto da conversão, como modalidade de convalidação do ato administrativo, é sobejamente utilizado na prática administrativa, além de admitida por esta, pela doutrina e pela jurisprudência, não se tratando de nova penalidade, mas sim de correção do ato administrativo erroneamente exarado pela Administração, afinal ao servidor que comete transgressão grave é cabível a pena de demissão, e não o seu desligamento incólume do quadro funcional do Estado.

5.7. Operacionalização da conversão

A penalidade de demissão é uma das consequências do processo administrativo disciplinar. De efeito, havendo o servidor já se exonerado, defende-se que o Processo Administrativo Disciplinar deve ser normalmente instaurado, sendo sugerido, ao seu término e se for o caso, a conversão da exoneração em demissão.

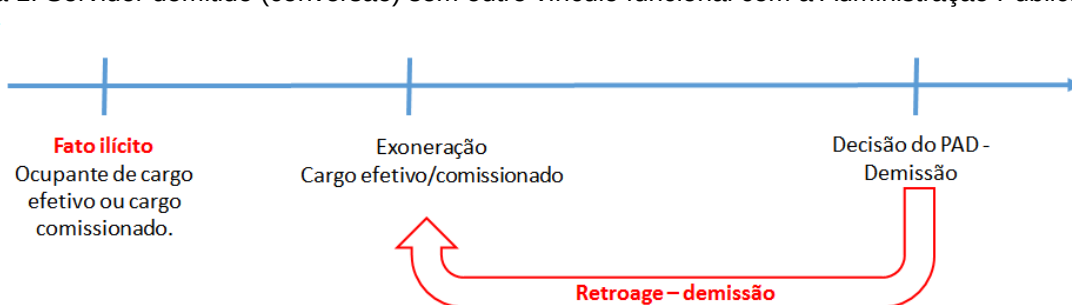
A conversão de exoneração em demissão deve ser precedida de processo administrativo disciplinar, haja vista que, como dito, a própria demissão só pode ser aplicada através desse meio. Assim, a conversão será a providência da penalidade demissória aplicada, substituindo o ato de exoneração.

Ocorre que em alguns casos será necessária a instauração de processo simplificado para operacionalizar os efeitos da conversão, e isso ocorrerá quando o servidor, inicialmente exonerado, estabelecer novo vínculo com a Administração Pública.

Para melhor esclarecer o exposto e considerando os já mencionados efeitos reflexos da penalidade de demissão, é preciso estabelecer quatro distintas situações que deverão ser objeto de breve análise.

A primeira deles corresponde ao servidor que teve sua exoneração convertida em demissão, e que não possui outro vínculo funcional com a Administração Pública. Nesse caso se realiza o devido processo administrativo disciplinar e, ao seu término, determina a conversão da exoneração em penalidade expulsiva. Não há aqui a necessidade de qualquer instauração posterior de novo processo, bastando o PAD. Em ilustração, a conversão se daria da seguinte maneira:

Figura 1: Servidor demitido (conversão) sem outro vínculo funcional com a Administração Pública.

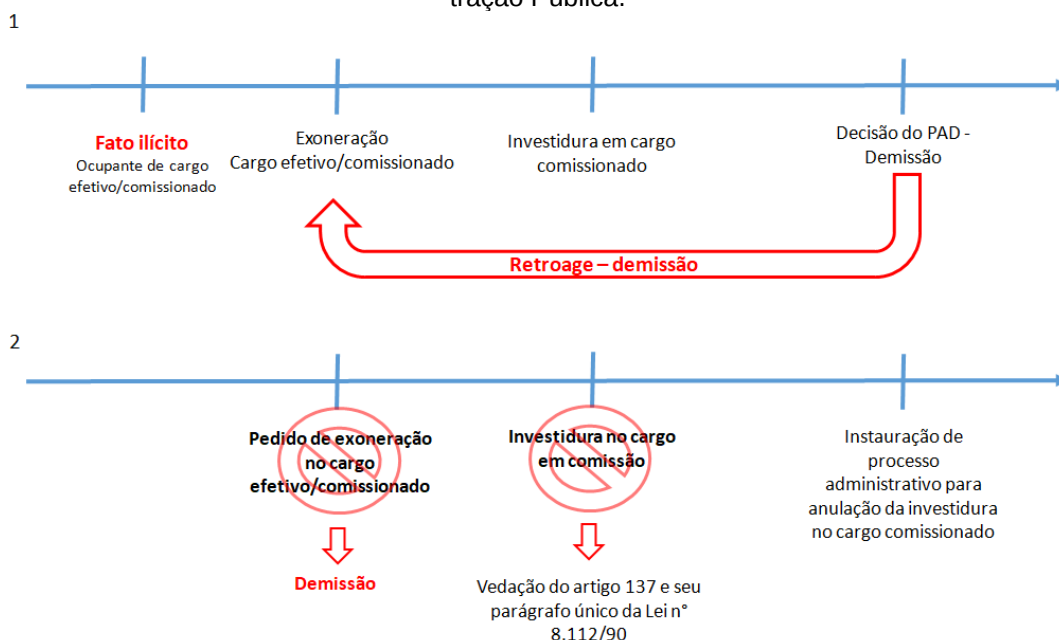


A segunda situação, por sua vez, corresponde à hipótese em que o servidor cuja exoneração foi convertida em demissão ostenta novo cargo, de natureza comissionada, com a Administração Pública. Nesse caso é preciso verificar se o fundamento da demissão se enquadra nas causas previstas no artigo 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90 e, em caso positivo, verificar se nomeação para o cargo em comissão se deu durante os cinco anos que sucederam à penalidade de demissão aplicada.

Sendo também positiva a segunda a análise faz-se necessário, além do processo administrativo disciplinar que operacionalizou a conversão, a instauração de novo processo administrativo, de natureza simplificada, visando anular a nomeação ilegal para o cargo comissionado, vez que vedado pelo mencionado artigo 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, sendo franqueado o contraditório e ampla defesa ao servidor sobre os aspectos relacionados à anulação da nomeação, haja vista que a demissão já foi aplicada de forma irrecorrível no âmbito administrativo.

Desta maneira, em ilustração:

Figura 2: Servidor demitido (conversão), com novo vínculo de natureza comissionada com a Administração Pública.



A terceira possibilidade cinge-se ao fato de o servidor ter sua exoneração convertida em demissão, e já ter sido investido em outro cargo efetivo mediante a

aprovação em concurso público. Nessa hipótese três aspectos devem ser analisados.

As duas primeiras são idênticas à situação anterior, devendo ser analisados os fundamentos da demissão e o período em que ela foi aplicada. Além disso, é necessário verificar, ainda, se há previsão no edital para o provimento do novo cargo ocupado pelo servidor, que impeça que servidores demitidos participem ou se mantenham no certame.

De efeito, em sendo as duas primeiras análises positivas, desembocará, como visto, na deflagração de processo administrativo para que se promova a anulação da investidura do servidor, por ser ela ilegal.

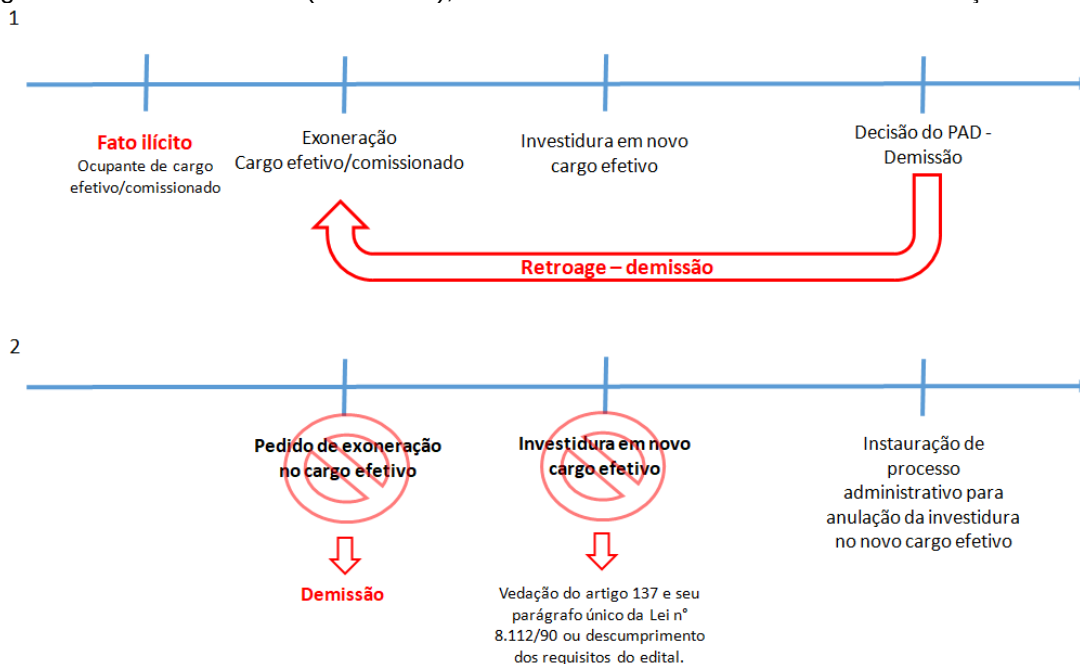
Sendo a terceira análise positiva o mesmo se vislumbra.

Em todo caso, é importante consignar que a demissão retroage à data da exoneração, e isso faz com que o servidor seja impedido de ser investido no cargo, pois vedado pelo artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, uma vez que pelo efeito retroativo da conversão, o servidor já era considerado demitido desde a data da exoneração.

Igual entendimento se aplica à vedação de participar ou prosseguir em concurso público, afinal à data do certame, por já ser considerado demitido desde a sua exoneração, não satisfazia todas as exigências contidas no edital.

Em ambos os casos, faz-se necessária a instauração de processo administrativo ordinário para viabilizar o contraditório e a ampla defesa quanto a anulação da investidura ilegal no segundo cargo efetivo:

Figura 3: Servidor demitido (conversão), com novo vínculo efetivo com a Administração Pública.



Nota-se que por ficção jurídica viável pela retroatividade da demissão, o servidor, embora tivesse realizado o concurso antes da decisão do processo administrativo disciplinar que converteu sua exoneração na penalidade, não poderá assumir outro cargo público, seja pela vedação do artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, seja por vedação no edital de concurso público para a participação e prosseguimento de servidores demitidos. Exatamente por isso deve se anular a investidura no novo cargo efetivo.

A situação derradeira relaciona-se ao fato do servidor que ocupava dois cargos simultaneamente em acúmulo lícito. Nesse caso os efeitos acessórios da conversão da exoneração em demissão não possuem o condão de afetar outro cargo senão aquele cuja conversão se operou. Isso porque não há novo vínculo com o serviço público, mas vínculo pretérito que não é alcançado, afinal a exoneração convertida se deu quando o servidor já possuía dois cargos.

5.8. O instituto da conversão na jurisprudência

Cabe mencionar, inicialmente, que a matéria não é muito apreciada nos Tribunais, vislumbrando-se escassas decisões sobre a conversão.

Carvalho Filho, ao mencionar o seu já reproduzido posicionamento sobre a conversão da exoneração em demissão (admite, desde que a exoneração se dê no

curso do processo), cita o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.056, do Estado de Goiás, julgado em 2001 (o que reforça a escassez do debate sobre matéria no judiciário), em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade de conversão de exoneração em demissão a bem do serviço público, manifestando que “exonerado, o servidor fica fora do âmbito da Administração, e a sanção simplesmente administrativa já não o alcançam” (BRASIL, 2001).

O Tribunal limitou sua análise à ausência hodierna do vínculo funcional, não se atendo ao poder de autotutela do Estado em corrigir seus próprios erros e, sobretudo, quanto aos efeitos acessórios da conversão, que impede, nos casos previstos em lei, o retorno do servidor ao serviço público pelos cinco anos subsequentes à demissão.

Deveras, como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, o servidor exonerado não guarda mais o vínculo funcional com a Administração Pública, mas isso não parece ser suficiente para sua impunidade e permissão, sem qualquer objeção, de retorno ao serviço público.

Como defendido no presente trabalho, a Administração Pública, quando aquiesceu e processou o pleito exoneratório do servidor público que praticou ilícito disciplinar passível de demissão, incorreu em erro (ainda que por não conhecer a ilicitude a tempo), devendo consertar o ato através do poder-dever de autotutela reconhecido por lei e pelo Supremo Tribunal Federal, substituindo a exoneração pela demissão.

A consertação do ato prestigiará a moralidade e eficiência administrativa, além da legalidade e tutela do interesse público, combatendo de forma eficaz eventuais manobras ou fendas que viabilizem a impunidade e a manutenção de atos indesejados e corruptivos no âmbito da Administração Pública.

Como visto, a conversão da exoneração em penalidade expulsiva será precedida do devido processo administrativo, com a plena observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, de forma a prestigiar a legalidade e conformidade do ato a ser exarado.

Imagine-se o exemplo de servidor exclusivamente comissionado que conhece diversos políticos influentes. Certo dia esse servidor desvia dez mil reais do órgão que trabalha para sua conta pessoal. Na iminência de ser descoberto, um dos políticos, seu amigo, lhe telefona, e diz que o Processo Administrativo Disciplinar será instaurado na próxima semana. Cômico das implicações referentes à instauração do processo disciplinar, o servidor pede exoneração, se desvincula do serviço público e,

aproximadamente um mês depois, é nomeado para outro cargo comissionado, podendo perpetuar seus desvios de recursos públicos.

Não soa razoável o supramencionado exemplo, mas é exatamente o que seria possível caso a conversão da exoneração em demissão não fosse admitida.

Nestes termos, a prevenção especial da conversão ganha nova roupagem, haja vista que, por seu efeito acessório, tem o condão de impedir (nas hipóteses previstas no artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90) novas irregularidades pelo servidor cuja exoneração foi convertida em demissão por pelo menos cinco anos futuros.

A atual inexistência de vínculo funcional com a Administração Pública não impede que este mesmo servidor, no futuro, volte a ocupar cargos públicos. Assim, caso a exoneração, equivocadamente ratificada pela Administração Pública, se mantenha, o servidor que praticou irregularidade passível de demissão voltará aos quadros funcionais da Administração Pública, mantendo impune sua conduta de outrora, que conforme se extrai do artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, são as mais perniciosas e corruptivas condutas que podem ser praticadas no âmbito disciplinar.

Assim, a aceitação de ponte de impunidade com base meramente na ausência de vínculo funcional atual consiste em mácula ao supedâneo normativo regente da própria Administração Pública, destacando-se os princípios da legalidade, moralidade, eficiência e, ainda, de combate a corrupção como política pública e diretriz gerencial em ascensão no país.

Ancorado em referidas bases, o Superior Tribunal de Justiça, em julgados mais recentes, passou a considerar os efeitos acessórios da demissão, até mesmo citando a possibilidade da conversão da exoneração em demissão no âmbito do Recurso Especial nº 1.186.908, do Estado de São Paulo, cuja ementa consiste:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OPERAÇÃO TÊMIS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO PELO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que a recorrente, Analista Tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, encontra-se respondendo a Processo Administrativo Disciplinar, em razão de suposto envolvimento com as irregularidades investigadas pela "Operação Têmis", deflagrada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal no ano de 2007.

2. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de deferir pedido de exoneração de servidor público quando em curso processo administrativo disciplinar.

3. Ainda que a finalidade específica de aplicação de penalidade possa resultar prejudicada pelo afastamento voluntário do servidor (pedido de exo-

neração), restam outros fins a serem alcançados pela investigação na esfera administrativa, qual seja, a possibilidade de conversão da exoneração em demissão por interesse público, impossibilitando a impetrante de nova investidura em cargo público federal pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 137 da Lei n. 8.112/90.

Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.186.908/SP, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 11/11/2010.)

Em 2018, o Superior Tribunal de Justiça manifestou que o entendimento atual da corte é no sentido de “permitir a apuração disciplinar e aplicação das respectivas penalidades mesmo quando o servidor não mais ocupa o cargo público em relação ao qual está sendo investigado”. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO DO CARGO PÚBLICO RELACIONADA À APURAÇÃO DISCIPLINAR. NOMEAÇÃO EM OUTRO CARGO PÚBLICO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 282/STF E 83/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança contra ato do Corregedor-Geral da Polícia Federal para que seja declarada a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar 012/2009-COGER/DPF, Ciapro 08200.014639/2008-93, para impedir a aplicação de qualquer penalidade disciplinar contra o ora recorrente. Argumenta a parte recorrente que na data da abertura do Processo Administrativo Disciplinar não mais ocupava o cargo público de Escrivão da Polícia Federal, mas de Delegado da Polícia Federal, e que sua exoneração no cargo anterior e nomeação no novo cargo impediriam a apuração disciplinar, já que a penalidade deve ser aplicada enquanto investido no cargo em que se deram os fatos, nos termos dos arts. 33, I, 148 da Lei 8.112/1990.

2. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos arts. 33, I, 148 da Lei 8.112/1990, pois os referidos dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem.

3. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ no sentido de permitir a apuração disciplinar e aplicação das respectivas penalidades mesmo quando o servidor não mais ocupa o cargo público em relação ao qual está sendo investigado, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea “a” do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

4. Nesse sentido: MS 14.432/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13/8/2014, DJe 22/8/2014; REsp 1.186.908/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/11/2010, DJe 11/11/2010.

5. Recurso Especial de que se conhece em parte para, nessa parte, negar-lhe provimento.

(REsp n. 1.726.941/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/8/2018, DJe de 20/11/2018.)

O caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça é similar ao objeto de estudo desta dissertação. Conforme se extrai dos autos processuais, em especial do voto do ministro relator Herman Benjamin, o recorrente havia ingressado no funcionalismo público como Escrivão da Polícia Federal em 25 de julho de 2007, e em 27 de outubro daquele mesmo ano, teria praticado determinado ilícito disciplinar.

Em 28 de dezembro de 2007, o recorrente exonerou-se do cargo de Escrivão de Polícia Federal, sendo investido no cargo de Delegado de Polícia Federal.

Ocorre que o Processo Administrativo Disciplinar para apurar o ilícito ocorrido em 27 de outubro de 2007, enquanto ainda investido no cargo de Escrivão de Polícia Federal, apenas foi iniciado em 21 de maio de 2009, quando já ocupava o cargo de Delegado de Polícia Federal.

O recorrente então pugnou pela nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, pedindo ao Judiciário que reconhecesse o impedimento de ele sobre ele recair qualquer penalidade, haja vista que ao tempo do suposto ilícito não mais ocupava o cargo de Escrivão, mas de Delegado de Polícia Federal, defendendo que a aplicação de sanção quando investido em outro cargo público seria inviável.

Como visto, discordando da tese aventada pelo recorrente, o Superior Tribunal de Justiça defendeu a possibilidade de apuração de ilícitos disciplinares, bem como sua respectiva punição, ainda que o então servidor não mais ocupe o cargo em que, há época, cometeu a irregularidade. Além disso, consignou ser esse o atual entendimento da Corte.

A matéria, conquanto escassa nos Tribunais, parece ser admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, que já reconheceu, em dois julgados colacionados neste tópico, a possibilidade de apuração e penalização de ilícitos disciplinares praticados em cargo diverso do atualmente ocupado pelo servidor ou, ainda, praticado por ex-servidores, bem como reconheceu a importância dos efeitos reflexos da conversão da exoneração em demissão, em destaque a impossibilidade, nos casos previstos no artigo 137 e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, de nova investidura e cargo público pelo quinquênio posterior à decisão administrativa.

5.9. A aplicação da conversão pela Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais: os contratos da Secretaria de Estado de Defesa Social como impulso ao instituto

A aplicação da conversão de exoneração em penalidade expusilva foi inicialmente pensada, no âmbito da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais, para os então agentes penitenciários em contrato temporário⁸¹.

Isso porque embora tivessem praticado determinado ilícito grave, referidos agentes temporários eram desligados mediante a mera rescisão de seu contrato, não tendo a medida qualquer natureza sancionadora.

Tendo em vista os inúmeros agentes penitenciários contratados que cometeram irregularidades graves, somado ao fato de sobre eles incidir a mera rescisão contratual, o que possibilitaria seu retorno ao quadro funcional do Estado, inclusive como servidores efetivos (após aprovação em concurso público), a Corregedoria da Secretaria de Estado de Defesa Social provocou a Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais a se manifestar, sendo exarado, naquela ocasião, o Parecer/Núcleo Técnico SCA nº 91/2015.

O parecer tratou da Lei Estadual nº 18.185/2009, que dispunha sobre a contratação temporária no âmbito do Estado de Minas Gerais⁸², sendo possível constatar a determinação de incidência do regime disciplinar previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 869/52), também aos agentes temporários. Nesse sentido, dispunha os artigos 11 e 12, da então vigente Lei Estadual nº 18.185/2009:

Art. 11. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância a ser concluída no prazo de trinta dias, assegurada a ampla defesa.

Art. 12. O pessoal contratado nos termos desta Lei fará jus aos direitos estabelecidos nos dispositivos previstos no § 3º do art. 39 da Constituição da República.

Parágrafo único. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 132 a 142, 152 a 155, 191 a 212, 244, incisos I, III e V, e 245 a 274 da Lei nº 869, de 5 de julho de 1952. (MINAS GERAIS, 2009)

⁸¹ Em razão da Emenda Constitucional nº 104/2019, o cargo de Agente Penitenciário passou a se chamar Policial Penal, sendo inseridos no rol de instituições de segurança pública previsto no artigo 144, da Constituição Federal. Em Minas Gerais, a Lei nº 24.959/2024, alterou a expressão “Agentes de Segurança Penitenciário” por “Policial Penal”.

⁸² A Lei nº 18.185/2009 foi revogada pela Lei nº 23.750/2020, que também estabelece a aplicação da parte disciplinar da Lei nº 869/52, aos contratos temporários.

Dentre os dispositivos que eram – e ainda são - aplicáveis aos agentes temporários, vislumbra-se o artigo 244, incisos I, III e V, que consubstancia as penas disciplinares de repreensão, suspensão e demissão.

Além disso, também se percebeu a aplicação aos agentes temporários dos artigos 245 a 274, da Lei Estadual nº 869/52, que estabelecem os deveres e proibições funcionais, os ilícitos disciplinares e as penas cabíveis a cada um deles, além das autoridades competentes para punir.

Ou seja, constatou-se que a própria lei de regência dos agentes temporários de Minas Gerais a eles estabeleceu o mesmo rigor dispensado aos servidores públicos efetivos e comissionados, prevendo como ilícito disciplinar a prática das mesmas condutas, e sua punição através das mesmas sanções.

Dessa forma, o legislador instituiu o regime disciplinar aplicável aos agentes temporários, possibilitando a incidência de sanções previstas no Estatuto Funcional quando comprovada a prática do ilícito disciplinar cuja prática lhe foi imputada.

Com base em tal análise, concluiu-se que tanto ao agente temporário, quanto ao servidor público efetivo incidiria a mesma penalidade, e que a rescisão contratual seria, em verdade, a consequência da demissão, que implicaria na extinção do contrato administrativo celebrado entre agente temporário e Administração Pública, em razão de violações das normas que regiam o contrato e suas atividades.

Ou seja, a aplicação da penalidade de demissão pela Administração Pública fundamentaria a rescisão do contrato administrativo que estabelece o seu vínculo com o agente temporário, sendo a rescisão mera providência posterior à decisão expulsória manifestada pelo ente contratante.

Entendendo, então, pelo manifesto erro da Administração Pública em não aplicar a parte disciplinar do Estatuto dos Servidores aos contratados, a Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais, através do já mencionado Parecer/Núcleo Técnico SCA nº 91/2015, sugeriu que as essas hipóteses fosse instaurada sindicância administrativa (conforme previsto no artigo 11, da Lei nº 18.185/2009) e, se fosse o caso, que se convertesse o desligamento despido de cariz sancionatório dos agentes temporários que cometeram irregularidades graves em demissão.

Dessa forma, foi sugerido a conversão do desligamento sem natureza sancionadora em demissão, aplicando-se efetivamente o Estatuto dos Servidores Públicos aos agentes temporários. A rescisão do contrato se manteria, uma vez que corresponde à providência comum à demissão e ao desligamento sem viés punitivo.

Além disso, como em regra os editais dos concursos públicos para o então cargo de Agente Penitenciário previam a impossibilidade de ingresso de servidores demitidos a bem do serviço público (nos termos do artigo 250, da Lei nº 869/52⁸³) nos últimos cinco anos, foi também sugerida a instauração de processo administrativo simplificado para garantir o contraditório e a ampla defesa quanto a anulação da investidura do servidor, uma vez que pelo efeito retroativo da conversão o candidato não possuía, à época do concurso, os requisitos necessários ao ingresso no serviço público⁸⁴.

Para melhor ilustrar o impacto da aplicação do regime disciplinar aos agentes temporários, bem como a relevância do instituto da conversão em penalidade expulsa, imaginemos o exemplo em que um Agente Penitenciário permitia a entrada de drogas e celulares no presídio em que trabalhava, ou que torturava constantemente os presos sob sua custódia.

Caso não se aplicasse a ele o regime disciplinar, mesmo cometendo irregularidade gravíssima e, por isso, passível de demissão, ele poderia retornar, após a aprovação em concurso público, com vínculo efetivo (mais robusto), e exercer as mesmas funções que outrora exercia enquanto agente temporário, haja vista que não houve a aplicação de penalidade.

Nota-se que a não conversão em demissão permitiria, no exemplo dado, além da impunidade, a manutenção do cometimento de crimes e de graves violações a direitos fundamentais, colidindo frontalmente com a atuação esperada do Estado, em especial no que diz respeito à sua atividade correcional.

Aliás, a rescisão contratual, ao invés de produzir os efeitos preventivos e repressivos intrínsecos às sanções, serviria como verdadeira rota de fuga da responsabilização disciplinar e de seus efeitos acessórios, uma vez que permitiria ao servi-

⁸³ Art. 250 – Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço ao funcionário que:

I – for convencido de incontinência pública e escandalosa, de vício de jogos proibidos e de embriaguez habitual;

II – praticar crime contra a boa ordem e administração pública e a Fazenda Estadual;

III – revelar segredos de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função, desde que o faça dolosamente e com prejuízo para o Estado ou particulares;

IV – praticar, em serviço, ofensas físicas contra funcionários ou particulares, salvo se em legítima defesa;

V – lesar os cofres públicos ou delapidar o patrimônio do Estado;

VI – receber ou solicitar propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie.

⁸⁴ Como exemplo, o Edital SEPLAG/SEDS Nº. 09/2013, de 6 de dezembro de 2013, visou o provimento provimento de 3. 535 cargos da então carreira de Agente de Segurança Penitenciário. Como requisito para investidura do cargo, previsto no item 4.1, h, do edital, havia a previsão de “não ter sido demitido a bem do serviço público, conforme art. 250 da Lei 869/52 e não ter sido demitido das Instituições Militares ou Força Congênere”.

dor sair incólume de determinada situação ilícita, podendo retornar, posteriormente, como novamente contratado ou ainda como efetivo.

Soma-se a isso o fato de que aos servidores efetivos incidiria um aparato disciplinar bem mais gravoso do que aos contratados, que possuem vínculo precário com a Administração, invertendo a própria lógica de segurança e autonomia dos cargos, uma vez que os efetivos estariam sujeitos à demissão, enquanto os contratados à mera rescisão contratual.

Desta maneira, o já mencionado parecer foi devidamente aprovado pela Controladoria-Geral do Estado, sendo sugerido à Secretaria de Estado de Defesa Social a adoção das medidas propostas, no sentido de promover a instauração de sindicância para converter a rescisão contratual em demissão. Além disso, para aqueles que retornaram mediante aprovação em concurso público, sugeriu-se a deflagração de processo administrativo simplificado para garantir o contraditório e a ampla defesa quanto à anulação do ato de investidura, haja vista que os editais vedavam o acesso ao cargo por pessoas que foram demitidas a bem do serviço público nos últimos cinco anos.

Atualmente a Controladoria-Geral do Estado utiliza o instituto da conversão da exoneração em demissão a todos os casos em que ela seja viável, não se limitando aos agentes temporários.

É dizer que impulsionada pelo mencionado pelo Parecer/Núcleo Técnico SCA nº 91/2015, a Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais reconheceu que a exoneração de servidor que praticou ilícito grave enquanto atividade importaria em erro, devendo ser corrigido pelos órgãos de controle interno. Assim, estabeleceu ser viável a conversão da exoneração em penalidade expulsiva, nos moldes tratados neste estudo, para garantir a efetividade da atividade correcional, bem como o combate à impunidade e à corrupção.

Assim, faz-se possível o conhecimento de irregularidades disciplinares pela Administração Pública, bem como a sua devida punição, evitando-se que o então servidor, se for o caso, retorne aos quadros funcionais do Estado, perpetuando a sensação de impunidade. Com isso, reforça-se o primado da boa gestão administrativa, e enaltece a moralidade e eficiência como regentes indissociáveis da atuação administração.

6. CONCLUSÃO

É cada vez mais crescente o anseio social por maior lisura e eficiência no serviço público, com o adequado atendimento aos cidadãos e atuação responsiva do Estado no atendimento e concretização das demandas coletivas e na efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos pelo Direito.

A escassez e a malversação de recursos públicos são responsáveis por inúmeras deficiências em campos de atuação essenciais à realização do interesse público, sendo capazes de enxugar ainda mais os cofres públicos e, assim, inviabilizar ou dificultar políticas públicas elementares à manutenção e desenvolvimento da sociedade, como o combate a miséria, pobreza, fome e desigualdade, além de debilidades nas áreas de saúde, educação, infraestrutura e demais setores estruturantes da comunidade.

O combate à corrupção se constitui em política pública instrumental à otimização de direitos fundamentais, afinal além de ser capaz de resgatar recursos públicos indevidamente desviados, apropriados ou mal geridos, também expurga os

agentes públicos contraproducentes dos quadros funcionais do Estado, evitando-se assim a perpetuação da ilicitude e o escoamento de verbas tão caras ao substancialização de direitos.

É certo que o enfretamento à corrupção mediante a assertiva apuração de ilícitos disciplinares perpetrados por servidores públicos, além de se apresentar como uma política pública, também se manifesta como um suporte à implementação das demais políticas públicas, uma vez que fiscalizando e punindo os maus servidores, potencializam-se os recursos e, por corolário, amplia a capacidade de implementação das necessárias políticas públicas sociais.

Para o adequado enfretamento à condutas desviantes e corruptivas é primordial o fortalecimento dos órgãos de controle e, também, dos institutos e estratégias capazes de combatê-las, como a conversão da exoneração em penalidade expulsiva, que ataca manobras de impunidade e potencialmente impede o retorno de maus servidores por período aprazado em lei.

A Administração Pública não pode coadunar com irregularidades perpetradas por seu corpo funcional, especialmente se existentes mecanismos legítimos a afastá-las. Nesse sentido a conversão de exoneração em penalidade expulsiva se mostra como mais um importante instituto de controle interno e combate a corrupção, retirando do serviço público (mediante o efeito retroativo que lhe é intrínseco e da ultratividade temporária que impede o retorno ao funcionalismo público nas situações e pelo período previsto em lei) aquele que outrora maculou gravemente o interesse público.

É perceptível que a exoneração, anterior ou posterior à instauração do Processo Administrativo Disciplinar, importa em erro, haja vista não ser medida adequada ao servidor infrator, merecedor de punição.

Nessa toada, ao aplicar a sanção ao servidor faltoso, ainda que este já não tenha mais vínculo funcional com a Administração Pública, o Estado resgata a licitude e moralidade anteriormente atacadas, além de reerguer os pilares afetados pela conduta infracional do servidor, reafirmando seu poder punitivo e sua capacidade de autorregulação de conflitos.

A impunidade é vetor estimulante à prática de ilícitos, sendo a sanção, externa, proporcional e institucionalizada, o instrumento jurídico capaz de conformar condutas e enfrentar os comportamentos indesejados no seio da Administração Pública, cuja vereda é capaz de desembocar na precariedade de serviços públicos, na viola-

ção sistêmica de direitos fundamentais e na ausência, não raras vezes, da assistência mínima do Estado para a subsistência do corpo social.

Nesse cenário a conversão da exoneração em penalidade expulsiva se revela como mais um instrumento eficaz de combate à ilicitude e à corrupção no serviço público.

Como visto neste trabalho, a conversão é instituto já existente no Direito Administrativo, tendo manifestações, inclusive, no Estatuto Federal, que dispõe de forma exemplificativa – como defendemos - sobre a conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão, e sobre a conversão da exoneração do servidor em estágio probatório reprovado em avaliação especial de desempenho em demissão.

Embora em escassas decisões, o Poder Judiciário também já se posicionou pela legalidade da instauração de processo administrativo disciplinar contra servidores já exonerados, permitindo, se for o caso, a conversão da exoneração em demissão, tendo como supedâneo o poder-dever de a Administração Pública exercer seu poder disciplinar e de rever seus atos de ofícios, sobretudo em razão dos efeitos reflexos da demissão, como a possibilidade de impedir nova investidura do ex-servidor com o ente que o apenou.

Percebe-se que a conversão da exoneração em penalidade expulsiva é juridicamente viável e adequada, sendo sua aplicação alicerçada por institutos sobejamente reconhecidos em direito administrativo, como a autotutela e o poder disciplinar, que de forma simbiótica fundamentarão a consertação do ato exoneratório equivocadamente exarado, para o ato de demissão, cabível quando da prática de ilícitos disciplinares graves.

Assim, com a plena observância ao devido processo legal, contraditório e à ampla defesa, exercidos no âmago do processo administrativo disciplinar que legitimará a decisão administrativa, a Administração Pública poderá conferir o acertado tratamento do ilícito disciplinar praticado, rechaçando o vácuo de impunidade que poderia ser propiciado pela exoneração.

Além disso, a conversão da exoneração em penalidade expulsiva também reforça os efeitos repressivo e preventivo da pena, revelando ao pretense infrator que a exoneração não será capaz de esvaziar o poder disciplinar da Administração Pública, tampouco garantirá sua impunidade.

Nesse contexto, a Administração Pública evidencia sua capacidade de combater suas deficiências internas, opondo-se, ainda, a práticas ilícitas (e sua manutenção) e zelando pela boa prestação das atividades estatais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, Freitas Bastos, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. – Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Cláudio, Curso de direito penal: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

Brasil. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União (CGU). Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU). Parecer n. 00139/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU. Trata-se de consulta da Corregedoria-Geral da União a nós enviada pela Coordenadora-Geral de Processos Administrativos Disciplinares da CRG, na qual indaga-nos sobre a possibilidade de converter exoneração a pedido, feita em 2020 de cargo efetivo, em demissão, tendo em vista que a servidora, no caso concreto de um PAD iniciado em 2019, havia pedido exoneração no curso do processo administrativo disciplinar ao qual respondia. Acesso em 26. Mai. 2024.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual de Processo Administrativo Disciplinar [versão atualizada até maio de 2022]. 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/682196>. Acesso em 22. mar. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 10 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1992. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 3 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). Enunciado n. 18, de 10 de outubro de 2017. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA, ORIUNDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES. "É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correccional". Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44218>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª SEÇÃO). ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REGISTRO DE NOTA DE CULPA ANTE A ANTERIOR DEMISSÃO DECORRENTE DE OUTRO PAD. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. TESTEMUNHA NÃO ENCONTRADA NOS SUCESSIVOS ENDEREÇOS INFORMADOS PELA DEFESA. NÃO OITIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA NA SEARA CRIMINAL. LEGALIDADE. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E17.356%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=17.356>. Acesso em: 9 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial nº 1.186.908/SP. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OPERAÇÃO TÊMIS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO PELO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE. Relator: Min Humberto Martins, 4 nov. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 11 nov. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12802841&num_registro=201000562562&data=20101111&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial nº 1.726.941/DF. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO DO CARGO PÚBLICO RELACIONADA À APURAÇÃO

DISCIPLINAR. NOMEAÇÃO EM OUTRO CARGO PÚBLICO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 282/STF E 83/STJ. Relator: Min Herman Benjamin, 7 ago. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 nov. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1714741&num_registro=201800278379&data=20181120&formato=PDF. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). GRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO PRESTAMISTA. 1. AUSÊNCIA DE EXAMES PREVIAMENTE À CONTRATAÇÃO DO SEGURO. IMPOSSIBILIDADE DE NEGATIVA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO SUSCITADA. INVIABILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO FICTO. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=11.056&O=JT>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (6ª TURMA). RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E25.998%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=25.998>. Acesso em: 25 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 591. É permitida a "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. Diário da Justiça Eletrônico, 18 set. 2017. Acesso em: 19 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 611. Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração. Diário da Justiça Eletrônico, 14 mai. 2018. Acesso em: 19 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 635. Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção. Diário da Justiça Eletrônico, 17 jun. 2019. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 641. A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados. Diário da Justiça Eletrônico, 19 fev. 2020. Acesso em: 19 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 651 Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública. Diário da Justiça Eletrônico, 27 nov. 2021. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 23.262. Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1734420>. Acesso em: 2 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Súmula nº 346, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1576>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Súmula nº 473, de 3 de dezembro de 1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula Vinculante nº 05, de 07 de maio de 2008.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1199A> cesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª TURMA). Recurso Extraordinário 78.917/SP. PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. CONTAGEM A PARTIR DA PRÁTICA DO FATO, ANTES DA ATUAL LEI PAULISTA, QUE FAZ A PRESCRIÇÃO CORRER DO DIA EM QUE A AUTORIDADE TOMA CONHECIMENTO DA FALTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 11/06/1974, DJ 23-08-1974 PP-05853 EMENT VOL-00955-02 PP-00564). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=78917&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª TURMA). Recurso Extraordinário 78.917/SP. PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. CONTAGEM A PARTIR DA PRÁTICA DO FATO, ANTES DA ATUAL LEI PAULISTA, QUE FAZ A PRESCRIÇÃO CORRER DO DIA EM QUE A AUTORIDADE TOMA CONHECIMENTO DA FALTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 11/06/1974, DJ 23-08-1974 PP-05853 EMENT VOL-00955-02 PP-00564). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=tru&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=78917&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª TURMA). Recurso Extraordinário 78.917/SP. PRESCRIÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. CONTAGEM A PARTIR DA PRÁTICA DO FATO, ANTES DA ATUAL LEI PAULISTA, QUE FAZ A PRESCRIÇÃO CORRER DO DIA EM QUE A AUTORIDADE TOMA CONHECIMENTO DA FALTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Relator: LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 11/06/1974, DJ 23-08-1974 PP-05853 EMENT VOL-00955-02 PP-00564). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=78917&sort=_score&sortBy=desc. Consulta em: 12/6/2024. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.357. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR: DEMISSÃO. COMISSÃO PROCESSANTE COMPOSTA POR SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. ARTS. 149 E 150 DA LEI N. 8.112/1990. NORMAS PELAS QUAIS SE POTENCIALIZAM OS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO ENTRE O INSTITUTO DA ESTABILIDADE E O DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRECEDENTES. VÍCIO FORMAL CORRIGIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA: ATO VINCULADO DO ADMINISTRADOR: PRECEDENTES. ABSOLUÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462941>. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 418/DF ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Pleno., julgado em 15/04/2020, DJ 30/04/2020 Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20418%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 set. 2024.

BRUNO, Anibal. Direito Penal, Tomo 1º. São Paulo: Forense, 1978.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. vol 2. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Penas Máximas no Processo Administrativo Disciplinar: uma visão neoconstitucional do poder vinculado da Administração Pública. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. JusPodivm : Salvador, 2008.

COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

COSTA, José Armando da. Processo administrativo disciplinar: Teoria e prática, 2011. 6ª edição. Editora forense. Rio de Janeiro.

CRUZ DA SILVA, R.; GRASSI DE GOUVEIA, L.; REGO FEITOSA, R. J. A ATUAÇÃO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU) E A GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICA NA ATIVIDADE DISCIPLINAR: : UM ESTUDO A PARTIR DA CULTURA DE PRECEDENTES . Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, [S. l.], v. 16, n. 3, p. e42620, 2021. DOI: 10.5902/1981369442620. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42620>. Acesso em: 25 nov. 2024.

DANTAS, Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas. Direito Tributário Sancionador – Culpabilidade e Segurança Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

DEZAN, Sandro Lúcio. Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo. 8ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORTALEZA. Decreto nº 14.936, de 26 de fevereiro de 2021. *Determina medidas restritivas de caráter obrigatório, visando o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19.* Disponível em:

<https://diaoficial.com/linkdo/1100099/diario-oficial-no-16983s--20210226?page=2&pageid=1100099&docid=14975>. Acesso em 22 mar. 2024.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. Transformações do Direito Administrativo. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 58, p. 123-127, Abril-Junho/2021.

MEDAUAR. Odete. O direito administrativo em evolução. 3ª edição. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

MINAS GERAIS. Lei nº 18.185, de 4 de abril de 2009. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição da República. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/18185/2009/?cons=1>. Acesso em 15 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Lei nº 869, de 5 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/869/1952/?cons=1>. Acesso em 15 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.068856-8/001. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE DEMISSÃO - FATO TIPIFICADO COMO CRIME - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL - PRECEDENTES DO STJ E DESTES TJMG. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.068856-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 set. 2024.

MORAES, Roberto Inácio. Da possibilidade de instauração de procedimento administrativo disciplinar contra servidor exonerado a pedido ou aposentado voluntariamente.: Análise sob a ótica da Lei nº 8.112/1990. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-

4862, Teresina, ano 16, n. 3097, 24 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20714>. Acesso em: 16 ago. 2024.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader – 45ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal, volume 1: introdução e parte geral. 38ª edição, revista e atualizada por Adalberto José Q. T. Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM. 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 9ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SOUZA, Hersílio de. O Código de Hamurabi. Revista da Faculdade de Direito do Recife, v.31, n.1, p.287-322, 1923.

TRIVOSONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A Teoria da Estrutura Hipotética das Normas Jurídicas de Kelsen – características, evolução e balanço de sua importância. revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 121 | pp. 73-120 | jul./dez. 2020.

TRIVOSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Hans Kelsen: teoria jurídica e política. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A relação de sujeição especial no direito brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019.