



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ronaldo David Viana Barbosa

Direito administrativo disciplinar: entre o império da sujeição especial e a legalidade
constitucional

Florianópolis

2022

Ronaldo David Viana Barbosa

Direito administrativo disciplinar: entre o império da sujeição especial e a legalidade constitucional

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

BARBOSA, RONALDO DAVID VIANA

Direito administrativo disciplinar : entre o império da
sujeição especial e a legalidade constitucional / RONALDO
DAVID VIANA BARBOSA ; orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique
Urquhart Cademartori, 2022.

84 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. ius puniendi. 3. relação de sujeição
especial. 4. direito administrativo disciplinar. I.
Urquhart Cademartori, Prof. Dr. Luiz Henrique . II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

Ronaldo David Viana Barbosa

Direito administrativo disciplinar: entre o império da sujeição especial e a legalidade constitucional

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira
UFRJ

Prof. Dr. Eduardo Lobo
UFSC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Dr. Cláudio Macedo De Souza
Coordenador do Programa de Pós-Graduação
PPGD/UFSC

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.
Orientador(a)

Florianópolis, 2022

A todos quanto amo, em especial meus pais, Reginaldo e Cristina, irmãos, Reinaldo e Rejane,
e minha filha e princesa Maria Eduarda.

AGRADECIMENTOS

Por não ter fé suficiente para ser ateu, agradeço a Deus, que de alguma forma seguiu me ofertando seus favores imerecidos. Atualmente os mundos acadêmico e religioso manifestam poucas relações públicas, mas muitos de nós dificilmente se apartará desses aspectos dos quais a ciência insiste em não entregar respostas.

Preciso cravar meus afetuosos agradecimentos aos meus pais, Reginaldo e Cristina, por tão impagável e irretribuível esforço dado aos seus filhos, cuja educação sempre foi anunciada bem maior bem e legado que eles poderiam nos entregar. Meus irmãos, Rejane e Reinaldo, que certamente compartilham a alegria deste momento, e a eles também minha gratidão, pela parceria e presença em todos os momentos. Aos amigos, colegas, e acompanhantes nesta jornada. À Alessandra, mãe daquela que inspira meus sonhos e projetos, a minha querida e fantástica Duda.

À Universidade Federal de Santa Catarina, por abrir suas portas e entregar um ensino público, gratuito e de altíssima qualidade. Aos professores, colegas de turma, servidores do PPGD. Aliás, um agradecimento especial a este Programa de excelência que é o PPGD da UFSC. Aos membros da banca de qualificação, e também à banca examinadora agora na defesa.

Ao meu orientador, Professor Dr Luiz Henrique Urquhart Cademartori, meu particular Mestre. A gratidão é pelos ensinamentos, pelas experiências, pelos raciocínios apresentados, mas sobretudo pela humana e parceira oportunidade de me unir a este seletivo grupo de pessoas já orientadas.

À Karina, essa minha parceira profissional, de academia e agora de vida. Os encontros, os desencontros, os incentivos, a motivação, a inspiração. Obrigado pela constante companhia na caminhada deste mestrado.

Por fim, preciso dizer que com o tempo se descobre que um trabalho acadêmico é fruto de muitas mãos, e tem uma dependência absurda daqueles que nos cercam. Antecipar este mestrado em seis meses e ingressar no doutorado foi uma decisão difícil, mas compartilhada. Estava ciente da limitação que implicaria, do esforço extra que se faria necessário, e do impacto nas relações que me cercam. Mas, no fim, eis mais um passo. Este é mais um sonho; e um sonho bem maior do que tudo o que um dia eu já sonhei.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (MONTESQUIEU, 2000).

RESUMO

Tem-se como objetivo geral desta pesquisa identificar se a tese da relação de sujeição especial no âmbito do processo administrativo disciplinar é compatível com a legalidade constitucional. Foram estabelecidos três objetivos específicos: i) tecer considerações sobre o *ius puniendi* e a tese das relações de sujeição especial; ii) descrever o estágio atual do direito disciplinar brasileiro a partir da atuação da CGU; iii) apresentar uma perspectiva constitucional e garantista para o direito administrativo disciplinar, considerando a tese da relação de sujeição especial. Utilizou-se método dedutivo, procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que há uma possível fusão entre o direito penal e o administrativo disciplinar no âmbito do Executivo federal, o que implica na necessidade de ressignificação da tese da relação de sujeição especial, servindo o garantismo e o Estado de Direito como instrumentos de compreensão e adequação do instituto ao conteúdo constitucional.

Palavras-chave: *ius puniendi*; relação de sujeição especial; direito administrativo disciplinar.

ABSTRACT

The main purpose of this research is to identify whether the thesis of the relationship of special subjection within the scope of the disciplinary administrative proceeding is compatible with constitutional legality. Three specific objectives were established: i) to make considerations about the *ius puniendi* and the thesis of special subjection relations; ii) to describe the current stage of Brazilian disciplinary law from the performance analysis of the Office of the Comptroller General; iii) to present a constitutional and guaranteeist perspective for disciplinary administrative law, considering the thesis of the special subjection relationship. The deductive method, monographic procedure and bibliographic research technique were used in this research. It was concluded that there is a possible fusion between criminal and disciplinary administrative law within the scope of the Federal Executive, which implies the need to reframe the thesis of special subjection relationship, serving guaranteeism and the rule of law as instruments of understanding and adequacy of the institute to the constitutional content.

Keywords: *ius puniendi*; special subjection relationship; disciplinary administrative law.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1- Composição da Presidência da República.....	38
Quadro 2- Instruções Normativas CGU	41
Quadro 3- Operações Especiais CGU	48

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88- Constituição Federal de 1988

CGU- Controladoria Geral da União

CRG- Corregedoria-geral da União

DAS- Direito Administrativo Sancionador

DF- Distrito Federal

LAC- Lei Anticorrupção

MPF- Ministério Público Federal

OCDE- Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA- Organização dos Estados Americanos

ONU- Organização das Nações Unidas

STJ- Superior Tribunal de Justiça

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 IUS PUNIENDI E RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL	17
2.1 O PODER DE PUNIR DO ESTADO	17
2.2 SISTEMAS DE ACUSAÇÃO E FUNÇÕES DA PENA.....	22
2.3 RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL.....	30
3 UM RETRATO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR BRASILEIRO	37
3.1 ATUAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO	37
3.2. A FUSÃO ENTRE DIREITOS PENAL E DISCIPLINAR NO POLO DA ACUSAÇÃO E O RISCO DE ATIVISMO CORRECIONAL.....	46
3.3 MISÉRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR BRASILEIRO.....	53
4. POR UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E GARANTISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.	56
4.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS	56
4.2 SUJEIÇÃO ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS: NOÇÕES SOBRE O GARANTISMO E UMA EXPLICAÇÃO ÉTICA PARA A SUJEIÇÃO	62
4.3 ESTADO DE DIREITO E A RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL NO ÂMBITO DISCIPLINAR	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

De um lado: i) a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; ii) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; iii) não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Por outro lado: i) interceptação telefônica e de correspondência de presos; ii) um órgão público escrevendo seu próprio regimento e normas que lançam sobre seus servidores deveres e obrigações; iii) descumprimento dessas normas infralegais que resultam na instauração de processo administrativo disciplinar.

De fato alguns indivíduos estão em uma situação tal que alguns de seus direitos e garantias não são idênticos aos demais particulares. Os presos, os servidores públicos, os alunos de uma instituição pública de ensino, os militares. Esses indivíduos recebem um ônus de sujeição que os demais parecem não receber, ao menos não nessa proporção.

Aliás, pode-se falar em dois tipos de relações entre os indivíduos e o Estado: uma relação geral e abstrata, e outra especial e restrita. Na primeira, a regra é a emissão de comandos genéricos e aplicação de isonomia no tratamento. Na segunda situação, diz-se que esses indivíduos deliberadamente se sujeitam a adentrar em situações tais que se torna inerente assumir uma série de obrigações e limitações. A este segundo caso fala-se em relações de sujeição especial.

Especificamente, interessa a relação de sujeição especial existente entre o servidor público e a Administração. O fato de ter prestado concurso público e aderido ao estatuto dos servidores lança sobre a Administração o poder de exercer um império de sujeição tal que afaste desse servidor direitos e garantias fundamentais?

Seria possível confrontar e questionar se a tese da sujeição especial do servidor público conta com aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, e para tanto destacar a legalidade constitucional. Legalidade esta que se manifesta por pelo menos três facetas: o devido processo legal, a tipicidade e o formalismo moderado.

Antes, revela-se de fundamental importância demarcar o *ius puniendi* do Estado. Esse poder de punir do Estado seria uno ou existe um poder de punir na esfera penal que é absolutamente diferente do poder de punir existente no direito administrativo sancionador? Sendo o mesmo *ius puniendi*, uma das consequências seria a transposição ou comunicação dos princípios e garantias inerentes ao direito penal para o direito administrativo sancionador.

Para além da discussão sobre a tese da unicidade do *ius puniendi* e a extensão dos direitos e garantias do direito penal para o direito administrativo, observar a atuação e o momento do direito administrativo disciplinar no Brasil pode apresentar cenários capazes de auxiliar a aplicação dessas importantes discussões travadas. E nesse sentido, o recorte se dá no Sistema Correccional do Poder Executivo Federal, cujo órgão central é a Controladoria-Geral da União (CGU).

A atuação da CGU, especialmente nos últimos 5 (cinco) anos, tem se aproximado de órgãos como Ministério Público e Polícia Federal, em operações repressivas, mas também na coleta de dados resultantes dessas operações que fundamentam a instauração de processos administrativos disciplinares próprios. As ditas operações especiais já somam 580, no período de 2003 a 2021, com uma impressionante crescente nesse número. (CGU, 2022).

É de se recordar as manifestações de rua em 2013 pedindo o fim da corrupção, a promulgação da lei anticorrupção (lei n. 12.846/2013), a midiática operação lava-jato¹ e o anúncio de vultosos valores fruto de desvios e operações policiais em todos os cantos do país. Formou-se uma espécie de conclusão social coletiva: não se pode mais tolerar a corrupção e os desvios de verbas, os maus servidores públicos, e medidas precisam ser adotadas para promoção dessa purificação da coisa pública.

Diante do fortalecimento de órgãos de controle e atuação conjunta com forças policiais, o intumescimento da Controladoria Geral da União, enquanto órgão central de controle e correição do Poder Executivo Federal, seu alinhamento e atuação cada vez mais imbricada com as polícias judiciárias e Ministério Público, possibilita indagar se de fato ainda se justifica a excessiva relativização e até não incidência do regime constitucional de proteção aos acusados em processos administrativos disciplinares.

É que estaria em curso no Brasil uma confusão entre os sistemas penal e administrativo, de modo que se torna no mínimo questionável a tese da relação de sujeição especial. Ao fim e ao cabo, a proposição é de efetiva constitucionalização do Direito Administrativo Sancionador (DAS), com recorte do direito administrativo disciplinar, com o fim de abrigar princípios, institutos e garantias constitucionais e legais há tempos aplicados apenas no âmbito penal.

A partir dessas considerações, formulou-se o seguinte questionamento: a tese da relação de sujeição especial no âmbito do direito administrativo disciplinar é compatível com a legalidade constitucional? Por legalidade constitucional entende-se o bloco de

¹ Explicação sobre a Operação, na visão do Ministério Público Federal, pode ser encontrada em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

normatividade constitucional que impõe para as outras esferas de normatividade um ônus de enquadramento. Assim, em um Estado de Direito seria possível falar em relação de sujeição especial?

A hipótese inicialmente ventilada é que a tese das relações de sujeição especial, como proposta, não encontra abrigo no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, havendo necessidade de sua refutação ou resignificação, a exemplo do que fez o direito espanhol quando confrontado com o tema.

O objetivo geral, pois, é identificar se a tese da relação de sujeição especial no âmbito do processo administrativo disciplinar é compatível com a legalidade constitucional. Para tanto, o trabalho está organizado em três capítulos de fundamentação teórica, que correspondem ao cumprimento dos três objetivos específicos delineados: i) tecer considerações sobre o *ius puniendi* e a tese das relações de sujeição especial; ii) descrever o estágio atual do direito disciplinar brasileiro a partir da atuação da CGU; iii) apresentar uma perspectiva constitucional e garantista para o direito administrativo disciplinar, considerando a tese da relação de sujeição especial.

A sistematização da pesquisa, o método de abordagem escolhido foi o dedutivo, tendo em vista que permitiu uma análise geral sobre os elementos conceituais do tema, para então, fornecer conclusão *stricto sensu*, especificando seus elementos e caracteres. Quanto ao método de procedimento, foi adotado o monográfico, cujo conceito é observar os fatores que influenciam um único tema e, assim, individualizar o objeto da pesquisa, para posterior conclusão da pesquisa. A técnica de pesquisa escolhida será a bibliográfica, legal e jurisprudencial, na medida em que serão utilizados livros, leis, revistas jurídicas e teses, bem como jurisprudência acerca da matéria proposta para pesquisa, além de documentos relacionados a diversas instituições, em especial à Controladoria Geral da União.

A presente pesquisa tem aderência com a área de concentração Direito, Estado e Sociedade. Pretende reflexão crítica acerca das chamadas relações de sujeição especial, notadamente aquelas relacionadas ao regime disciplinar, bem como o alcance e abrangência de direitos e garantias fundamentais aos acusados, notadamente considerando uma forte e distinta atuação correcional.

No primeiro capítulo, são apresentadas considerações sobre o *ius puniendi* estatal, passando pelos sistemas de acusações e funções da pena e compreensão sobre origem, significado e extensão da tese das relações de sujeição especial. O segundo capítulo se propõe a uma descrição do estágio atual do direito administrativo disciplinar, tomando por base a atuação da Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Correição do Poder

Executivo Federal, verificando a ocorrência de eventual aproximação entre o direito penal e o administrativo sancionador no polo da acusação, e disso seguindo para levantamento de algumas imperfeições daí resultantes, chamadas de misérias do direito administrativo disciplinar, parafraseando Carnelutti (2015). Por fim, o terceiro capítulo aborda uma perspectiva constitucional possível para a situação apresentada, indicando a submissão à Constituição e tendo o garantismo como instrumento de interpretação e solução desses questionamentos.

Eis a apertada síntese do percurso pretendido nesta dissertação. Algumas considerações teóricas, fundadas na literatura, são apresentadas a seguir, conforme os tópicos propostos do sumário, ao final apresentado.

2 *IUS PUNIENDI* E RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

O uso da força é de difícil precisão no decurso da história, e a resolução dos conflitos entre os indivíduos já recebeu diferentes soluções. É certo, porém, que os conflitos foram e são inerentes ao relacionamento humano e à vida em sociedade. (CHERON; ZANELLA; MOYA, 2019; VASCONCELOS, 2018; RAHIM, 2001).

O poder de punir já pertenceu ao indivíduo, a um grupo, e também já esteve longe de qualquer critério de legitimidade ou proporcionalidade. Sua fonte já foi divina, e também na divindade a justificação para os rigores dos castigos lançados. O Deus do gênesis, por exemplo, que ordenava a que não comesse do fruto proibido, era também aquele que expulsava o ser humano do convívio e estabelecia punição como forma de castigo; aspecto que se repetia diante da desobediência de *seu povo* às suas ordens e mandamentos.

Não é o caso aqui de historiografia do poder de punir. O que importa de fato é consignar que o modelo atual insere o Estado no monopólio da vingança e do poder de punir. Em alguma medida, portanto, imperioso visitar, ainda que em curtas linhas, a origem desse *ius puniendi*, não por um apego histórico, mas como elemento auxiliar de compreensão das razões e limites das sanções perpetradas pelo Estado.

Esse exercício pode auxiliar em discussões tais como se esse poder de punir é uno ou se tem origem e desdobramentos distintos nas diversas searas do direito sancionador, notadamente o direito penal e o administrativo, possibilitando igualmente investigar a adequação do direito administrativo sancionador, com recorte no direito disciplinar aos ditames legais e constitucionais.

2.1 O PODER DE PUNIR DO ESTADO

Houve um tempo na história em que cada indivíduo fazia uso de sua força para fazer prevalecer sua vontade e aquilo que lhe parecia ser seu direito, incluído o desejo de vingança. A maneira de fazer valer sua vontade sobre os demais, portanto, se dava exclusivamente pelo uso arbitrário da força. Não havia qualquer critério de proporcionalidade. Sobre esse período, de total ausência de regulação estatal ou processos aptos a resguardar direitos e garantias, na vigência da autotutela, Cintra, Grinover e Dinamarco (1995) registram que inexistia um Estado forte o suficiente para impedir a justiça pessoal dos homens, sendo a vitória comumente associada ao mais forte, astuto ou ousado.

Por mais distante que seja de qualquer parâmetro civilizatório aceitável dos dias atuais, a chamada lei do talião ou lei do *olho por olho dente por dente* representou um salto de progresso no estabelecimento de critérios de proporcionalidade no desejo de vingança e na resolução de conflito, uma vez que se passa a exigir essa régua de proporção na ação contra o agressor. (DUARTE, 2009). No mesmo sentido, Bayer e Locatelli (2017, p. 82) ressaltam que “A pena de Talião foi o primeiro passo repressivo contra o abuso nas penas, onde delimitou ao impor que delinquente sofresse um sofrimento igual ao que produzirá com sua ação”.

Mas, então, as sociedades se organizaram. O Estado se desenvolveu e ganhou espaço. O uso da força pelo próprio indivíduo, sem qualquer interferência, cedeu lugar à atuação estatal. O surgimento e desenvolvimento do Estado apontaram para o monopólio da vingança.

Esse poder estatal de punir remonta à ideologia do Estado Moderno, unitário, centralizado, centralizador e monárquico, cujo perfil estrutural e funcional aponta como marcante característica o monopólio do poder repressivo. Essa necessidade de punir seria decorrente da constatação da constância das infrações, e inerente à própria noção de sociedade a existência de delinquentes e de um correspondente sistema de repressão. (MAIA FILHO; MAIA, 2012).

Para os contratualistas, não seria possível a (sobre)vivência em um estado de natureza em um ambiente de todos contra todos. Hobbes, Locke e Rousseau apresentam suas perspectivas dessa abstração chamada Estado, demonstrando sua vinculação às leis da natureza e mesmo à vontade geral.

Nos contratualistas já havia a discussão sobre os limites do poder do soberano e a manutenção de uma ordem capaz de garantir aos indivíduos livres e iguais direitos fundamentais, em atenção à lei da natureza, sujeitando-se os indivíduos a um governo político, o que se faz reconhecer por possuir o poder de instituir leis, regulamentar e preservar a propriedade, e ainda empregar força da comunidade na defesa do Estado contra ofensas externas, com vistas ao bem comum, como apregoa Locke (1998).

A questão posta reside no fundamento do poder e na legitimidade de seu exercício. Os contratualistas clássicos oferecem, com as particularidades de seu tempo, contribuições que seguem ecoando e indicando aspectos como legitimação da autoridade e limites para o exercício do poder.

Em Locke (1998), o dever de obediência a determinado regime está condicionado a que esse regime seja legítimo. Esse aspecto é importante na medida em que a temática proposta no presente trabalho, como pano de fundo, seja não questionar apenas os aspectos

formais e legais, mas sobretudo uma adequação material e de legitimidade daquilo que mais adiante será denominado de sujeição especial aos comandos e conteúdos constitucionais.

Já Hobbes (1973), preocupado com a guerra civil, defende que o meio de preservação dos próprios indivíduos e de seus interesses básicos é a sujeição a um poder soberano, necessariamente absoluto. O Leviatã não é um grande ser que colocaria os frágeis humanos em período existencial. Contrariamente, seria a figura de um ente com capacidade e força tais que protegeria o homem do próprio homem. O Estado, portanto, é forte e adentra nas relações humanas para afastar o homem do estado de natureza na medida em que o aproxima para a vida em sociedade.

Por outro lado, a filosofia política normativa de Rousseau (2011) indaga como as instituições de uma sociedade justa entre indivíduos livres e iguais deve ser desenhada. Ou seja, quais as condições necessárias para a existência de uma sociedade justa e estável, bem como a legitimidade dessas instituições político-jurídicas, apontando para o conteúdo de uma sociedade justa.

Kant (2019) se opõe a essa ideia contratualista, defendendo que não se poderia aceitar como princípio supremo da moralidade algo imposto por uma alegada autoridade exterior. A ideia de indivíduos que formulam um contrato e se submetem às regras a fim de colher os benefícios da cooperação social é demonstração de egoísmo e por isso incompatível com a moralidade.

Os aspectos de fins e legitimidade do Estado impactam diretamente não apenas a visão que se tem sobre sua atuação, mas também a reflexão sobre os limites aceitáveis quanto à atuação do Estado, notadamente quando essa atuação atenta em direção contrária à liberdade ou direitos fundamentais dos cidadãos.

Fato é que se em um dado momento a possibilidade de exercício do poder de punir estava na ordem privada, mediante livre exercício dos indivíduos, a existência de um Estado capaz de regular a vida em sociedade é traduzida na capacidade de monopolizar o uso da força e da vingança.

Sem desconsiderar as profundas discussões teóricas sobre o Estado e sua legitimação, ou mesmo em relação ao seu poder de punir, duas premissas importam para este trabalho e neste momento: o Estado *existe*; o Estado *pune*. A questão, portanto, não é sobre a existência ou o poder de punir do Estado, mas sobre os aspectos de legitimidade que servem também como limites à arbitrariedade e excessos no exercício desse poder.

E se esse Estado já esteve praticamente confundido com a figura ou vontade de um indivíduo, atualmente essa abstração se mostra multifacetada, com órgãos que convivem, se

auxiliam e também conflitam entre si. É, ao mesmo passo, detentor do poder de estabelecer e também de aplicar sanções.

Necessário lembrar que o poder tende ao abuso. E é o estabelecimento do poder que limita o próprio poder. Nessa perspectiva, não seria o caso de atribuir, por qualquer razão, um poder sem limites, vez que a história demonstra que todo homem que possui poder é levado a dele abusar, conforme Montesquieu há tempos consignou:

[...] mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

De toda sorte, ainda que os contratualistas não estivessem fazendo um exercício histórico, a busca por uma saída do estado de natureza e do estágio de guerra de todos contra todos compõe o conjunto de justificativas para a existência do Estado. E se não é mais possível o uso privado da justiça, por meio da força e da vingança, esse Estado assume agora o monopólio da justiça, da violência e da vingança, sendo necessários parâmetros de justificação, que lhe sirvam também de limites.

A punição e a vingança, aliás, são de data próxima ao estabelecimento das primeiras civilizações. Sob essa perspectiva, o *ius puniendi* estatal surge com o próprio Estado, inerente a ele. O que não se pode perder de vista é que este Estado, e via de consequência o poder de punir, precisa, a todo tempo, passar pelo crivo da legitimação. Dito doutra forma, deve-se evitar a todo custo um poder tal que não conte com limites claros e precisos, ainda que o propósito alarmado seja justiça ou qualquer outro valor caro à sociedade, sob a forma de anseio ou necessidade.

O recorte deste trabalho, trata do poder disciplinar no âmbito do Poder Executivo Federal, ou seja, o poder de punir [disciplinarmente] servidores públicos, a partir de uma estrutura estabelecida. No Brasil, portanto, essa estrutura está organizada com diversas funções, órgãos e instâncias, não necessariamente harmoniosos entre si. Veja-se que a Administração Federal está organizada em Administração Direta e Indireta. Seja um Ministério ou Autarquia emitindo atos administrativos ou mesmo a polícia judiciária realizando operações ou o magistrado proferindo sentenças, Assim, para dar um exemplo de cada uma delas, nos Ministérios e também nas Autarquias, quando da prática de atos específicos, diz-se que são atos administrativos e em última instância atos do próprio Estado.

Mas, de igual modo, quando a polícia judiciária realiza uma operação, ou o magistrado profere uma sentença, tem-se a prática de atos estatais.

Serve isso para dizer que o Estado tem diversas maneiras e formas de atuação. É inconteste que o Estado possui o poder de punir, seja no âmbito de uma sanção administrativa nos ministérios e autarquias, seja empregando medidas policiais e judiciais. O questionamento, nesse ponto, passa por identificar se é possível sustentar a existência de uma raiz ou mesmo a existência de um poder único, com funções de sanção e punição, ou se a depender do ramo do direito e da organização ou função do Estado, se estaria diante de um poderio distinto.

Definitivamente, não é unânime que o poder de punir do Estado seja uno. A tese ou teoria da unicidade do *ius puniendi* abriga divergência e debates. Sustenta-se que o *ius puniendi* é uma fonte comum para todas as bases e funções punitivas do Estado, notadamente na seara penal e administrativa. Disso decorre, por exemplo, que os primados jurídicos, incluídos princípios e garantias assentados ao direito penal poderiam/deveriam igualmente servir ao direito administrativo sancionador.

O grande expoente defensivo dessa tese é o direito administrativo sancionador espanhol. Doutrina e jurisprudência caminharam no sentido de reconhecer essa unidade do poder de punir, tendo como base normativa o art. 25 da Constituição espanhola. Esse reconhecimento trouxe a casos concretos uma série de repercussões, aplicando a processos que resultem sanções administrativas uma série de princípios e direitos anteriormente previstos e aplicados no âmbito dos processos penais.

O Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo reconheceram um mesmo ordenamento punitivo estatal, tendo como consequência, pois, que os princípios informadores do direito penal aplicam-se, guardadas suas especificidades, ao direito administrativo sancionador. Os argumentos utilizados pela jurisprudência espanhola foram influenciados pelas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (COSTA, 2013; OSÓRIO, 2020).

Contrários à tese, Alejandro Nieto García (2006) na Espanha, Medina Osório (2020) e Costa (2013) no Brasil. Defendem a tese da unicidade do *ius puniendi* autores como Miguel Reale Júnior (2007) e Rafael Munhoz Mello (2007). Gonçalves e Grilo (2021) defendem que o direito sancionador é o mesmo em sua origem, sob a manifestação de instrumento pela Administração Pública, Justiça Criminal ou Cível, pois em todos estes o Estado administra a aplicação da pena ao cidadão.

A discussão parece reunir sólidos argumentos para ambos os lados. O questionamento talvez pudesse ser deslocado. Não seria tanto insistir em saber se o *ius*

puniendi é um para direito penal e administrativo. Questão de relevo parece ser se o ente ou a fonte é a mesma. E a resposta parece ser positiva. Quando da aplicação da sanção no direito penal ou no âmbito administrativo é o Estado a exercer o seu poder de punir. Considerando o Estado ser uno, para além de sua organização, uno parece ser o seu poder ou sua fonte.

Para punir, o Estado pode se valer, por exemplo, tanto do direito penal quanto do direito administrativo sancionador. Alterações legislativas que transponham ilícitos penais e administrativos não retirarão a capacidade e poder de punir do Estado, se mantida essa possibilidade de sanção em qualquer das searas de incidência de atuação estatal.

Esse ente abstrato, esse Leviatã, tem o poder de punir, e os limites e formas de implementação desse poder foram diferentes ao longo da história. Em um tempo passado, sem qualquer separação didática ou de regime jurídico, aplicava-se punição sem indagar a sua natureza, se penal ou administrativa. Eis o puro e autêntico poder de punir. A compreensão de que haveria um conjunto de infrações a merecer reprimenda penal e outro conjunto de infrações que invocaria a atuação administrativa, não desfaz o fato de que é do Estado esse monopólio da força e da vingança.

A se confirmar a tese da unidade/unicidade do *ius puniendi*, disso se segue que há um conjunto de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador (DAS). Dito doutro modo, há um campo de proteção aos indivíduos toda vez em que o Estado se propõe a acusar e a punir. Se o modelo atual de direitos e garantias fundamentais pode “baixar a guarda” diante de um processo acusatório no âmbito administrativo, a aceitação de um mesmo *ius puniendi* é capaz de promover uma mudança daquilo que pode ser tolerado nos processos acusatórios em geral.

Obviamente, a organização do direito e do Estado como postos hoje revelam a necessidade de adoção de nuances a depender da seara de aplicação de *ius puniendi* uno. Essa unidade do direito público punitivo pode ser compreendida a partir da constitucionalização de direitos fundamentais assegurados aos acusados em geral, quer seja no âmbito penal ou administrativo. Desse modo, sempre que o Estado estivesse exercendo essa função de punir, restaria imperiosa a incidência de um mesmo regime jurídico, com suas respectivas garantias e princípios.

2.2 SISTEMAS DE ACUSAÇÃO E FUNÇÕES DA PENA

Mesmo para quem sustenta a unidade ou unicidade do *ius puniendi*, parece ser certo o fato de que o sistema penal difere do sistema administrativo sancionador, ao menos no que

diz respeito às suas origens didáticas, fundamentos iniciais e regras especiais atuais de regência. Da maneira como conhecemos hoje direito penal e direito administrativo, embora de alguma forma seja possível identificar desde a Grécia Antiga ou em qualquer modelo de organização que tenha tido a necessidade de organização das funções e objetivos, mostra-se plenamente possível defender um direito administrativo que sucede ao direito penal. É possível essa afirmação a partir da incidência de proporcionalidade das penas e da construção de um delineamento de intromissão do direito penal, e de outras situações que, embora não invocassem direito penal, demandariam atenção por parte do Estado.

Em dado momento e contexto concluiu-se, então, que determinadas infrações não eram dignas de tamanha interferência estatal. No caso do Direito das Contraordenações, em Portugal, Brandão (2017, p. 88) destaca que o direito contraordenacional português “aparece umbilicalmente ligado a um movimento descriminalizador dirigido a uma purificação do direito penal, mas surge também imerso num modelo de Estado marcadamente dirigista e interventor na economia”.

Esse estado atende ao anseio de indivíduos que querem um Estado de bem-estar, que o socorra em momentos difíceis, e que também garanta certo padrão de vida, sendo necessárias ações e providências legislativas capazes de constranger outros particulares menos favorecidos. O direito contraordenacional português foi buscar legitimação no ideário liberal que se relaciona com a purificação do direito penal, e também no ideário da socialidade das sociais-democracias europeias. Esse Estado providência, ativo, envolvido diretamente com a produção e entrega de bens e serviços posteriormente transpõe essas funções e atividades para a iniciativa privada e chega ao modelo de Estado regulador. (BRANDÃO, 2017).

A punição, originariamente, não contava com divisão dogmática e didática. Em razão do descumprimento de uma obrigação, falha a um dever ou ofensa em geral a um bem jurídico tutelado, expressamente ou não, o castigo ou sanção era o resultado da infração cometida. Na aplicação da penalidade, já houve um período de ausência de processo, ou de qualquer sistema de acusação ou garantias.

A história do exercício do *ius puniendi* estatal demonstra a experiência de pelo menos três momentos: sistema acusatório, inquisitório e misto. Outra vez, o alerta de que o objetivo não é, nem por via reflexa, o tratamento historiográfico da matéria. Todavia, é preciso pontuar que a análise crítica dos processos administrativos disciplinares no âmbito federal, delimitação deste trabalho, resta confrontada com aspectos que se relacionam diretamente com essas discussões.

A construção do sistema penal e sua reformulação ao longo da história revela uma série de pontos de tensão. No período da Idade Média, por exemplo, do ponto de vista da finalidade da justiça, o ponto de tensão era representado pela dialética entre justiça negociada e hegemônica; da perspectiva da estrutura do procedimento, a dialética entre acusatório e inquisitório. (MECCARELLI, 2009).

O sistema acusatório é um sistema de protagonismo das partes. O modelo é desenhado com a existência de duas partes (acusador e acusado) em exercício dialético de apresentação ao juiz, equidistante a ambos, das provas e suas respectivas refutações, as quais deverão fundamentar a sua decisão. A ação, portanto, acontece entre três pessoas: autor, réu e julgador, que atuam em posição de igualdade na construção do provimento. (MARQUES; SANTIAGO NETO, 2015). Nesta estrutura, não se buscava a confissão do acusado para provar sua culpabilidade, e os casos eram decididos em audiências orais, em procedimento definido e protagonizado pelas partes. (LANGER, 2014).

Uma vez que o julgador assume papel passivo, o modelo permite a proteção de direitos dos acusados, já que a busca da verdade material e da eficiência na prestação jurisdicional não são a tônica, diferentemente do que acontecia no sistema inquisitório. Conforme destaca Thums (2004, p. 161), ao criticar a busca da verdade material, “não pode existir uma verdade sobre um fato que está no passado, por mais que a doutrina dominante insista em denominar a solução judicial sobre um caso de ‘reconstrução da verdade’”.

Embora esta seja a característica mais difundida do sistema acusatório, deve-se reconhecer que não se define apenas por uma perda de protagonismo do julgador. O próprio reconhecimento do papel do juiz carrega consigo outras características como a oralidade, presunção de inocência, contraditório, dentre outros.

Quanto ao sistema inquisitório, Máximo Langer (2014) assevera que a doutrina utiliza o termo para se referir ao processo penal originado na Europa continental entre os Séculos XII e XIII, permanecendo até o início do Século XIX, cujas características principais eram o início do procedimento por iniciativa dos próprios funcionários públicos, o uso do sistema de provas legais, a limitação dos direitos do acusado e o uso da tortura.

Tal sistema identificado desconsidera a participação das partes para a resolução do caso, “sendo certo que o réu é mero objeto do processo e não sujeito de direitos” (MARTELETO FILHO, 2009, p. 198), caracterizando-se pela presença de um juiz que concentra em si, além da função de julgador, a de acusador. Identifica-se, ainda, pela forma escrita e secreta, desconstituída de contraditório e com ampla utilização do encarceramento preventivo.

O sistema inquisitório aperfeiçoou-se no âmbito do direito eclesiástico. O sigilo do processo, por exemplo, era medida necessária para evitar a exposição de condutas heréticas e contestadoras do poder real. A teoria das provas legais, que legitimava o sistema inquisitório, ressaltava que, para condenar, o juiz deveria reunir determinada quantidade e qualidade de provas. Embora o fundamento fosse garantista, no sentido de limitar o arbítrio do julgador, na prática apenas resultava em maior severidade das investigações e atuação do juiz, conforme leciona Antônio Magalhães Gomes Filho (1997). Jacinto Coutinho (2001, p. 24) destaca que “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado”.

Embora atualmente procedimentos relacionados ao sistema inquisitório causem espanto, notadamente pela internalização de ideias garantistas, Hélio Tornaghi (1967) destaca que referido sistema deve ser visto a partir de uma concepção sociocultural dos povos que o adotaram. Isso porque surgiu com o propósito de corrigir defeitos do sistema acusatório e seria espantoso considerar que referido sistema tenha sido utilizado em quase todos os povos, e por tanto tempo, como se não tivesse nada de positivo, embora tal avaliação se referisse àquele momento histórico.

O sistema denominado misto, ou francês, foi inaugurado pelo Código de Napoleão, de 1808, e recebe esse nome por pretender comportar tanto a defesa das garantias individuais quanto a necessidade de repressão aos comportamentos desviados, corrigindo as imperfeições dos dois sistemas anteriores.

Inaugurou-se um sistema com duas fases: uma inquisitória, predominantemente escrita e secreta, sem contraditório, destinada à produção de provas de autoria e materialidade; e outra contraditória, pública e oral, destinada ao julgamento pelo júri. Esse sistema dividido em duas partes com características próprias foi difundido a muitos países, constituindo a base do direito processual penal continental.

No sistema acusatório o julgador é inerte; no princípio dispositivo o juiz aguarda a iniciativa das partes. Já no princípio inquisitivo o juiz tem iniciativa na produção de provas. Jacinto Coutinho (2001) assevera que, na verdade, todos os sistemas da atualidade são mistos, não somente devido à simples somatória dos elementos que o compõem, mas porque, sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados elementos provenientes do sistema acusatório ou, sendo regido pelo princípio dispositivo, têm agregados elementos provenientes do sistema inquisitório.

Ainda que na análise da persecução penal seja possível identificar um momento inquisitório (inquérito policial) e outro contraditório (processo penal), não significa sejam

etapas estanques, incomunicáveis. Na primeira fase, por exemplo, a vítima ou o investigado poderá requerer diligências à autoridade policial; e, no curso do processo penal, há momentos de evidente compatibilidade com o sistema inquisitorial, como a atuação judicial de ofício para a produção de provas, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal.

No caso do processo disciplinar parece soar de modo diverso. A sindicância investigativa, que objetiva à juntada de elementos relacionados a autoria e/ou materialidade, não possibilita sequer que eventual potencial acusado tenha acesso aos autos. Documento, já de partida inconsistente, e eventual simples suspeita, ainda que desamparada de elementos mínimos de prova, parecem fundar a possibilidade de abertura de procedimentos investigativos, aspecto com o qual não se pode concordar.

Mais um exemplo pode ser encontrado no parágrafo único do art. 4º da Instrução Normativa n. 14, de 14 de novembro de 2018, da lavra da Controladoria-Geral da União, onde consta que “Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis”. Há resistentes dúvidas sobre o fundamento constitucional ou mesmo legal de que órgãos podem normatizar sobre processos ou procedimentos administrativos, ainda mais considerando a seara do direito sancionador.

Se por um lado é lançada a discussão sobre se o *ius puniendi* seria uno, a prática brasileira demonstra uma diferença abissal no tratamento e requisitos para abertura de procedimentos e modos de operacionalização desses instrumentos, notadamente em relação aos investigativos. A observação da prática no trato dessas matérias não desqualifica, de modo algum, a investigação da unicidade do *ius puniendi* estatal, ou ainda parâmetros gerais no trato do direito sancionador, penal ou administrativo.

Mas fato é que há autores que defendem que o poder punitivo do Estado estaria dividido, quando de sua concretização, em dois grandes ramos, a saber, direito penal e direito administrativo. Ambos submetidos a princípios de direito público estatal, mas claras diferenças, nuances, reservas, temporalidades históricas e culturais, sendo possível, antes, falar em um direito constitucional limitador do *ius puniendi* do Estado. (OSÓRIO, 2020).

A discussão passa por compreender se haveria diferenciação entre a sanção penal e a administrativa. Osório (2020) sustenta que não há diferenças substanciais entre normas penais e administrativas, não havendo critério apto a justificar a existência de um regime jurídico autônomo para as sanções administrativas.

Semelhante dificuldade reside em estabelecer critérios para a distinção entre ilícitos penais e administrativos. Os critérios de conteúdo, qualidade das penas (exceto aquelas

relacionadas à liberdade, que são típicas do penal), aspectos morais, éticos ou qualitativos podem em um ato legislativo sofrer completa desfiguração. Um ilícito penal poderia amanhecer sendo administrativo e vice versa, a critério do legislador. (OSÓRIO, 2020).

A simplificação ofertada pelo critério subjetivo, anunciando que a depender de quem aplica a penalidade estaria a se falar em direito administrativo ou penal, igualmente não merece prosperar. Por essa tese, quando uma autarquia aplica uma sanção a um servidor público estar-se-ia a falar de direito administrativo disciplinar. Doutro modo, quando um juiz sentencia a pena do acusado em um processo judicial, seria o caso de direito sancionar penal.

Ocorre que o direito brasileiro lança por terra o critério subjetivo, posto que há sanções de DAS proferidas por órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, além de Ministério Público e Tribunais de Contas, o que faz com que apenas identificar o órgão como sendo da Administração Pública não resolve a abrangência do direito administrativo sancionador. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020). O judiciário, em relação aos seus servidores, aplica o direito disciplinar e as sanções disciplinares consequentes, mas o fato de ser Poder Judiciário, por si, não retira a natureza da sanção administrativa. De igual modo, há autores que defendem que a improbidade administrativa, mesmo sendo pronunciada pelo Poder Judiciário, trata de temas absolutamente ligados ao direito administrativo. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020; OSÓRIO, 2020).

Mas, a partir da gravidade ou natureza da sanção, a exemplo das contraordenações portuguesas, seria o caso de definir quando relacionada ao direito sancionador administrativo ou quando ao direito penal. Outra vez, como que num ainda que simples exercício de percorrer os passos ao longo do tempo agora em relação às sanções e formas de implementação dessas sanções por parte do Estado, olhar para trás pode auxiliar no debate ora proposto. O propósito é o de seguir na busca de o que justificaria um abrandamento e relativização dos direitos e garantias fundamentais no direito administrativo disciplinar em relação ao direito sancionador penal.

E, sabe-se, diversos foram os meios de implementação de sanções e penas. O que havia no início era punição, pura e simplesmente punição, sem questionamento se no âmbito administrativo ou penal, ou mesmo por quais fundamentos ou funções estaria a se aplicar a penalidade. Parece, nesse ponto, importante resgatar as fases de como se dava a aplicação das penas pelo Estado.

Alguns autores dividem em duas fases: a primitiva e a humanitária. Na primeira fase estão inclusas a vingança privada (Talião e Código de Hamurabi), a vingança divina (Código de Manu), a vingança pública (como na Roma Antiga). Na segunda, surgida no ano de 1764

com a obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria. (BAYER; LOCATELLI, 2017).

Se mesmo na vingança privada houve avanço quando da adoção de um critério mínimo de proporcionalidade, a vingança divina trazia o rigor do castigo diante de um Deus grandioso quando ofendido. A seu tempo, a vingança pública objetivava a segurança do soberano, e também aqui o que se tem é uma pena cruel e severa, capaz de servir como desestímulo aos demais súditos. Na sanção pública, o soberano aplica conforme a sua justiça, em nome de Deus, o castigo merecido, diante de todos, que agora contemplam não mais o castigo por um particular, mas o monopólio por parte do Estado. (BAYER; LOCATELLI, 2017).

Na Antiguidade as prisões não tinham a função de reeducação ou ressocialização, mas apenas e tão somente retribuição e sanção penal, e também a custódia de presos aguardando a pena de morte.

É de se questionar qual seria o fim ou propósito da pena, inclusive impondo reflexão para o caso da sanção administrativa. Nesse sentido “Por sanción administrativa entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho ...”. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2004, p. 163).

O Marquês de Beccaria inaugura o chamado período humanista, invocando a necessidade de reformulação do direito repressivo, o qual deve resultar em um sistema mais justo e humano, chamando luzes às espécies e finalidades das penas. Mesmo sendo o Estado o aplicador das penas, a crítica apresentada denunciava penas abusivas e desproporcionais. Esses aspectos foram posteriormente refletidos em 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. (BAYER; LOCATELLI, 2017).

A partir da reflexão sobre o fim ou funções da pena, foram surgindo teorias cujo propósito era o de justificar a existência e funções da pena. Dentre as várias teorias, podem ser citadas: a) Teoria absolutista ou retributiva da pena (pena como mal e retribuição ao infrator e sem outro fim específico); b) Teoria relativa ou de prevenção (mal ao infrator com o fim de evitar/prevenir o cometimento de crime); c) Teoria Mista ou Unificadora (buscou unificar as duas teorias anteriores, ou seja, mal ao infrator, reprovação da conduta e prevenção ao crime, possibilitando a ressocialização do infrator); d) Teorias extremadas da pena: abolicionismo penal (descriminalização e despenalização de condutas), direito penal máximo (expansão do direito penal e rigidez na aplicação e severidade das penas para diminuir a criminalidade) e garantismo penal (limitação ao *ius puniendi* a partir da estrita legalidade, e

com observância às garantias individuais previstas na Constituição quando da aplicação de uma sanção). (BAYER; LOCATELLI, 2017).

Veja-se que a quase totalidade da crítica e da reflexão sobre o direito sancionador diz respeito ao que hoje conhecemos como direito penal. A defesa é de que a preocupação era com o direito de punir. O deslocamento de algumas sanções e ilícitos do direito para o campo hoje conhecido como direito administrativo sancionador não deveria ser com o fundamento de abrandamento de crítica e preocupação em relação ao poderio estatal diante de um acusado e da aplicação de uma sanção.

Por fim, outro aspecto que costuma ser associado apenas ao direito penal diz respeito à nominada teoria do etiquetamento. Zaffaroni (2016) explica que o direito punitivo sempre discriminou os seres humanos, conferindo um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, tornando-os inimigos da sociedade. E uma vez inimigos da sociedade a eles não lhes era possível contar com o abrigo dos direitos e garantias. Quando se tem a seleção de inimigos, torna-se possível selecionar não apenas condutas, mas qualidades pessoais, ou funções ou atividades específicas, naquilo que a criminologia crítica chamará de rotulação ou etiquetamento (ou teoria do *labelling approach*).

No direito administrativo sancionador, notadamente em relação ao direito disciplinar, a aplicação disso levaria em consideração a possibilidade de seleção de órgãos, atividades, cargos, classes, ou locais que demandassem atuação repressiva. Apenas no campo da suposição, imagine-se a seleção de empresas públicas, ou de instituições de ensino superior.

Bayer e Locatelli (2017, p. 89) constata uma consequência severa resultante dessa estigmatização do criminoso. A partir da eleição dos inimigos da sociedade se legitima a atuação brutal do sistema repressivo, a morte de pessoas inocentes. Em alguns casos, concluem, “não ocorre a morte física do acusado, mas a morte civil deste, visto que mesmo inocentado, já foi condenado pela mídia”.

Como se verá adiante, o Brasil enfrenta uma situação peculiar na medida em que há uma evidente aproximação, no polo da acusação, entre o direito administrativo disciplinar e o direito penal. Qualquer que seja o caso, a leitura a partir da Constituição da República de 1988 indica um sistema de acusação com clara definição das funções de acusar, defender e julgar, exercidas em procedimento sujeito ao contraditório e norteado pela presunção de inocência.

É de se falar em princípios constitucionais que atuam sobre o Direito Público punitivo; e dessa discussão proposta, repisa-se que a consequência da dita unidade do *ius puniendi* do Estado é efetivamente a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao

direito administrativo sancionador, invoca-se garantias e direitos fundamentais dos investigados e acusados em geral nesses processos cuja conclusão pode ser a aplicação de uma sanção. (OSÓRIO, 2020).

Diante do poderio estatal, poder este que tende ao abuso, bem como diante de um direito sancionador que resulta em penas e sanções que atingem vidas e direitos, como sustentar a existência de indivíduos ou relações que estejam à margem da proteção contra o *ius puniendi*? O direito administrativo disciplinar está inserido nas ditas relações de sujeição especial, nas quais garantias e direitos fundamentais são relativizados ou até negados. Essas situações especiais são objeto do próximo tópico.

2.3 RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

A expressão supremacia especial, relação de sujeição especial ou relação de especial sujeição se passa em uma época em que o poder executivo poderia agir por vontade própria em todas as situações em que não houvesse reserva legal disposta na constituição, sendo os atos administrativos, naquele momento, sequer considerados atos jurídicos, mas pura expressão de poder de comando. (TEIXEIRA, 2019).

Quiroz (2012) entende que as relações de sujeição especial remontam a formação das cidades-estado gregas, com a criação dos exércitos formados na disciplina, com a relação de sujeição total dos escravos ao rei, inclusive com possibilidade de disposição sobre a vida, e ainda com as constituições gregas que estabeleciam os direitos e obrigações do povo para com o Estado e desta para com o povo; passando pela idade média com o domínio da igreja e os governos de ordem teocrática, até os dias atuais.

Buscando remontar as origens das relações de sujeição especial, Garcia e Coronado (2009) explicam:

La ruptura entre la antigüedad y la modernidad se conoce como Edad Media y comprende un lapso de un poco más de diez siglos. Se tiene conocimiento de antecedentes de relaciones especiales de sujeción desde la época conocida como Alta Edad Media, comprendida entre los siglos V y XI D.C., periodo en el que por el llamado compromiso de lealtad que el vasallo le ofrecía al señor feudal por medio de un juramento, se entendía la existencia de una relación de sujeción; en este tipo de dependencia se basaron las relaciones político-económicas de esta época, sin que pueda hablarse de una Administración unitaria y mucho menos de una función pública. de esta época, sin que pueda hablarse de una Administración unitaria y mucho menos de una función pública. (GARCIA; CORONADO, 2009, p. 180-181) Estas instituciones de la Edad Media permitieron formar la administración civil y la administración militar a partir de concesiones de las actividades logísticas del reino. Las relaciones de poder giraban alrededor de la propiedad de la tierra y el señor feudal ejercía el poder político con fundamento en el poder territorial.

El monarca concedía los oficios más importantes o las actividades domésticas a los particulares en una relación de vasallaje y fidelidad sin que mediara una relación de carácter jurídico, ni conciencia de lo público. El desarrollo de esta relación de vasallaje creó a la postre las condiciones básicas para afianzar la organización burocrática del Estado Absoluto y la organización militar que luego fueron heredadas por las primeras manifestaciones del Estado Constitucional.

No obstante, y a pesar de esta discusión, en el medioevo bajo surgen algunas instituciones en las que se encuentran verdaderos antecedentes de las relaciones especiales de sujeción, concretamente en los vínculos jurídicos entre los miembros de las órdenes monásticas y los gremios de oficios (artesanos y comerciantes independientes) con los sujetos encargados de su disciplina, detectándose en ellos los componentes que permiten caracterizar el concepto de este tipo de relaciones, tales como: a) la existencia de un orden jurídico con alcance general y destinatarios universales en un territorio determinado; b) la definición teleológica de un cuerpo normativo especial que contiene una disciplina igualmente especial con destinatarios delimitados dentro del ámbito de regencia del régimen general; c) la sujeción también al régimen general de tales destinatarios específicos; d) la existencia de autoridades para la aplicación del régimen especial de disciplina. En los gremios hay un maestro y un aprendiz; el primero disciplina y domina. (GARCIA; CORONADO, 2009, p. 181).

A gênese das ditas relações de sujeição especial, concebida como tese e com conceitos organizados, se passa no período autoritário da monarquia absolutista, e se relaciona com a justificativa de espaços de atuação estatal livre do Direito, impermeável e fechada para o exterior. Enquanto doutrina, tem origem no século XIX, na Alemanha, na época da monarquia constitucional, com o objetivo de justificar essa mitigação do alcance de direitos e garantias fundamentais a indivíduos que se encontrem em determinadas situações de sujeição em relação ao Estado, a exemplo de servidores públicos, estudantes de escolas públicas, militares e presos. (WIMMER, 2007; RAMIREZ, 2009).

A ideia é a de que o indivíduo que viesse a estar em determinadas condições e relações deveria se sujeitar às ordens e instruções de efeitos internos no Estado, deixando a roupagem de cidadão, e agora submetido a uma relação jurídica interna. É nesse contexto que Otto Mayer nomeia as relações especiais de poder. (WIMMER, 2009). Mayer teve seus trabalhos fortemente influenciados por dois outros publicistas do século XIX, Paul Laband e Carl Friedrich Gerber. (TEIXEIRA, 2020).

Teixeira (2020, p. 238-239) segue com o seguinte destaque em relação à exposição de Mayer quanto à relação de sujeição especial:

A primeira referência às relações de sujeição especial na obra de Mayer (1903, pp. 126-128) aparece por ocasião da diferenciação entre os conceitos de decisão e disposição. O primeiro caso, segundo Mayer, consistiria em atos administrativos praticados em virtude de conteúdo juridicamente vinculado, sendo o caso de aplicação de uma regra de direito preexistente a um caso concreto. As disposições, por outro lado, compreendem os atos derivados da vontade da autoridade competente, os quais tanto podem criar uma relação jurídica nova entre o administrado e o poder público como desenvolver uma relação preexistente. É a propósito das disposições nascidas do desenvolvimento de relações preexistentes

que Mayer entende pertinente explorar o conceito de relação de sujeição particular, sob a qual o particular se encontraria submetido a um mais amplo poder da administração.

Ao tratar da relação de sujeição especial entre o Estado e seus funcionários, Quiroz (2012), percorre as noções desde a Grécia antiga, para entender que tais relações de sujeição há muito existem. Informa que na idade moderna é que o termo foi cunhado como tal. A iniciar por Laband, que utilizou a expressão “relações especiais de sujeição”, com o fim de esclarecer a relação entre os funcionários públicos e seus superiores.

Laband não chegou a empregar a expressão relação de sujeição especial para designar a relação entre o funcionário público e o Estado, porém foi enfático ao afirmar que a situação do funcionário somente poderia ser explicada por uma noção de “relação de serviço de uma espécie particular” (TEIXEIRA, 2019). O conceito foi posteriormente desenvolvido por Jellinek. Porém, deve-se a Otto Mayer a difusão deste conceito e associação ao direito administrativo. (QUIROZ, 2012).

É a partir da obra *Deutschen Verwaltungsrecht*, no ano de 1895/96, que Otto Mayer, professor da Universidade de Strassburg, ganha destaque e cria sua própria dogmática do direito administrativo. Com formação de origem no direito civil, o autor circunscreve um direito administrativo independente no Estado de Direito, inclusive em relação ao direito constitucional. (TEIXEIRA, 2019).

É corrente na doutrina alemã e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a supremacia geral da Administração sobre os administrados e a supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha). (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Dois seriam os tipos de relações entre os cidadãos e o Estado: conexões resultantes de vínculos entre Estado e o cidadão comum, e relações entre o Estado e determinados grupos que ostentam um status especial, sendo deste último grupo que ocorrem as chamadas relações de sujeição especial. (RAMIREZ, 2009).

Garcia e Coronado (2009, p. 177-178) destacam que:

Las relaciones de sujeción especial y general, son unos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder, es decir, prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral. Es un vínculo que aún subsiste con algunos matices y que explica la dependencia acentuada de algunos individuos que ostentan además de su condición de servidores públicos ciertos condicionamientos misionales como los militares, los policías o los docentes; o ciertas calidades como los reclusos, entre otros. En las relaciones de sujeción especial, uno de los sujetos, es siempre la Administración Pública.

Puig et al. (2005) informa que geralmente se faz a distinção entre sanções que podem ser impostas a qualquer pessoa por suas condutas antijurídicas e as sanções administrativas impostas a certas pessoas que possuem vínculos mais fortes com a Administração Pública em razão da violação de seus deveres especiais, como no caso dos funcionários públicos, presos e estudantes. Esse tipo de sanção referida, aplicável a quem detenha situação de “vínculo mais forte” com a Administração Pública apresentaria certa especificidade, a saber, a diminuição das garantias materiais e formais.

Segundo Wimmer (2009), nem mesmo no país de origem a denominação “relação de sujeição especial” encontra consenso, ainda mais considerando que a expressão “*Besonderes Gewaltverhältnis*” quer dizer literalmente relação de poder especial. Então já na década de 80 os alemães iniciaram uma série de críticas, com vistas a afastar essa ideia de relação de poder entre Estado e indivíduo, em um movimento que ficou conhecido como “*Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis*” (despedida da relação de poder especial).

No lugar da expressão originária, passou-se a sugerir expressões, traduzidas como vinculação especial de direito público ou relações vitais especiais. O propósito era consignar que essas relações compreendem um conjunto de direitos e deveres fixados por uma ordem jurídica e não reduzidos a uma mera relação de poder, e que nenhuma relação entre Estado e indivíduo pode significar a não incidência ou aplicação do Direito. (WIMMER, 2009).

A doutrina aponta decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1972 como um marco na alteração de compreensão das relações de sujeição especial, no sentido de que a mera existência de uma relação de sujeição especial não poderia significar a restrição, por si, a direitos fundamentais, passando-se a sustentar a necessidade de existência de lei. (WIMMER, 2009; ZOCKUN; ZOCKUN, 2019).

A jurisprudência alemã passou, portanto, a ressignificar a expressão relação de sujeição especial. O significado agora seria o de aproximação do indivíduo ao Estado, situação que concederia autorização, sempre mediada pela constituição e pela lei, de interferência nos direitos fundamentais desses indivíduos. (ADAMY, 2017).

É no direito espanhol que ocorre possivelmente o maior desenvolvimento da ressignificação das relações de sujeição especial. Conforme explicitado quando abordada a tese da unicidade do *ius puniendi* e a consequente extensão dos direitos e garantias aos acusados em geral, o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo ao reconhecer esse mesmo poder de punir estatal, entende ser aplicável o conjunto de princípios orientadores do direito penal ao direito administrativo sancionador.

No Brasil, Osório (2020) defende a existência de uma diversidade de relações especiais, aduzindo a existência de um regime jurídico básico para os ramos do direito penal e administrativo sancionador. Sob essa perspectiva, essas relações especiais, embora relacionadas a restrições de direitos, não possuem o condão de eliminar o núcleo garantista fundamental do Direito Punitivo, a saber, garantias mínimas que devem ser observadas.

Adamy (2017) sustenta a existência na Constituição de 1988 de situações de sujeição especial, a exemplo das limitações impostas à proibição de greve ou mesmo não cabimento de *habeas corpus* à vedação de atuação política; limitação em relação aos militares de atuação política; não cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares; recebimento pelos praças (militares) de valor inferior ao salário mínimo (súmula vinculante n. 6); restrições de funções e atividades aos magistrados, excetuado o magistério, vedada a dedicação à atividade político-partidária; restrições também aos demais membros do poder judiciário e ao ministério público; restrições a deputados e senadores, não podendo manter contratos com entes públicos, aceitar ou exercer função ou emprego remunerado em entidades públicas, dentre outras situações.

As situações abrigadas pelo direito administrativo disciplinar, via de regra, comporiam as chamadas relações de sujeição especial. Considerando o poder hierárquico envolvido, as regras e o regime jurídico especial que regula a situação, haveria maior relativização em relação ao conjunto de garantias e limites ao poder de punir.

Há defesas no sentido de afastar o direito disciplinar até mesmo como elemento do direito administrativo sancionador. Significa dizer que ainda diante de maior proteção a essas situações abrigadas pelo direito administrativo sancionador, o direito disciplinar não cumpria os requisitos necessários a fazer jus ao leque de prerrogativas advindas da proteção a eventual excesso do poder de punir estatal.

Mas, de fato, permanece o questionamento se estão, por si, justificadas as relações de sujeição especial. Tratando da relação de sujeição especial no âmbito penitenciário, Picón (2004, p. 88-89) disserta:

Dicho colectivo, por tanto, puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales que no serían de aplicación a ciudadanos comunes. Mas es claro que su delimitación concreta, su restricción, por tanto, habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido: debe velarse por la seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario, al corresponder a la administración penitenciaria la retención y custodia de los reclusos. En el bien entendido de que esa acotación o restricción no habrá de ser la norma, sino la excepción, sobre la base del valor preferente de dichos derechos.

Ou seja, determinados grupos de indivíduos podem sofrer limitações em seus direitos constitucionais, em diferenciação aos demais cidadãos, e essa restrição deverá ser justificada, necessária e proporcional ao objetivo perseguido, além de ser exceção e não uma regra.

Celso Antônio Brandeira de Mello (2015) defende que não se pode mais admitir a significação e extensão inicialmente proposta para as ditas relações de sujeição especial, uma vez que os fundamentos que as justificavam hoje são inaceitáveis, a exemplo da ideia de “poderes domésticos” da Administração Pública. Na origem, relações de sujeição especial significavam uma espécie de discricionariedade punitiva. Da forma como defendida por Mayer, Laband e Gerber constituía-se como um espaço absolutamente livre e sem prestação de contas por parte da Administração Pública.

Mello (2015) apresenta um interessante desenho para o aparente dilema que se apresenta. Primeiramente reconhece a existência de relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração. Para tanto, cita as seguintes situações:

[...] é diferente a situação do servidor público, em relação ao Estado, da situação das demais pessoas; em relação a determinada escola ou faculdade pública, a relação dos matriculados e não matriculados; é diferente a situação dos internados em hospitais públicos, em asilos ou mesmo em estabelecimentos penais, daquela outra das demais pessoas alheias às referidas relações; é diferente, ainda, a situação dos inscritos em uma biblioteca pública circulante, por exemplo, daquela dos cidadãos que não a frequentam e não se incluem entre seus usuários por jamais haverem se interessado em matricular-se nela. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 850).

Em segundo lugar, Mello (2015) entende ser impossível exigir reserva de lei para toda e qualquer ação ou medida. A exigência da legalidade em sentido estrito, excluindo-se as demais fontes normativas, seria capaz de paralisar as atividades públicas ou mesmo instaurando o caos, vez que a exigência de atividade do Legislativo seria impraticável, sendo inviável exigir leis para situações particularizadas, resultando em uma miríade de regras.

E, então, o Mello (2015) apresenta o que ele chama de *condicionantes positivos* para que esses poderes (restritivos ou ampliativos), nessas relações, possam ocorrer:

➤ Haja fundamento último em lei que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos o permissivo para expedir regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos;

➤ Vinculação direta entre os poderes referidos e seu fundamento imediato como sendo nas mesmas relações de sujeição especial, a exemplo dos poderes contratuais que encontram fundamento no contrato;

- Estejam limitados ao instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais;
- Vinculação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo considerado inválido todo e qualquer excesso;
- Conservem seu objeto atrelado ao que for relacionado temática e tecnicamente com a relação especial que esteja em causa.

Ato seguinte, Mello (2015) apresenta os *condicionantes negativos*:

- Não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;
- Não podem extravasar, em relação aos abrangidos pela supremacia especial (por suas repercussões) absolutamente nada que supere a intimidade daquela específica relação de supremacia especial;
- Não podem exceder o estritamente necessário para o cumprimento dos fins da relação de supremacia especial em causa;
- Não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou eliminem interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever, pois a sujeição especial só atinge diretamente quem possui o vínculo com a Administração.

A solução via condicionantes proposta por Mello (2015) parece ser um interessante meio termo, em que reconhecem essas situações de vínculo mais forte, e a um só passo não lhes autoriza a uma pura relação de poder desmedido e também não deságua em exigências capazes de inviabilizar esses vínculos.

Como se vê, identificar a existência de relações especiais é de suma importância, uma vez que significará a aplicação relativizada dos princípios que regem essas relações, em distinção às relações ditas como gerais, sendo exemplos a legalidade, tipicidade, culpabilidade, e ainda a aplicação do *non bis in idem*. (RAMIREZ, 2009).

Essa ressignificação das ditas relações de sujeição especial e o estabelecimento de condicionantes para sua aplicação afasta a ideia de uma discricionariedade punitiva no âmbito disciplinar e possibilita a validação dessa tese com o texto constitucional, sem supressão da hierarquia normativa que rege nosso ordenamento jurídico.

3 UM RETRATO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR BRASILEIRO

3.1 ATUAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

A Corregedoria-Geral da União (CGU) foi criada em 2 de abril de 2001, pela Medida Provisória nº 2.143-31/2001. O Decreto nº 4.177/2002² integrou a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da então Corregedoria-Geral da União. A Ouvidoria-Geral da União, que antes era atrelada ao Ministério da Justiça, passa a ser vinculada à CGU. (BRASIL, 2002).

A Corregedoria-Geral da União passa a ser denominada Controladoria-Geral da União e o seu titular passa a ser Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, conforme alterações promovidas pela Medida Provisória n. 103/2003, convertida na Lei n. 10.683/2003. (BRASIL, 2003).

Em 2017 a Controladoria-Geral da União passa a ser chamada de Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, por meio da Medida Provisória n. 782/2017, convertida na Lei n. 13.502/2017³.

Em junho de 2019 o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União tem seu nome alterado para Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 57 da Lei n. 13.844/2019. A Controladoria-Geral da União recebe a sigla (CRG). Essa Lei está vigente, e dispõe sobre a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. (BRASIL, 2019).

O art. 2º da Lei n. 13.844/2019 estabelece a composição da Presidência da República:

² O Decreto nº 4.177/2002 foi revogado pelo Decreto n. 9.794, de 2019.

³ Revogada pela Lei n. 13.844/2019.

Quadro 1- Composição da Presidência da República

INTEGRAM A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA		
I - a Casa Civil	II - a Secretaria de Governo	III - a Secretaria-Geral
IV - o Gabinete Pessoal do Presidente da República	V - o Gabinete de Segurança Institucional	VI - a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais
Integram a Presidência da República como órgãos de assessoramento ao Presidente		
I - o Conselho de Governo	II - o Conselho Nacional de Política Energética	III - o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República
IV - o Advogado-Geral da União	V - a Assessoria Especial do Presidente da República	
Órgãos de Consulta do Presidente da República		
I - o Conselho da República		II - o Conselho de Defesa Nacional

Fonte: Lei n. 13.844/2019.

O art. 53 da lei supracitada dispõe que integram a estrutura básica da Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2019):

- O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção;
- A Comissão de Coordenação de Controle Interno;
- A Corregedoria-Geral da União;
- A Ouvidoria-Geral da União;
- A Secretaria Federal de Controle Interno; e
- Até 02 (duas) Secretarias.

As áreas de competência da Controladoria-Geral da União estão indicadas no art. 51 do diploma legal em destaque:

- I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;
- II - decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas recebidas e indicação das providências cabíveis;

- III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, com a constituição de comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;
- IV - acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;
- V - realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, e proposição de providências ou correção de falhas;
- VI - efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo em curso ou já julgado por qualquer autoridade do Poder Executivo federal e, se for o caso, da apuração imediata e regular dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada;
- VII - requisição de dados, de informações e de documentos relativos a procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal;
- VIII - requisição a órgão ou a entidade da administração pública federal de informações e de documentos necessários a seus trabalhos ou a suas atividades;
- IX - requisição a órgãos ou a entidades da administração pública federal de servidores ou de empregados necessários à constituição de comissões, inclusive das referidas no inciso III do caput deste artigo, e de qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução de processo ou procedimento;
- X - proposição de medidas legislativas ou administrativas e sugestão de ações para evitar a repetição de irregularidades constatadas;
- XI - recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e à apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua essas competências específicas a outros órgãos;
- XII - coordenação e gestão do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal; e
- XIII - execução das atividades de controladoria no âmbito da administração pública federal. (BRASIL, 2019).

Nos termos do art. 74 da Constituição Federal, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (BRASIL, 1988).

No desenho constitucional de controle cada um dos Poderes exerce algum tipo de controle sobre os demais, havendo ainda um controle interno em cada Poder. No caso do Executivo, tem-se o Decreto n. 3.591, de 6 de setembro de 2000, que dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, cujo propósito é a avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos federais, com as finalidades, atividades, organização, estrutura e competências estabelecidas no referido Decreto.

(BRASIL, 2000).

A Controladoria Geral da União é o Órgão Central do Sistema, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem esse Sistema, nos termos do art. 8º do Decreto n. 3.591/2000. Há ainda a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI), presidida pelo ministro-chefe da Controladoria-Geral da União, órgão colegiado e consultivo do Sistema, cuja finalidade é analisar, propor e sugerir procedimentos para avaliação e aperfeiçoamento do controle interno no âmbito do Governo Federal. (BRASIL, 2000).

O art. 6º deste Decreto registra que o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal “prestará orientação aos administradores de bens e recursos públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas, conforme disposto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal”. (BRASIL, 2000).

Veja-se o caráter orientativo presente na missão do sistema de controle interno do Executivo Federal. O desenho projetado para o Controle Interno, e via de consequência para a Controladoria Geral da União, é de supervisão, orientação e auxílio ao aperfeiçoamento institucional⁴.

Dentre as atividades a cargo do Sistema de Controle Interno está, preferencialmente, subsidiar o exercício da direção superior da Administração, supervisão ministerial, o aperfeiçoamento da gestão pública, nos aspectos de formulação, planejamento, coordenação, execução e monitoramento das políticas públicas; e os órgãos responsáveis pelo ciclo da gestão governamental, quais sejam, planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e administração federal (art. 7º, IV). (BRASIL, 2000).

Ao observar a recente atuação da CGU, chama atenção o seu poder de criação de normas jurídicas. Tomando-se as chamadas Instruções Normativas, restringindo-se aqui às relacionadas à área de correição, capazes de vincular e orientar tecnicamente todo o sistema de correição do Poder Executivo Federal, percebe-se uma crescente na utilização desses instrumentos.

A primeira Instrução Normativa (IN) da CGU que pode ser citada é a Instrução Normativa CGU n. 4, de 17 de fevereiro de 2009, já revogada, que dispunha sobre o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), para os casos de extravio ou dano a bem público, que

⁴ O inciso I do art. 13 do Decreto 3.591/2000 registra a incumbência de orientar os administradores de bens e recursos públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas.

implicasse em prejuízo de pequeno valor. Cerca de 13 (treze) anos depois, as Instruções Normativas da área de correição somam 21 (vinte e uma). (CGU, 2022).

Quadro 2- Instruções Normativas CGU

DATA	NÚMERO	CONTEÚDO
17-Fev-2009	IN 04/2009 (revogada)	Dispõe sobre o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA). Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA). A Instrução Normativa n. 4, de 2009 foi revogada pela Instrução Normativa n. 17, de 20 de dezembro de 2019.
1-Nov-2011	IN 12/2011 (alterada)	Regulamenta a adoção de videoconferência na instrução de processos e procedimentos disciplinares no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.
5-Jul-2013	IN 05/2013	Altera o disposto na Instrução Normativa n. 12, de 1 de novembro de 2011.
7-Abr-2015	IN 01/2015	Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.
30-Mai-2017	IN 02/2017 (revogada)	Determina que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC.
29-Dez-2017	IN 09/2017	Esta IN altera o art. 7º da Instrução Normativa n. 12, de 1º de novembro de 2011.
16-Mai-2018	IN 02/2018	Aprova metodologia de cálculo da multa administrativa prevista no art. 6, inciso I, da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a ser aplicada no âmbito dos acordos de leniência firmados pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.
14-Nov-2018	IN 14/2018	Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto n. 5.480, de 30 de junho de 2005.
16-Mai-2019	IN 08/2019 (revogada)	Altera dispositivos da Instrução Normativa n. 2, de 30 de maio de 2017.
8-Ago-2019	IN 13/2019 (alterada)	Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.
20-Dez-2019	IN 17/2019 (revogada)	Disciplina no âmbito do Poder Executivo Federal a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.
20-Dez-2019	IN 17/2019	Retifica o texto da Instrução Normativa n. 17, de 20 de dezembro de 2019, que disciplina no âmbito do Poder Executivo Federal a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.
21-Jan-2020	IN 02/2020 (revogada)	Altera dispositivo da Instrução Normativa n. 17, de 20 de dezembro de 2019.

DATA	NÚMERO	CONTEÚDO
21-Jan-2020	IN 02/2020	Altera dispositivo da Instrução Normativa n. 17, de 20 de dezembro de 2019.
5-Fev-2020	IN 05/2020	Altera dispositivos da Instrução Normativa n. 12, 1º de novembro de 2011.
21-Fev-2020	IN 04/2020	Os órgãos do Poder Executivo Federal (...) poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.
19-Mar-2020	IN 08/2020	Regulamenta a Investigação Preliminar Sumária no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.
24-Mar-2020	IN 09/2020	Regulamenta o uso de recursos tecnológicos para realização de atos de comunicação em processos correccionais no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.
8-Jun-2020	IN 15/2020	Facultará expressamente à pessoa jurídica que apresente informações e provas que subsidiem a análise da comissão de PAR no que se refere aos parâmetros para cálculo da multa e à apuração do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica.
23-Jun-2021	IN 02/2021	Altera o art. 30 da Instrução Normativa n. 13, de 8 de agosto de 2019, para estabelecer nova delegação de competência ao Corregedor-Geral da União.

Fonte: CGU, 2021.

Esse poder normativo e regulamentar da CGU é de difícil identificação quando analisadas as funções e atribuições dispostas na Constituição e mesmo nas leis que a regulamentam. Autorização legal para que a CGU instituísse o TCA ou o TAC, se existente, parece não ser óbvia. Instruções Normativas regulamentando processos e instituindo procedimentos merecem o mesmo espanto.

Nossa democracia é recente e a estabilização de nossas instituições de forma recorrente invoca ajustes e soluções para conflitos institucionais. De toda sorte, dada a importância da CGU no combate à corrupção e no controle interno do Poder Executivo Federal, é de refletir sobre sua essência, atuação e percurso.

A CGU parece ter convertido bruscamente sua direção de atuação. Se havia alguma suspeita de que serviria de braço auxiliar à Administração para o aprimoramento da boa governança pública, os últimos anos têm revelado uma atuação policialesca e profundamente repressiva, a exemplo do exponencial aumento de participação em operações especiais. Não se discute a necessidade de tais operações, tampouco se questiona como o papel da CGU tem sido crucial para possibilitar essas operações. Um país marcado por históricos e gravíssimos escândalos de corrupção em verdade tardou em buscar alguma pujância no efetivo combate à

corrupção e aos ilícitos perpetrados no seio do Estado. Mas o problema que se coloca é se o combate à corrupção autoriza a disfuncionalidade do controle interno do Executivo Federal.

Veja-se que há um aspecto ontológico. Das muitas formas que se pode dizer o que é a CGU, sua atuação recente parece confrontar o *ser* deste Órgão. Sua razão de ser e existir indicaria um conjunto de atribuições e funções que parecem destoar de algumas das ações atualmente praticadas. O texto constitucional não apresenta esta CGU como a que vemos nas principais manchetes de jornais. Ora, se confirmado desvio ontológico e normativo-constitucional por parte da CGU, é de se reclamar a correção de rumo.

O crescimento da CGU como unidade central de controle e combate à corrupção traz à lembrança o Panóptico de Jeremy Bentham. Aliás, naquele modelo, a essência consiste justamente na centralidade da situação do inspetor, associada a ferramentas mais bem conhecidas e eficazes para ver sem ser visto. (BENTHAM, 2008).

Bentham (2008) sustenta que o ideal seria que cada pessoa pudesse efetivamente ser vigiada, durante cada momento e o tempo todo. Mas, sendo isso impossível, deve-se buscar a impregnação de sensação de se estar sendo vigiado mesmo que de fato não se esteja, mas pelo simples fato de que dadas as possibilidades de controle e vigilância maximizadas não restaria razão para crer não estivesse sob controle.

A provocação de associação do atual modelo de atuação da CGU e o modelo panóptico de Bentham é fundada em passagens como esta:

Você ficará satisfeito em observar que, embora o ponto mais importante seja, talvez, o de que as pessoas a serem inspecionadas devam sempre sentir-se como se estivessem sob inspeção ou, pelo menos, como tendo uma grande possibilidade de estarem sob inspeção, essa não é, de forma alguma, a única possibilidade. Se fosse, a mesma vantagem poderia ser atribuída a edifícios de praticamente qualquer forma. O que é também de importância é que, para a máxima proporção de tempo possível, cada homem deve realmente estar sob inspeção. [...] Não apenas isso, mas quanto maior for a probabilidade de que uma determinada pessoa, em um determinado momento, esteja realmente sob inspeção, mais forte será a persuasão – mais intenso, se assim posso dizer, o sentimento que ele tem de estar sendo inspecionado. (BENTHAM, 2008, p. 29-30).

A hipótese é que este seja o caminho para um modelo panóptico de controle. Nesse modelo, mais do que fazer com que as pessoas inspecionadas sintam-se como se estivessem sob inspeção ou com grande possibilidade de estarem sob inspeção, o que também é de grande importância é que cada indivíduo efetivamente esteja sob inspeção, uma vez que “quanto maior for a probabilidade de que uma determinada pessoa, em um determinado momento, esteja realmente sob inspeção, mais forte será a persuasão – mais *intenso*, se assim posso dizer, o *sentimento* que ele tem de estar sendo inspecionado.” (BENTHAM, 2008, p. 29-30).

A atuação da CGU nos últimos anos, a exemplo daquelas ações realizadas em Universidades Públicas Federais, trouxe, ainda que timidamente, o alerta de que é preciso observar e refletir sobre essas ações de controle, cada vez mais rígidas. Oscar Vilhena Vieira (2018) indica que o Brasil está imerso em um mal-estar constitucional, e que mergulhamos numa forte turbulência, marcada por uma escalada de jogadas constitucionais cada vez mais duras, onde atores políticos e institucionais passaram a se utilizar de seus mandatos e prerrogativas para alterar as relações entre os poderes estabelecidos e criando círculos de retaliação, “ora apenas com o objetivo de infligir derrotas aos adversários, evadir-se de suas responsabilidades legais ou simplesmente ampliar o poder dentro do sistema constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 67).

O desenho constitucional de controle, ao que nos parece, não comporta o modelo de controle panóptico associado a operações policiais, sendo, pois, demonstração de disfuncionalidade. Essa disfuncionalidade do controle faz com que o gestor público tenha medo de tomar decisões. Aliás, nota-se uma preocupação crescente com os entendimentos e ações do TCU, CGU, Ministério Público, e mesmo o Poder Judiciário, em detrimento da missão de bem gerir a coisa pública. A busca por algo similar a segurança jurídica passou a ser a obsessão do gestor público, tendo que passar a decidir de forma preponderante segundo critérios de prevenção e precaução.

Nesse viés, a segurança jurídica, entendida equivocadamente como ato de não contrariar entendimento dos órgãos de controle, passou a se sobrepor em relação aos princípios da eficiência e da boa gestão da coisa pública. O resultado tem sido a sedimentação do direito administrativo do medo. O reflexo disso, também, é o desestímulo a que o administrador decida, desejando não mais correr riscos. (GUIMARÃES, 2016).

Dentre os alertas inerentes às discussões aqui travadas, cabível ainda a lembrança do Estado de exceção, em um contexto de aumento do controle e repressão por parte do Estado. Giorgio Agamben (2004) disserta que o estado de exceção vem se transformando, há tempos, em um verdadeiro paradigma de governo. O estado de exceção, nessa perspectiva, tem deixado de ser medida provisória e excepcional para transmutar-se em técnica de governo.

O alerta que Agamben propõe reflexão é o fato de que a suspensão de direitos e garantias fundamentais vem sendo justificada em um inimigo por vezes invisível, mas capaz de gerar uma necessidade tal que anunciaria a possibilidade de suspensão do próprio direito, em uma indeterminada zona situada entre a democracia e o absolutismo. Um *paradigma de*

governo cada vez mais comum é, sob o pretexto de se restabelecer a ordem, a segurança e a normalidade, implementar o totalitarismo.

Schmitt (2006) parece lançar sobre o soberano/governante a fonte de um poder capaz de estabelecer uma limitação a direitos fundamentais dos indivíduos, com o fim de se buscar o estabelecimento e o retorno da normalidade e da ordem. Carl Schmitt (2006), em *Teologia Política*, define o soberano como “aquele que decide sobre o estado de exceção”. O estado de exceção seria uma espécie de vácuo, uma espécie de desequilíbrio entre o direito e a política. De modo que para se restaurar a ordem jurídica o *soberano* invoca o poder de descumprir o próprio direito.

Ainda não está claro qual o preço dessa busca por combate à corrupção. Além disso, essa aparente alteração de rumo da CGU precisa encontrar amparo na sua razão de criação e existência enquanto órgão de controle interno (aspecto ontológico) e conformação ao modelo de controle indicado pela Constituição de 1988 (aspecto normativo-constitucional).

Diante do diagnóstico de que estamos vivendo um mal-estar constitucional, com *jogadas cada vez mais duras*, com o enrijecimento dos órgãos de controle e aplicação da lei, deve-se tomar o devido cuidado para que tais ações não carreguem características do Estado de exceção, o que fomentaria a sedimentação do direito administrativo do medo, ocasionado uma espécie de paralisia institucional em alguns desses órgãos controlados, responsáveis pela implementação de políticas públicas, materialização de normas programáticas e mesmo a efetivação de direitos fundamentais.

O desejo de combate aos mais diversos ilícitos e extirpação de tudo o que for contrário ao Direito e à Justiça não pode desprezar os próprios limites estabelecidos pelo Estado de Direito. A propagação de um controle autônomo, de valor intrínseco, um fim em si mesmo, criador da ideia de um olho que tudo vê e persegue, apenas terá como efeito a paralisia de parte considerável da Administração Pública, consolidando o alardeado direito administrativo do medo.

O que se tem por hipótese, ainda de modo precário e provisório, é que a CGU tem ampliado seus poderes e funções, passando a legislar e normatizar, ter acesso a dados sigilosos, bem como intensificado sua atuação em operações policiais, assumindo um modelo panóptico de controle, semelhante à penitenciária ideal concebida por Jeremy Bentham, onde um vigilante centralizado tudo observa.

Não bastasse essa ampliação normativa e regulamentar da CGU, bem como dilatação de seus poderes e acessos a informações, o crescimento exponencial de operações especiais invoca atenção. No que diz respeito à possibilidade de cooperação com órgãos externos, o

Sistema de Controle Interno do Executivo Federal “prestará apoio” no exercício de sua missão institucional⁵. Consta que os assessores especiais de controle interno, ao tomar conhecimento da ocorrência de irregularidades que impliquem lesão ou risco de lesão ao patrimônio público, dará ciência ao Ministro de Estado e à Controladoria Geral da União (art. 13, parágrafo único, do Decreto n. 3.591/2000). (BRASIL, 2000).

Todavia, é sempre oportuno recordar que o direito administrativo disciplinar por muitos é entendido como digno de menor proteção constitucional e legal, por considerar a existência de uma relação de sujeição especial. Para outros, a justificativa está no princípio da subsidiariedade, ou seja, na convicção de que os ilícitos administrativos seriam menos ofensivos e de menor reprimenda do que aqueles regulados pelo Direito Penal. A seguir, o levantamento de informações que apontam para uma forte aproximação entre direito administrativo e o direito penal.

3.2. A FUSÃO ENTRE DIREITOS PENAL E DISCIPLINAR NO POLO DA ACUSAÇÃO E O RISCO DE ATIVISMO CORRECIONAL

O presente tópico abordará o movimento fático de aproximação que vem ocorrendo no Brasil entre o direito penal e o direito administrativo disciplinar. Para tanto, além de considerações sobre a corrupção, serão apresentados dados de operações entre CGU e órgãos policiais, cujos resultados indicam para o tópico seguinte, a saber, verdadeiras misérias do direito administrativo disciplinar brasileiro.

A partir da década de 1980 e 1990 a corrupção passou a ser tratada como um problema global, invocando uma atuação conjunta no seu combate. Dentre os principais acordos para ações conjuntas de combate à corrupção, destacam-se: i) Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos - OEA, assinada em 1996, na Venezuela; ii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, assinada no ano de 1997, em Paris; iii) Convenção das Nações Unidas - ONU - contra o Crime Organizado Transnacional, assinada em 2000, em Nova York; e iv) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada em 2003, em Nova York. (BESSA NETO, 2018).

⁵ Art. 5º O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal prestará apoio ao órgão de controle externo no exercício de sua missão institucional. (BRASIL, 2000).

Por aqui, um país com marcas de desigualdades e escândalos de corrupção. O Brasil, embora signatário de acordos internacionais de combate à corrupção, tardou em adotar medidas efetivas para esse fim. A sensação de impunidade que era compartilhada no senso comum fomentou uma tentativa de mudança de paradigma. Embora signatário de diversos acordos, pode-se destacar um movimento recente que tem impactado o modo como o país passou a lidar com o tema.

Em 2013, parcela significativa da população foi às ruas e bradou contra desvios de dinheiro público. Promulgada a Lei n. 12.846/2013. Não sendo fruto específico dos movimentos que ganharam as ruas do país em 2013, a Lei n. 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), é, antes, o resultado de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em convenções da ONU, OEA e, principalmente, da OCDE. (GABARDO; MORETTINI E CASTELLA, 2003).

O País vivenciou a operação lava-jato, que transformou o modo de ver e combater corrupção no País, criando-se uma espécie de publicização de *tolerância zero* para atos ilícitos no Estado. Operações policiais das mais diversas anunciaram uma intensa atuação dos órgãos estatais de controle em combater e banir a corrupção e os atos ilícitos, especialmente aqueles relacionados à Administração Pública. O discurso em redes sociais, nos ambientes públicos e privados, seguiu o mesmo caminho.

A Constituição de 1988 projetou um complexo e rígido sistema de controles. Cada um dos Poderes ou funções do Estado controla os demais, e há ainda um controle interno deste mesmo Poder. No caso do Executivo, este se sujeita ao controle do Legislativo (Tribunal de Contas da União) e do Judiciário (decisões judiciais), além de estabelecer um sistema de controle interno ao próprio Poder Executivo, cujo órgão central é a Controladoria-Geral da União. Além disso, as próprias instituições possuem mecanismos de controle interno, como auditoria interna e corregedoria. Completando esse complexo sistema, ainda podem ser citados o Ministério Público Federal e a Polícia Federal.

Os últimos anos têm revelado uma atuação policialesca e profundamente repressiva, conforme demonstram dados publicados no site da própria Controladoria. Chama atenção o número de participações nas ditas operações especiais, que são aquelas que ocorrem “em conjunto com órgãos de Defesa do Estado, em todo o Brasil [...]”. A parceria fortalece as ações do Governo Federal para combater a corrupção e a má aplicação na gestão dos recursos públicos federais em todo o país”. (CGU, 2022).

A seguir, alguns dados relacionados à atuação da CGU, notadamente em parceria

com Ministério Público e Polícia Federal. Grande parte dessas operações se tornam conhecidas a partir da deflagração de autorizações judiciais para busca e apreensão e até prisão de envolvidos. Abaixo, é possível verificar a quantidade de operações dessa natureza conforme o ano de sua deflagração.

Quadro 3- Operações Especiais CGU

ANO	QUANTIDADE	ANO	QUANTIDADE
2003	01 Operação Especial	2004	03 Operações Especiais
2005	04 Operações Especiais	2006	08 Operações Especiais
2007	09 Operações Especiais	2008	12 Operações Especiais
2009	11 Operações Especiais	2010	26 Operações Especiais
2011	25 Operações Especiais	2012	27 Operações Especiais
2013	21 Operações Especiais	2014	21 Operações Especiais
2015	32 Operações Especiais	2016	53 Operações Especiais
2017	68 Operações Especiais	2018	40 Operações Especiais
2019	59 Operações Especiais	2020	96 Operações Especiais
2021		64 Operações Especiais	

Fonte: CGU, 2022.

De 2003 a 2021 foram realizadas 580 (quinhentas e oitenta) operações especiais. O ano de 2010 é o primeiro salto no número de operações especiais, considerando-se a média dos anos anteriores. Um novo salto ocorrerá em 2016. Os dois anos marcam um salto aproximado de 100% em relação à média até então. 2017 também chama atenção com 68 operações especiais. O recorde anual de operações se deu em 2020 com 96 operações especiais.

Esses poderes e comportamentos, de duvidosa constitucionalidade, com uma atuação cada vez mais similar aos órgãos policiais e regidos pela legislação penal, parecem desfigurar o desenho normativo-constitucional projetado para o controle interno. São poderes que vão desde a situação trazida pelo Decreto n. 10.209/2020, em relação ao compartilhamento de informações e documentos protegidos pelo sigilo fiscal previsto no Código Tributário Nacional e o acesso antecipado a elementos de prova colhidos em razão de busca e apreensão e operações policiais.

Já não seria mais o caso de se falar em mero órgão auxiliar para a boa gestão da

coisa pública. O que se nota é um conjunto de medidas que formatam a Controladoria Geral da União como uma espécie de grande inspetor da República, com uma atuação de controle com forte caráter repressivo e policial, com amparo na legislação penal e processual penal, mas que traz profundos impactos na seara disciplinar.

Questão de realce é: onde está o fundamento e autorização constitucional ou legal para a Controladoria-Geral da União se entrelaçar a órgãos de polícia e fazer cumprir mandados de busca e apreensão?! O Art. 5º do Decreto n. 3.591/2000 assenta que “O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal prestará apoio ao órgão de controle externo no exercício de sua missão”. Mas, em absoluto, não é uma autorização legal para atuação em ações típicas de polícia judiciária. (BRASIL, 2000).

Está em curso um fenômeno de aproximação das estruturas do direito penal e administrativo sancionador, especialmente aquelas ditas de sujeição especial, como no caso do direito administrativo disciplinar. Torna-se possível essa inferência a partir da observação da atuação e comportamento do órgão central de correição do poder executivo federal. Aceitando-se ao menos que há um regime jurídico mínimo, básico, destinado aos acusados em geral (OSÓRIO, 2020), é preciso avançar na tentativa de identificar a extensão e alcance desses institutos, não só no âmbito da acusação mas sobretudo no polo da defesa.

As recentes atuações da Controladoria-Geral da União merecem reflexão e análise sobre a conformação ao texto constitucional, notadamente verificação quanto ao cumprimento do dever de auxiliar à Administração para o aprimoramento da boa governança pública.

Conforme já anunciado, a Controladoria Geral da União, Órgão Central do Sistema Correcional do Poder Executivo Federal, tem cada vez mais se aproximado dos órgãos de repressão judicial. As ditas operações especiais, que nada mais são do que operações policiais, trazem consigo um sinal de alerta: as misérias do processo penal passam a se aproximar e por vezes se (con)fundir com o processo administrativo disciplinar.

Os processos e elementos de provas transitam de um lado para o outro. E tudo isso sem qualquer recomposição no sentido de garantir um mínimo de equiparação de armas na disputa dialético-processual. Ao acusado no processo administrativo, resta defender-se das acusações formuladas, refutar os elementos de provas construídos com inteligência e aparato policial, e clamar pela não submissão sua, involuntária, a uma tal relação de sujeição especial, capaz de limitar e por vezes eliminar direitos e garantias fundamentais que teria, não fosse o fato de ser servidor público.

Os “achados” dessas operações especiais seriam de fácil identificação daquilo que seria ilícito penal ou administrativo? Veja-se que a aparente lógica é que o processo administrativo disciplinar constitui-se em processo de menor complexidade, tanto assim que dispensável a defesa técnica promovida por advogado, nos termos da súmula vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal.

O mesmo órgão que toma agora as provas com aparato policial é também quem nomeia comissão processante e também quem profere o julgamento. Demasiadamente difícil falar em paridade de armas. Se a presunção de legalidade/legitimidade dos atos estatais já ecoava, a robustez dos elementos de prova colhidos em operações policiais parece prejudicar o pleno exercício do contraditório.

O pano de fundo conta também em como o sistema atual está gerindo a capacidade de produzir provas. Há muito a teoria das provas legais ressalta que para condenar, o julgador deveria reunir determinada quantidade e qualidade de provas. Embora o fundamento fosse garantista, no sentido de limitar o arbítrio do julgador, na prática apenas resultavam em maior severidade das investigações e atuação do julgador, conforme leciona Antônio Magalhães Gomes Filho (1997).

A teoria das provas legais, que legitimava o sistema inquisitório, precisava tratar adequada e eficientemente as provas colhidas, que seriam fundamentais para eventual condenação. Ou seja, um modelo de provas robustas e contundentes para fundamentar uma decisão condenatória não é exclusividade do sistema acusatório, mas fundamento do modelo inquisitório. Jacinto Coutinho (2011, p. 24) destaca que “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova”.

Sotomayor (2014) explica que o direito convive atualmente com dois sistemas punitivos, o direito penal e o direito administrativo sancionador. Sobre se são iguais e se podem punir em razão dos mesmos fatos, lembra que o legislador tem uma ampla margem para escolher entre ambos, considerando que são poucos os limites postos que os separam.

Muito se fala em contenção do direito penal, mas isso à custa da expansão do direito administrativo, invocando-se o princípio da intervenção mínima do direito penal. Ocorre que esse princípio é insuficiente e deveria ser aplicado a todo direito punitivo. Nessa linha de argumento, Sotomayor (2014, p. 135) conclui:

En mi opinión, la mejor opción es que se castigue por regla general mediante el Derecho penal y como excepción, aunque pueda ser muy amplia, a través del Derecho administrativo sancionador. Es más bien esto último lo que merece una especial justificación porque la imposición de sanciones administrativas está rodeada de muchas menos garantías materiales y formales para el acusado y para las víctimas que la imposición de penas judiciales.

O entendimento foge do tradicionalmente defendido. Ora, se no direito penal há um conjunto de direitos e garantias que se negam a extensão em sua plenitude ao direito administrativo disciplinar, por exemplo, mais prudente seja lançada acusação naquela seara de maior garantia, sob pena de uma diminuição de interferência penal, mas um intumescimento do direito administrativo sancionador.

Imagine-se, pois, as situações decorrentes das operações especiais acima referidas. Sobre as mesmas provas e fatos o direito penal e o direito administrativo sancionador podem incidir. Em um deles, resta consolidado um conjunto de princípios e garantias fundamentais. Noutro, ainda que em relação às mesmas situações, provas e fatos, a apuração e mesmo aplicação de eventual penalidade se passará em um processo com direitos e garantias imensamente mais relativizados.

No caso do direito administrativo disciplinar brasileiro, o que se observa é uma aproximação e irmandade com o direito penal, no que diz respeito à coleta de provas e robustez da acusação. Diferentemente se passa em relação à comunicação de direito e garantias aos acusados em geral.

Esse contexto é oportuno para ativismos. Muito já se debateu sobre o ativismo judicial. Ativismo judicial pode ser entendido como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. (RAMOS, 2015, p. 131).

O moralismo jurídico⁶ tende ao ativismo judicial (RAMOS, 2015). Esses parâmetros de identificação e discussão envolvendo o ativismo judicial servem em alguma medida para compreensão daquilo que pode ser denominado como ativismo correcional.

Desde 2013 há um ambiente propício e de fomentado a um verdadeiro ativismo correcional, protagonizado pela Controladoria-Geral da União. Há uma série de medidas que apontam a CGU como uma espécie de grande inspetor, e com uma atuação de controle com forte caráter repressivo e policial, conforme dados adiante apresentados. Como exemplo deste dito, indicativo desse aparente inchaço e mudança de rumos da CGU, cite-se o Decreto n.

⁶ Reale (1996, p. 483-493) apresenta as algumas teses de Viktor Cathrein, Georges Ripert, Giovanni Gentile e Julius Binder a respeito do moralismo jurídico.

10.209/2020, que dispõe sobre o compartilhamento de informações e documentos necessários aos trabalhos e atividades da CGU, inclusive aqueles protegidos pelo sigilo fiscal previsto no Código Tributário Nacional.

O que se vê é uma CGU avocando cada vez mais processos e dos mais diferentes órgãos e cada vez mais participando das chamadas operações especiais, em parceria com Ministério Público e Polícia Federal, especialmente. Importa registrar que a atividade correcional, objeto também da presente pesquisa, está localizada dentro do controle da administração pública. Ocorre que, ao menos no caso brasileiro, houve um intumescimento dessas atividades.

Qualquer modelo de controle ou atuação de órgãos estatais precisa encontrar amparo e sustento no texto constitucional. No Brasil, após um rígido período de ditadura militar, a desconfiança entre os participantes da Assembleia Constituinte e a própria sombra do regime autoritário militar que se encerrava fez crer na solução pelo fortalecimento dos órgãos de controle e aplicação da lei.

Conforme sustenta Vieira (2018), essas instituições foram amadurecendo, se tornando eficientes e autônomas, o que ajuda a explicar a crise política e institucional que se arrasta ao longo dos anos no país. O que se viu a cada ano foi um fortalecimento desses órgãos de controle, encampado por um legítimo propósito de proteção da ordem jurídica, do patrimônio público e do combate à corrupção.

Obviamente, não se propõe aversão ao controle. Marco Aurélio Souza da Silva (2017, p. 08) destaca que “não se concebe um Estado Democrático sem a possibilidade de exercício de controle dos atos de todo aquele que detém o poder estatal”. No Brasil, quando da redemocratização, circunstâncias indicaram a necessidade de atribuição de expressivos poderes aos órgãos de controle, e a CGU parece ter compreendido sua missão de assumir certo protagonismo no combate à corrupção e na expurgação dos ilícitos que há muito assolam a nação. A problemática está longe de ser essa. A relevância está em identificar os limites dessa atuação, para além da nobreza dos propósitos.

Considerando a necessidade de ampliar o combate à corrupção no país, a CGU passou a adotar uma postura cada vez mais combativa, policialesca e repressiva, e não apenas uma atuação de auxiliar do aperfeiçoamento institucional e aprimoramento da boa governança pública do Poder Executivo Federal.

O direito administrativo disciplinar brasileiro, pois, lança-se perigosamente na comunicação com o direito penal. Perigosamente pois essa aproximação se dá apenas no polo da acusação, sem extensão das garantias de defesa, o que promove uma desconfiguração no

sistema correcional e provoca uma série de impropriedades, o que o próximo tópico nominou de misérias do direito administrativo disciplinar brasileiro.

3.3 MISÉRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR BRASILEIRO

Notável advogado, jurista e professor nas Universidades de Milão e Roma, Francesco Carnelutti nasceu em Udine, em 1879, e faleceu em Milão no ano de 1965. Escreveu uma memorável obra, *As Misérias do Processo Penal*, onde eternizou inúmeras críticas ao sistema processual penal.

Diversas das questões levantadas naquela época ainda seguem e facilmente vislumbradas no regime disciplinar atual. As funções de cada sujeito processual, o formalismo, as simbologias, a toga, e consequências das penas ao acusado, mesmo quando declarado inocente.

As manchetes dos jornais, e as páginas institucionais, inclusive nas redes sociais, desvelam a existência de uma nova atuação do Órgão Central de Correição. E, então, parece haver uma espécie de vestimenta a ser temida, uma toga correcional implacável, em amizade íntima com o direito penal e as polícias judiciárias.

À solenidade, para não dizer à majestade, dos homens em toga se contrapõe o homem na jaula. Não esquecerei nunca a impressão, que deste tive a primeira vez na qual, ainda adolescente, ingressei na Corte de uma seção penal no Tribunal de Torino. Aqueles, dir-se-ia, sobre o nível do homem; este, em baixo, preso na jaula, como um animal perigoso. Sozinho, pequeno, embora grande de estatura; perdido, ainda que procurasse ser desembaraçado, pobre, carente, necessitado... (CARNELUTTI, 2015, p. 19).

Uma das primeiras consequências de um processo punitivo é a marca que insere em quem é acusado; se condenado, então, o nível se torna ainda maior. Considerando não ser necessário um nível robusto de elementos probatórios, notadamente diante da possibilidade de adoção do controverso e indelimitado *in dubio pro societate*, o acusado em processo disciplinar não raras vezes é desafiado, de plano, a conviver com estigmas e certo isolamento, em uma espécie de pré-pena.

À semelhança da imagem vista por Carnelutti, o que se vê é alguém acuado, na condição de acusado. O advogado, dispensável pela súmula vinculante n. 05 do STF, não lhe é essencial ou indispensável. Há a autoridade julgadora do processo disciplinar, que no caso é a mesma que instaura o processo, que escolhe e nomeia a comissão que apurará os fatos, que renova os prazos para conclusão, e quem proferirá uma decisão final.

Como dito por Carnelutti (2015), cada um de nós tem as suas predileções, também em questões de compaixão e na maneira de sentir caridade, mas para ele o mais pobre de todos os pobres é o encarcerado. Refere-se ao encarcerado, não ao delinquente. Antes do encarceramento uma fera, depois, enjaulado, se torna um homem. Na narrativa do autor italiano, o atar os pulsos, acorrentar as mãos do infrator fez o homem reaparecer, à nossa semelhança, com seu mal e seu bem, sua riqueza e sua espantosa miséria, de modo que do horror de ter presenciado um ilícito, nasceu a compaixão.

Para Carnelutti (2015), as algemas são um símbolo do direito, talvez de mais expressão simbólica do que a própria balança e a espada que comumente costumam representar o direito. As provas, numa tentativa de reconstrução histórica de um fato, em harmonia, fictícia, de presunção de inocência. Diante de sua maratona para provar-se inocente - sim, terá que provar sua inocência, o passado e o futuro do processo administrativo e da própria sanção mostra-se, de forma cinzenta, diante de si. Esse vínculo entre o passado e o futuro se dá em razão de que os delitos devem ser reprimidos e também prevenidos.

A obra do jurista italiano apresenta ainda o momento da decisão, do julgamento. O cumprimento da decisão. A liberdade ou fim da sanção. E o fim, para além do direito. E, após o processo e eventual cumprimento de condenação, potencialmente há de persistir uma condenação que perdurará para além das sanções formais impingidas. É provável receba uma etiqueta. Será, sempre, ainda que inocente ao final, um eterno ex acusado.

Em relação ao processo administrativo disciplinar, diversas essas misérias, algumas delas sumuladas pelos tribunais superiores, a exemplo da vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, e da n. 635 do Superior Tribunal de Justiça; nesta a compreensão de que a prescrição inicia com a ciência não da Administração Pública, mas da autoridade competente para instaurar o processo disciplinar, sem fixação de qualquer lapso temporal.

O famigerado princípio do formalismo moderado, que deveria ser utilizado para contornar, por exemplo, a previsão de ausência de obrigatoriedade de defesa técnica e qualificada, sendo utilizado para tirar a previsibilidade das regras do jogo processual, com a recorrente invocação do tal e vago interesse público e busca da verdade dita real. A ausência de parâmetros objetivos para definição do que constitui duração razoável do processo, mesmo a lei tendo estabelecido prazo para a sua conclusão.

A legalidade esfacelada. Ilícitos administrativos a partir de portarias, regulamentos, e não advindos da lei como fonte. A ausência de regras claras sobre os limites do poder da comissão processante e sua obediência ao devido processo legal, que pressupõe excessivo rigor à linha de previsibilidade das regras do jogo processual.

A constrangedora ficção de que em um processo administrativo disciplinar não há polo de acusação. Diz-se que a Administração não ocupa a função de acusador, vez que seu interesse é na busca da verdade real, o que evitaria, nessa perspectiva, falar-se em uma necessária equiparação de armas.

Está posto um conjunto de medidas que formata a Controladoria Geral da União como uma espécie de grande inspetor da República, com uma atuação de controle com forte caráter repressivo e policial, com amparo na legislação penal e processual penal, mas que traz profundos impactos na seara disciplinar. Esses poderes e comportamentos, de duvidosa constitucionalidade, com uma atuação cada vez mais similar aos órgãos policiais e regidos pela legislação penal, parecem desfigurar o desenho normativo-constitucional projetado para o controle interno. É o caso de citar o Decreto n. 10.209/2020, que dispõe sobre o compartilhamento de informações e documentos necessários aos trabalhos e atividades da Controladoria, inclusive aqueles protegidos pelo sigilo fiscal previsto no Código Tributário Nacional.

De todo modo, imagine-se um sistema investigativo/acusatório que goze de um arsenal de armas absolutamente incompatível com o que é ofertado à defesa. Imagine-se um direito penal que se utilize de sua estrutura para avançar e implicar o direito administrativo disciplinar. Nesse caso, *o direito administrativo disciplinar estaria nu*. Despido de vestes garantistas e de direitos fundamentais efetivamente assegurados, vez que sua condição de sujeição especial lhe serviria inclusive para retirar-lhe do rol de espécies do direito administrativo sancionador.

De toda sorte, das misérias para além do processo, Carnelutti (2015), sobre a aclamada presunção de inocência, crava de ceticismo essa crença ao afirmar que a justiça humana mais faz sofrer o homem para saber se é culpado ou inocente do que faz sofrer o culpado por sua culpa. Como bem sustenta, esta é uma daquelas normas que servem para demonstrar a boa fé daqueles que a elaboraram.

Questões como a limitação arbitrária do número de testemunhas indicadas pelo acusado, a formulação de perguntas pela comissão à testemunha após a reinquirição, a ausência de prazos rígidos para a conclusão do processo, a possibilidade de indeferimento de pedidos da defesa pelo presidente da comissão, a presunção de veracidade de que goza a administração pública, assim como a ausência de um sistema recursal determinado, dentre outros, constituem-se aspectos de impacto processual que precisam ser delineados conforme as regras e garantias constitucionais.

O que se nota, hoje, é um aprofundamento das misérias do processo administrativo disciplinar, em analogia às misérias do processo penal eternizadas por Carnelutti. Um processo disciplinar, por si, pode ser razão suficiente de adoecimento. O etiquetamento tão difundido no âmbito penal, aqui também se aplica. Há uma condenação, também aqui, invisível, de fim e duração não estabelecida, e que avança e perdura até mesmo depois de eventual aplicação real de uma sanção administrativa disciplinar; aliás, para essa condenação pouco importa o resultado do processo ou a culpabilidade do agente. Trata-se da mácula de estar ou de já ter estado sob a condição de acusado e infrator.

4. POR UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E GARANTISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

4.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS

Tratando da Jurisdição Constitucional, e apresentando as objeções às concepções de Schmitt, notadamente sobre que deveria ser o guardião da constituição, Kelsen (2013) indica que essa jurisdição constitucional tem como propósito a garantia do exercício regular das funções estatais, sendo a função política da Constituição o estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder. É manifestamente clara a ideia de que a inconstitucionalidade pode ser formal ou material, vez que a constituição estabelece não apenas um limite procedimental mas também de conteúdo, um aspecto principiológico. (KELSEN, 2013)

Kelsen (2013) apresenta a ideia de que em relação ao controle de constitucionalidade o que é verificado é a constitucionalidade das leis imediatamente subordinadas à constituição e sua legalidade àquelas mediamente subordinadas à constituição. Ou seja, o que se pretende verificar é a conformidade à norma de grau superior. Se por um lado a função política da constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, por outro a garantia da constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.

Moraes (2020), a partir de Canotilho, destaca que o Estado constitucional configura-se como uma das grandes conquistas da humanidade, de modo que para ser um *Estado de qualidades* no constitucionalismo moderno o estado deve ser, necessariamente, um *Estado democrático de direito*. O Estado Constitucional, destaca, é mais do que o Estado de Direito, é

também o Estado Democrático, tratando de aspectos de sua legitimação e também limitação do poder.

E é Estado de Direito ao ter em sua constituição as seguintes características, ainda segundo Moraes (2020): (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

A legalidade, portanto, precisa ser entendida como uma legalidade constitucional, em um Estado que se entende e efetivamente é democrático e também de direito. Nesse aspecto, o princípio da legalidade tem origem e fundamento no Estado de Direito, em momento de busca por encontrar limites ao poder do soberano, por meio da submissão de todos, particulares e Estado, ao império da lei. (VERNASCHI, 2019).

Gonçalves e Grilo (2021) sustentam que o princípio da legalidade é na verdade princípio da constitucionalidade ou da juridicidade, apontando sua subordinação à Constituição e à Lei, especialmente quando a Administração está na seara do direito administrativo sancionador.

Essa obviedade jurídica contemporânea é colocada em xeque diante da tese da relação de sujeição especial. Veja-se que seria o caso de existir indivíduos que, em razão de sua relação com o Estado, poderiam ver furtada a essência do princípio da legalidade e mesma da reserva legal. Assim, de todo modo, é importante compreender a dimensão da legalidade constitucional e seus desdobramentos, até para confrontar a recepção e adequação da referida tese.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5º, II. É um importante princípio a que deve se submeter a Administração Pública (art. 37, CF/88). (BRASIL, 1988). Se para o particular significa a proteção de fazer aquilo que a lei não lhe proíbe e o de ser obrigado a fazer algo apenas em razão da lei, para a Administração o significado é de limitação de atuação, a qual pode ocorrer apenas em razão de autorização ou permissão legal prévia.

Em relação ao processo administrativo disciplinar, a Constituição Federal assegura a garantia do devido processo legal, e isso nos mesmos moldes da forma judicial, dispondo que

o leque de regras e princípios para a atuação punitiva da Administração Pública sobre seus servidores deve ser firmemente considerado. (CAMPOS; MELO, 2018).

O impacto disso é amplo, tocando especialmente nos tipos administrativos e a forma como são considerados atualmente os ilícitos. Para Osório (2020, p. 237) vigora no direito administrativo sancionador brasileiro a legalidade dos tipos sancionadores. Destaca, porém, a existência de importantes distinções em relação à legalidade penal, sustentando haver fontes diversas de aplicação. O autor ressalta, porém, que “não se pode ignorar que progressivos processos de aproximação e globalização das fontes tendem a constituir direitos fundamentais comuns, senão similares, às relações expostas ao poder sancionador do Estado”. (OSÓRIO, 2020, p. 237).

No direito espanhol, notadamente considerando a jurisprudência do Tribunal Constitucional, não são estabelecidas grandes diferenças, senão em termos quantitativos e de graus, de modo que vige para o direito penal e para o direito administrativo sancionador o princípio da legalidade, todavia de maneira distinta, vez que para as sanções disciplinares referido princípio é um tanto mais flexível. (PUIG, et al. 2005).

Três desdobramentos ou perspectivas do princípio da legalidade constitucional: o devido processo legal e a previsibilidade das regras do jogo, a tipicidade e o formalismo moderado. Constitucionalmente, deve-se (ou dever-se-ia) assegurar a efetiva presunção de não culpabilidade, a qual seria diminuída se, ainda assim, o Estado-juiz bem como as partes envolvidas, enquanto no exercício dialético processual, não estivessem vinculados a determinadas regras. À obrigatoriedade de observância às regras processuais- constitucionais que se denomina *devido processo legal*.

A Constituição garantiu, notadamente nos incisos LIV e LV, do artigo 5^a, o devido processo legal, valendo destacar que não o fez exclusivamente para o procedimento penal, mas igualmente ao civil e administrativo. Campos e Melo (2018) destacam que a Constituição Federal assegura a garantia do devido processo legal para o processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes do que o faz em relação ao processo judicial.

Dizer que o exercício do *ius puniendi* estatal deverá respeitar o devido processo legal é, especialmente, dizer que deverão ser respeitadas as regras estabelecidas ao longo dos diversos textos legais, todos necessariamente devendo ser compatíveis formal e materialmente à Constituição da República.

Veja-se o caso no qual a lei preveja rito ordinário e a autoridade ou a comissão processante adote o questionável rito sumário, com diminuição de tempo para defesa e limitação de instrução probatória. Seria situação a ensejar nulidade em razão da ofensa ao

devido processo legal previsto. Adicionalmente, situações como o não interrogatório do acusado, ou juntada de provas após esse ato, ou ainda a juntada e utilização de elemento de prova advindos de processo investigativo sem adequada oportunização ao contraditório.

Outra perspectiva do princípio da legalidade é a *tipicidade*. Zaffaroni e Pierangeli, com olhar para o direito penal, definem o tipo como “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”. A tipicidade, por sua vez, “é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por uma lei penal.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 399).

Parte considerável da doutrina, ecoando entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entende ser necessária a prévia demonstração do efetivo prejuízo experimentado pelo acusado. (DEZAN; HERKENHOFF, 2019). Trata-se da expressão “*pas de nullité sans grief*”, princípio do prejuízo, originário do sistema jurídico francês. Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona (2016) relacionam referido princípio com o processo administrativo disciplinar brasileiro e as interferências que incidem sobre o sistema de gestão da legalidade, com destaque para aquelas provocadas pelas medidas de convalidação dos atos administrativos ilegais, e explicam que:

O princípio em comento exprime, sobretudo, normatividade para prescrever que no processo jurídico somente haverá o reconhecimento de nulidade (ou de anulabilidade) se houver, do ato ou da omissão questionados (para o processo administrativo, do ato administrativo produzido de modo irregular, contrário à lei), decorrido prejuízo a uma das partes processuais e, nos casos de ramos processuais de direito punitivo, à defesa do acusado. (DEZAN; CARMONA, 2016, p. 122).

O direito brasileiro acolheu expressamente referido princípio, sendo exemplos o art. 563 do Código de Processo Penal, art. 277 do Código de Processo Civil. Aqui, há a necessidade de uma ressignificação e leitura conforme a constituição. O instituto do processo se presta, *in casu*, justamente para podar o ímpeto do Estado na saga de punir. Trata-se, portanto, de verdadeira garantia aos acusados em geral. Desse modo, situação de ofensa ao devido processo legal não deveria ser tolerada no ordenamento, tampouco aceitar convalidação ou correção, sem a devida declaração dos efeitos retroativos que a situação condiciona.

E esse aspecto é fundamental na medida em que o processo é a forma pela qual o Estado atua e manifesta o interesse público. É através do processo que os direitos, incluindo-se os fundamentais, são reconhecidos, bem como serve o processo de instrumento de

limitação dos poderes estatais, não se podendo esquecer que tais poderes apenas existem para assegurar direitos fundamentais. (CAMPOS; MELO, 2018).

Araújo, Branco e Costa (2020) defendem que o alcance do princípio da legalidade para o direito administrativo sancionador é diverso daquele presente no direito penal, sustentando que a taxatividade do direito penal não comporta transposição para o direito administrativo sancionador, não podendo invocar o mesmo rigor do princípio da legalidade, a ponto de exigir lei em sentido estrito, vez que se estaria a falar em reserva de lei relativa.

Osório (2020) destaca que não há reserva de lei federal ao direito administrativo sancionador, diversamente do caso penal. Para o autor, se é inconcebível a tipificação de infrações e sanções penais pela via de medidas provisórias, por exemplo, o mesmo deve ser relativizado no âmbito do direito administrativo, especialmente em relação àquelas situações de menor impacto nos direitos fundamentais.

Para a doutrina majoritária, o princípio da legalidade não tem o mesmo tratamento e alcance nas relações de sujeição especial. (VERNASCHI, 2019). O entendimento seria o de que nas relações de sujeição especial a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas do vínculo específico travado com o indivíduo, o que lhe possibilitaria, dentro de certos limites, ao próprio órgão regulamentar e estabelecer infrações e sanções administrativas. No contexto atual de ativismo correcional, poucas coisas poderiam ser mais preocupantes.

Outra vez volta-se à importância de definição do *ius puniendi*. Se o poder tendo ao abuso e está pactuado que o Estado não aplicará qualquer penalidade sem o devido processo legal, e não considerará ilícito determinado comportamento antes prescrever em lei anterior, seria de difícil sustentação conceber uma penalidade sem esses elementos. A possibilidade de um órgão estabelecer os comportamentos passíveis de penalidade igualmente soa excessiva relativização. Some-se a isso a relativização e até supressão de direitos e garantias ao acusado e os atributos dos atos administrativos, e efetivamente o acusado está em absoluta desvantagem.

Ainda, uma terceira faceta do princípio da legalidade aqui abordada é o *formalismo moderado*. A forma, aliás, é elemento de validade dos negócios jurídicos, conforme art. 104, III, do Código Civil. (BRASIL, 2002). Todavia, o art. 22 da Lei n. 9.784/99 estabelece que “Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. O mesmo diploma legal assenta como critério a ser observado nos processos administrativos a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado

grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. (art. 2º, IX, Lei n. 9.784/99). (BRASIL, 1999).

Isso não significa dizer descaso com aspectos procedimentais. A mesma lei destaca também como critério nos processos administrativos a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, VIII, Lei n. 9.784/99). (BRASIL, 1999). Ou seja, não se torna possível em termos legais interpretação que invoque o formalismo moderado para prejudicar as garantias e direitos dos particulares. Dito de outra maneira, o formalismo moderado deve ser entendido como instrumento para a salvaguarda dos direitos e garantias dos particulares, e não entendimento como instrumento para relativização de procedimentos e formas previstos em lei.

Dezan e Carmona (2016) observam que a maneira como esse instituto tem sido aplicado nos processos administrativos, parece indicar o objetivo tão somente de finalizar o procedimento disciplinar a qualquer custo, “em uma espécie de questão de política punitiva estatal que não atenta para a preservação de direitos e garantias fundamentais do agente público que figura como parte ré do processo punitivo”. (DEZAN E CARMONA, 2016, p. 123).

A jurisprudência tem estendido o princípio do formalismo moderado mesmo para as situações de nulidade absoluta, prevista em lei, impondo ao acusado o ônus de demonstrar a ocorrência do efetivo prejuízo em razão da nulidade alegada. A compreensão clássica indicava que a presunção de nulidade absoluta era inferida da própria lei, devendo ser declarada independentemente da alegação e comprovação de prejuízo. Os Tribunais Superiores, invocando princípios como economia processual, celeridade e duração razoável do processo, tratam a nulidade relativa como impondo o dever ao acusado de demonstrar o efetivo prejuízo, e aceitação da inversão do ônus da prova para que a Administração demonstre ausência de prejuízo à defesa. (DEZAN E CARMONA, 2016).

Em entendimento, a nosso sentir, absolutamente harmonioso com a Constituição Federal, Dezan e Carmona consignam

Entretanto, a nosso sentir, as normas que definem no Direito brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado somente se referem – malgrado isso se inferir, de modo implícito, de omissão eloquente do legislador – às nulidades relativas, e não às nulidades absolutas. Tal concepção se impõe com base na premissa do direito processual como instrumento de concretização de regras, princípios e valores da ordem normativa como um todo e, especialmente, do Direito Constitucional como garantia de óbices ao arbítrio estatal. (DEZAN E CARMONA, 2016, p. 124).

O que se torna possível apreender é que há um pêndulo entre a tese da relação de sujeição especial, com ênfase no direito administrativo disciplinar, e a legalidade

constitucional, quando apresentada sob as facetas do devido processo legal, tipicidade e do formalismo moderado. Concordamos com Garcia e Coronado (2009), no sentido de que o princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito, e as relações de sujeição especial clamam por respaldo normativo precedente à sua imposição, estando essas relações sujeitas à reserva legal e excepcionalmente à discricionariedade. Essa discricionariedade ou liberdade da Administração Pública está condicionada ao sistema de liberdades previstas na Constituição.

4.2 SUJEIÇÃO ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS: NOÇÕES SOBRE O GARANTISMO E UMA EXPLICAÇÃO ÉTICA PARA A SUJEIÇÃO

Conforme apresentado, diversos grupos na sociedade apresentam um vínculo específico com a Administração Pública capaz de sujeitar-lhes a um regime no qual há a possibilidade de relativizar determinados direitos e garantias. O desafio parece ser harmonizar as relações de sujeição especial com o desenho do Estado constitucional, ou seja, uma sujeição à lei, ao direito, e especialmente à Constituição.

Nesse ponto, a apresentação de noções gerais sobre a teoria do garantismo agrega luz à discussão. Fischer (2009) expõe uma definição ou apresentação da teoria iniciada no século XX:

Se é possível definir de forma bastante sintética e inicial, a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente os direitos fundamentais (também os deveres fundamentais, dizemos) estampados na Constituição. Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam única e topicamente ali, convém acentuar já aqui que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. (FISCHER, 2009, p. 01-02).

Ao tratar sobre o garantismo, logo há uma associação ao direito penal. Na década de 1970, na Itália, o jurista italiano Luigi Ferrajoli observava as ruas de seu país inundadas de conflitos entre grupos extremistas. A resposta a esses “terroristas” e “extremistas” deveria ser, como de fato era, uma resposta firme, quase sempre acompanhada de um excesso em seu cumprimento. O direito alternativo a esta ordem posta, invocando uma reafirmação da dogmática, buscava sobretudo observâncias às garantias próprias do direito penal.

É nesse sentido que Fischer (2009) ensina que a teoria do garantismo penal defendida por Ferrajoli tem origem em um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália dos anos setenta, por meio dos juízes do grupo da Magistratura Democrática, que incluía Ferrajoli, que considerava o acusado não um mero objeto no processo, mas um sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que possui o poder-dever de protegê-lo.

A teoria do garantismo de Ferrajoli se baseia no constitucionalismo rígido, e no respeito à dogmática. Diferencia vigência, validade e eficácia. Uma norma é vigente quando apta a produzir seus efeitos. É válida quando está em consonância com aquilo que uma norma superior prescreve. Eficácia quando está produzindo efeitos. A importância é fundamental. Uma norma pode estar vigente e eficaz, ou seja, produzindo efeitos, porém não ter cumprido o aspecto de validade, por contrariar norma superior ou mesmo a Constituição.

A teoria do garantismo busca e tutela aqueles valores ou direitos fundamentais que devem subsistir mesmo contra os interesses manifestos da maioria. A ideia é estabelecer “estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos.” (FISCHER, 2009, p. 05).

Enquanto os principialistas apontavam para o abandono das teses positivistas rumo às teses morais, aspecto de discordância do garantismo de Ferrajoli, que por sua vez entende não ser necessária a aproximação proposta entre direito e moral para responder às demandas relacionadas aos direitos fundamentais.

A defesa das regras do jogo, concebendo a importância das garantias processuais, importantes para limitar a intervenção punitiva estatal é aspecto caro e também presente nos escritos de Ferrajoli (1989) e Bobbio (2017). O poder tende ao abuso, e é o estabelecimento do poder que limita o próprio poder. (MONTESQUIEU, 2000). Nessa perspectiva, não seria o caso de atribuir, por qualquer razão, um poder sem limites, vez que a história da humanidade demonstra que todo homem que possui poder é levado a dele abusar:

[...] mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

Há muito se discute formas de contenção do poder, especialmente desse poder oriundo da abstração chamada Estado. Ao menos desde Aristóteles em *A Política*, discute-se uma organização tal em que se concebe uma determinada separação do poder e das decisões. É Montesquieu que recebe o mérito de ter desenvolvido a tripartição dos Poderes, em um modelo que inspira todo o mundo até os dias atuais.

Todavia, Ferrajoli (2008) defende a superação da até então consolidada teoria da separação ou divisão dos poderes, destacadamente em razão da complexidade assumida nas democracias contemporâneas, o papel de cooperação entre os poderes e não necessariamente de divisão e ainda a incompatibilidade entre a tripartição defendida por Montesquieu e a quantidade de funções designadas à esfera pública.

Para Ferrajoli (2013), essa tripartição, concebida para uma estrutura da esfera pública mais simples e elementar do que a atual, revela-se inadequada também ao considerar-se o surgimento de novas figuras institucionais, voltadas para a regulação e controle das mais variadas atividades de interesse público.

Mas o que teria a ver a discussão sobre tripartição de poder ou redesenho para funções de garantia e funções de governo com a discussão pontual de sujeição especial? É que o órgão anunciado neste trabalho como protagonista da atividade correcional está no grupo das funções de garantia. Ferrajoli projeta as funções de garantia submetidas e vinculadas à lei e ao direito. Para Ferrajoli (2013), enquanto a legitimação das instituições de governo ocorre pela representação popular, a legitimação das funções e instituições de garantia se opera precisamente pela aplicação da lei, seja ordinária ou constitucional.

Acerca da distinção entre as funções de garantia e funções de governo Ferrajoli sustenta:

En efecto, los poderes inherentes a las funciones de gobierno, dentro de la esfera de lo decidible, son poderes de disposición, es decir, de producción y de innovación normativa; en cambio los poderes inherentes a las funciones de garantía de la esfera de lo indecidible son, predominantemente, poderes de conocimiento, es decir, de comprobación de los presupuestos jurídicos de las decisiones. (FERRAJOLI, 2008, p. 428-429).

O “redesenho” deve levar em consideração, então, a existência de funções e instituições de governo, próprias da discricionariedade política, e as ditas funções e instituições de garantia, próprias da esfera submetida à lei e ao Direito. É de se dizer, portanto, que as funções e instituições de governo se prestam, nesse aspecto, a implementar e possibilitar condições de operação às funções e instituições de garantia.

Logo, não compete às instituições com funções de garantia a busca por representação popular. A legitimação desses órgãos não se opera atendendo o clamor das ruas.

Não. A legitimação dessas funções de garantia se dá a partir e precisamente com a aplicação da lei, cujo fundamento maior e critério de validade é a Constituição.

Entre o governo dos homens e o governo das leis, qual há de ser preferível? Bobbio em sua defesa das regras do jogo, tratando do futuro da democracia, registra sua preferência:

[...] não tenho nenhuma hesitação em dizer que prefiro o governo das leis e não o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. (BOBBIO, 2017, p. 264-265).

Plenamente possível a discussão entre principialistas e garantistas sobre o órgão central de correição adotar providências para salvaguardar a coisa pública. A discussão sobre se valores morais justificam determinadas medidas, ou se uma limitação normativa de atuação é obstáculo a ser considerado na missão de combate à corrupção, por exemplo, são questões que se apresentaria.

O juiz imaginário de Dworkin, Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas, tem em alguma medida o poder da criação no âmbito do Direito, sendo, dito doutro modo, autorizado a praticar ativismo judicial, ao menos na particular compreensão exposta por Ramos (2015), ainda que sob o objetivo de integridade do direito, a qual considera inútil a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito⁷ (DWORKIN, 1999). Está posta a questão do papel interpretativo, de determinação e descobrimento do significado, por exemplo, do texto constitucional, a ser aplicado no caso concreto.

Do lado de cá, e refere-se ao Brasil, anuncia-se um “novo” direito constitucional. A premissa, também fundada na hermenêutica constitucional, é a de que essa interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato, tampouco aceita universalidades válidas e aplicáveis a todos os casos. Antes, toda e qualquer “interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um.” (BARROSO, 2001, p. 12).

Mas de tudo o que já foi dito, quando se incide no caso particular de determinados grupos e a maneira como o Estado se relaciona com eles, resta uma inquietação acerca da existência válida de relações alheias à proteção integral dos direitos fundamentais. Seria possível inferir que ninguém deve receber uma sanção sem o devido processo legal.

⁷ Dworkin (1999) considera "três áreas de deliberação judicial: casos em que aplicam a *“common law”*, casos que versam sobre legislação, e casos de dimensão constitucional. (p. 305).

Mas o usuário da biblioteca universitária receberá sumariamente uma multa em caso de atraso. Assim é o preso que tem sua correspondência interceptada. Igualmente os servidores públicos em geral, quando um regulamento cria um tipo administrativo, cujo descumprimento é capaz de acarretar-lhe uma sanção. A ausência de advogado em sua defesa no processo disciplinar, assim como em diversas outras situações. Haveria alguma distinção entre a situação do aluno, do preso e do servidor público? Qual explicação justificaria exclusão dos servidores públicos do rol de relações de sujeição especial, como nos dois outros casos citados? A justificativa parece encontrar resposta na ética.

Há três grandes modelos de reflexão ético-normativa: a ética de virtudes, as éticas deontológicas e éticas consequencialistas. Na ética de virtudes o critério para estabelecer o que deve ser feito é observar o caráter virtuoso. Nas éticas deontológicas há a ideia de princípios autoevidentes, preceitos universais, a exemplo da regra de ouro, ou Kant e seu imperativo categórico. As éticas consequencialistas, tais como o egoísmo ético e o utilitarismo, defendem que privilegie a maior quantidade de bem em relação ao mal, seja para o agente (egoísmo) seja para a maioria das pessoas (utilitarismo).

As ações, considerando o critério moral utilitarista, estariam certas na medida em que promovam a felicidade e erradas quando produzem o oposto da felicidade. A felicidade chama o prazer na mesma medida em que afasta a dor. A infelicidade seria, portanto, dor e privação de prazer. (MILL, 2007).

O utilitarismo é uma teoria ética que possibilita identificar se ações praticadas são corretas ou não. Basicamente, significa perguntar em que medida a ação praticada contribui para a felicidade e bem-estar do maior número de pessoas.

Em um exercício teórico, seria o caso de questionar se a ética utilitarista explicaria a limitação de direitos e garantias individuais no caso dos alunos, dos presos e dos servidores públicos. O questionamento permite dizer que há uma diferença entre os dois primeiros e o último.

No caso do estudante e do preso a imposição de uma sujeição especial parece apontar para a necessidade de que haja livros disponíveis aos demais (coletividade), bem como no caso dos presos de que o sistema penal cumpra sua missão de isolamento da sociedade e possibilite segurança aos externos. No caso dos presos e dos alunos, o primado utilitarista justifica até mesmo eventual sanção a ser imposta, preservação do interesse da coletividade (acesso a livros e segurança, no exemplo proposto).

Diferentemente, no caso do servidor público, o fim da sanção deve corresponder a uma aflição e/ou retribuição, embora uma das decorrências possíveis seja o da dissuasão e

prevenção. No caso do servidor público, não há pretensão direta de segurança ou prevenção direta e imediata. A ética capaz de explicar a situação dos servidores públicos parece ser um sistema ético normativista, precisamente uma ética deontológica, a exemplo da proposta kantiana, uma ética do dever. Pune-se um servidor, em termos imediatos, por um descumprimento de norma, ainda que mediatamente a prevenção ou acolhimento de interesses da coletividade sejam consequências ou objetivos possíveis e abrigados pela punição.

Evidentemente, esse aspecto é digno de mais profunda e adequada abordagem, mas serve para estabelecer a compreensão de que não se deve justificar a aplicação sancionatória a partir de valores e ou objetivos abstratos e de interesse coletivo, posto que, sustenta-se, o justo motivo e razão para aplicação de uma sanção no caso dos servidores públicos deve ser, em caráter imediato, eventual descumprimento de norma, e nesse aspecto se aproximando das explicações de ética deontológica, na medida em que exige uma leve afastamento das éticas de virtude e utilitaristas para explicar essas questões.

4.3 ESTADO DE DIREITO E A RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO ESPECIAL NO ÂMBITO DISCIPLINAR

José Afonso da Silva (1988) destaca que o Estado de Direito é um conceito tipicamente liberal, cuja missão primordial seria assegurar o princípio da legalidade, ou seja, a exigência de que a atividade estatal estivesse curvada e debaixo da lei. Esse Estado formal ou legal de Direito, a fim de afastar o individualismo liberal trouxe a configuração de realização da justiça social. Transformou-se em Estado Social de Direito.

Ainda segundo Silva (1988), ocorre que nem o Estado Liberal de Direito nem o Estado Social de Direito garantem que esse Estado seja democrático; donde sustenta a ideia de um Estado Democrático de Direito, fundado na premissa de soberania social e efetiva participação popular nas decisões e processos políticos.

O primeiro artigo da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. O espaço ocupado pela legalidade no Estado Democrático de Direito, cuja tarefa fundamental consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, é igualmente de primazia, vez que esse Estado, democrático, subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. (SILVA, 1988).

John Rawls (2016) entende o Estado de Direito como agente protetor dos direitos individuais, e o sistema legal concebido pressupõe pessoas racionais, objetivando regular sua

conduta e criar um ambiente de cooperação social, capaz de gerar expectativas legítimas. O império da lei descrito na teoria da justiça reivindica o princípio da segurança jurídica, na medida em que “*casos semelhantes devem receber um tratamento semelhante*” (RAWLS, 2016, p. 293). Essa segurança jurídica é uma espécie de mecanismo de proteção às liberdades. A proteção se dá tanto em relação aos demais indivíduos, quanto em relação ao próprio Estado.

Com o reconhecimento de uma norma hipotética fundamental, e mais do que isso, com a existência de uma Constituição escrita, como é o caso brasileiro, tem-se um instrumento político e jurídico de distribuição e controle do poder, e o estabelecimento de limites da ação e da omissão estatal, ora fixando um dever de agir, ora ditando as barreiras que implicam em um não fazer ou não ingerência.

Se por um lado o desenvolvimento do Estado apontou para o monopólio da vingança, não seria possível a (sobre)vivência em um estado de natureza em um ambiente de todos contra todos. Sob a perspectiva contratualista, sustenta-se a abstração, não necessariamente histórica, de que em um dado momento os indivíduos manifestaram sua vontade para o fim de criação e manutenção de uma ordem capaz de garantir aos livres e iguais direitos fundamentais.

Sendo ilegítimo, injusto e violento o regime, caem igualmente as razões de obediência, surgindo o direito de resistência e de desobedecer às ordens do regime. Em Locke é possível perceber a preocupação em identificar um governo justo e legítimo. A legitimidade do poder político estava relacionada ao estado de igualdade, de liberdade e encontrava limites na lei fundamental da natureza, sendo possível atualizarmos para cravar que esse limite está posto no texto constitucional. Sob essa perspectiva não seria aceitável submeter-se a um poder absoluto, injusto ou ilegítimo, sob pena de atentar contra o dever de autopreservação.

O Estado Constitucional, ou o Estado de Direito que tenha na Constituição sua supremacia, é o instrumento que limita o poder de punir. Um Estado que cada vez mais foi assumindo funções e adentrando na vida social, foi também um Estado com maior capacidade de regular e em decorrência disso aplicar sanções. Esses limites precisam ser claros, e sua validade é decorrência em última instância do próprio texto constitucional.

Obviamente esse poder do Estado não é mais soberano e ilimitado. O constitucionalismo tem origem em certa medida com o propósito de estabelecer circunscrição e limites sobre o poder do soberano diante dos direitos e garantias individuais. Para Maia Filho e Maia (2012, p. 73) “A grande tarefa do Direito Público sempre foi (e continua sendo) a de construir *barreiras* jurídicas contra os avanços do poder estatal sobre as liberdades e os

direitos subjetivos”, e também por isso a ideia de jurisdição separada do ramo do executivo da Administração.

Ao tratar do império da lei, ou do denominado Estado de Direito, Rawls (2016) indica que essa configuração está associada a um sistema legal/normativo capaz de garantir a chamada justiça formal ou, dito de outro modo, um sistema capaz de proporcionar a administração regular e imparcial das leis. Esse sistema normativo deve ser previamente deliberado e suas regras conhecidas, as quais precisam ser passíveis de cumprimento e observância.

Cristóvam (2016) defende o Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo, apontando a alteração de um modelo tradicional e autoritário de Administração Pública para uma perspectiva mais consensual, dialógica, isonômica, democrática e pluralidade na construção das decisões administrativas, sob a manifestação de uma Administração Pública democrática, a qual comporta participação social na formação das decisões administrativas e da eficiência na gestão da máquina pública.

Estado de Direito, Constituição, Legalidade, Legitimidade, limitação do poder de punir. Todas essas expressões precisam dialogar quando o que se está em discussão é a possibilidade e capacidade de aplicar sanção a um indivíduo. E o órgão central dessa atuação é a Controladoria-Geral da União, que precisa ter uma atuação absolutamente restrita aos comandos constitucionais e os dela decorrentes, via legislação estrita.

Considerando ações de controle, repressão e punição, invoca-se o autêntico Estado de Direito, cujo positivismo é manifestação de império. Para Campos e Melo (2018), o *ius puniendi* estatal deve se conformar às garantias constitucionais fundadas no binômio dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Qualquer modelo de controle ou atuação de órgãos estatais precisa encontrar amparo e sustento no texto constitucional. Marco Aurélio Souza da Silva (2017, p. 08) reproduz a ideia de que “não se concebe um Estado Democrático sem a possibilidade de exercício de controle dos atos de todo aquele que detém o poder estatal”.

A se confirmar a hipótese da existência de ativismo por parte da Controladoria Geral da União, em manifestação de excesso de poder, ocasionando conflitos institucionais mesmo nas chamadas funções ou instituições de garantia, faz-se necessário o estabelecimento de parâmetros para a contenção da atividade de controle. Nesse contexto, é de se questionar qual o papel do judiciário quando demandado a intervir na resolução de demandas oriundas desses conflitos institucionais.

Não se pode, por certo, sob a pretensão de fuga do ativismo correcional da Controladoria Geral da União, desaguar no recorrente e igualmente indesejado ativismo judicial. Todos os órgãos, inclusive e especialmente o Poder Judiciário, precisa sustentar sua legitimação pela demonstração de autocontenção.

Essa autocontenção, é verdade, deve operar na face do controle externo exercido pelo Judiciário mas também dentro das próprias instituições de garantia. Dessa forma, a despeito do ativismo judicial, faz-se necessária a construção de parâmetros capazes de legitimar o controle jurisdicional dos atos de excesso por parte da CGU. Assim, o que está em destaque é de um lado uma postura de autocontenção judicial, e de outro um modelo de observância de garantias por parte do Poder Executivo Federal, e via de consequência da Controladoria Geral da União, como forma de preservar o Estado constitucional.

O termo autocontenção⁸ ou autolimitação possui uma diversidade de significados. Essas múltiplas facetas de significados e relações com a prática dos Tribunais constitucionais, apresentando os principais pensamentos de Thayer e algumas objeções, sustentando que o tayerismo está morto, embora reconheça tenha deixado um legado. Posner⁹ (1983) diz que o termo autocontenção judicial (*"judicial self-restraint"*) é um camaleão, destacando três das principais conceituações da expressão:

The term "judicial self-restraint" is a chameleon. Of the many meanings commentators have assigned to it, three are the most serious: (1) judges apply law, they don't make it (call this "legalism"-though "formalism" is the commoner name-or, better, "the law made me do it"); (2) judges defer to a very great extent to decisions by other officials-appellate judges defer to trial judges and administrative agencies, and all judges to legislative and executive decisions (call this "modesty," or "institutional competence," or "process jurisprudence"); (3) judges are highly reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional-deference is at its zenith when action is challenged as unconstitutional (call this "constitutional restraint"). (POSNER, 1983, p. 10).

O Comitê sobre o Judiciário do Senado norte americano, quando da sabatina de John G. Roberts para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, apresentou importantes considerações sobre o papel interpretativo (e não criativo) dos juízes, e sobre o papel e comportamento de uma função com certa “distância do povo”, havendo certo consenso sobre a necessidade de contenção do Judiciário frente aos demais poderes. (COMMITTEE ON THE JUDICIARY, 2005).

⁸ Há alguns julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais constam referência à expressão autocontenção judicial, a exemplo do RE 760931/DF. (BRASIL, 2017)

⁹ Posner já em 1983 contrapunha ativismo judicial e autocontenção judicial.

Grostein (2021) apresenta o que considera um primeiro traço distintivo da autocontenção, que é um comportamento que resulta em uma restrição, ou seja, uma abstenção de ir além. Sustenta que “há uma redução do poder normativamente estabelecido aos órgãos judiciais pelo ordenamento jurídico-positivado. O comportamento autocontido é, em suma, um fenômeno redutor da atuação judicial”. (GROSTEIN, 2021, p. 40). O segundo traço distintivo considera que esse fenômeno de autocontenção tem origem na iniciativa do próprio julgador, de cunho unilateral e de natureza autônoma.

Há ainda autores (SILVEIRA, 2017) que defendem a utilização da doutrina Chevron como alternativa para o atual problema de insegurança jurídica provocada especialmente pela amplificação da legalidade. Ou seja, em lugar de deferência aos demais poderes, juízes incorporam o poder de criação e invenção do direito. O caso Chevron, porém, é emblemático e apresenta uma série de contribuições que apontam para uma postura mais contida dos magistrados.

Talvez um dos principais marcos teóricos a subsidiar o aspecto das restrições judiciais, o que possibilitará o desenvolvimento da ideia de autocontenção ou controle jurisdicional eficiente. (ELSTER, 2009).

Oportuno traçar a distinção dos termos ativismo judicial, autocontenção judicial e judicialização:

[...] no **ativismo**, são aplicadas às decisões hipóteses não previstas diretamente no texto constitucional, ampliando, assim, o conteúdo da interpretação normativa; na **judicialização**, ocorre a expansão do poder decisório do Judiciário e sua inserção na proteção do sistema político mediante as questões a ele conduzidas por grupos de interesses que objetivam promover alterações nos planos de execução das políticas públicas; na **autocontenção**, o magistrado utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso, interferindo, com isso, no resultado da decisão. (grifei) (PONTES; GOMES NETO; TEIXEIRA, 2017, p. 143).

Sob o pressuposto de que o ativismo judicial deve ser evitado, e os poderes devem promover a autocontenção, eventuais excessos de poder da Controladoria-Geral da União devem ser corrigidos por um Judiciário autocontido. Desse modo, a despeito do ativismo judicial, desnuda-se a necessidade de fixação de parâmetros capazes de demonstrar de um lado uma postura de autocontenção judicial, e de outro um modelo de observância de garantias por parte do Poder Executivo Federal, e via de consequência da Controladoria Geral da União.

É precisamente a autocontenção judicial que é capaz de entregar ao Poder Judiciário a legitimidade necessária para exercer o controle jurisdicional eficiente em relação a eventuais

excessos dos demais Poderes, e aqui sobre as disfunções da Controladoria Geral da União. Tais comportamentos institucionais reforçam a preservação do Estado constitucional, ou do Estado Democrático de Direito.

Constituição deve funcionar como medida de poder, orientação de atuação, e definição das regras do jogo. Nos ensinamentos de Cristóvam (2016), essa constitucionalização do Direito que é um fenômeno jurídico ensaiado desde o segundo pós-guerra, com reflexos na metodologia constitucional contemporânea, apontando para a edificação de um sistema constitucional administrativo. Não há direito ou relação fora do Direito. E o fundamento de toda relação ou direito é a Constituição. Também por isso Osório (2020) denomina a seara constitucional de normatividade.

A se constatar o ativismo correcional da Controladoria-Geral da União, a solução deve passar distante da plena substituição do conflito a partir de uma decisão judicial. Retirar o ativismo da CGU e entregar ao Judiciário seria apenas uma paliativa pseudossolução.

O que precisa restar claro é que quando houver uma aplicação de penalidade em função de prática infracional de seus agentes, o Estado deve obedecer a determinados padrões “que por um lado assegurem os direitos fundamentais, e por outro, limite o conteúdo e o alcance dessa força coativa, impedindo o abuso, o excesso e a punição sem fundamento objetivo”. (CAMPOS; MELO, 2018, p. 11).

Em síntese, quando o assunto é repressão, controle e exercício do *ius puniendi*, dado o potencial de ofensividade às garantias e direitos fundamentais individuais, a fidelidade à Constituição e à lei positivada são primados essenciais e inegociáveis. Sabe-se que os novos elementos que passaram a compor o Estado de Direito não convergem para qualquer retrocesso aos direitos individuais; muito pelo contrário, complementam e agregam novos direitos e garantias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um dado momento tem-se o surgimento e desenvolvimento do Estado. Importante essa abordagem pois é justamente o Estado o agente ativo da aplicação das sanções e estabelecimento do regime disciplinar objeto desta pesquisa. O uso da força pelos particulares, medida de justiça e vingança nos estágios iniciais de nossa civilização, foi monopolizado pelo Estado. A substituição do modelo inicial da vingança privada desmedida e desproporcional, que avançou para o “olho por olho e dente por dente”, pelo modelo de atuação estatal, é o ponto inicial da discussão aqui ventilada.

O uso da força e do poder de punir pelo Estado, todavia, encontra limites. O constitucionalismo e especialmente a instituição do Estado de Direito se apresenta como parâmetro e limite a este poder de punir. Uma moldura a partir da Constituição, a qual estabelece limites, cria institutos, direitos e garantias aos particulares. O acordo ou pacto social é que o Estado não pode romper esses limites.

Determinados grupos de indivíduos possuem um vínculo tal com a Administração que restam sujeitos a relações tidas especiais. A tese das relações de sujeição especial possui ainda o condão de justificar a mitigação de direitos e garantias fundamentais a esses indivíduos. Os servidores públicos seriam um desses grupos. Mas a tese da relação de sujeição especial no âmbito do direito administrativo disciplinar é compatível com a legalidade constitucional?

O trabalho contou com três objetivos específicos, cada um correspondente a um respectivo capítulo da dissertação: i) tecer considerações sobre o *ius puniendi* e a tese das relações de sujeição especial; ii) descrever o estágio atual do direito disciplinar brasileiro a partir da atuação da CGU; iii) apresentar uma perspectiva constitucional e garantista para o direito administrativo disciplinar, considerando a tese da relação de sujeição especial.

Foram dispostos três capítulos: i) *Ius Puniendi* e relações de sujeição especial; ii) um retrato do direito administrativo disciplinar brasileiro; e iii) por uma perspectiva constitucional e garantista do direito administrativo disciplinar.

O poder de punir, que já esteve nas mãos dos particulares, é hoje monopólio estatal. Há intensa discussão sobre se *ius puniendi* estatal seria uno ou se um seria o que se relaciona com o direito penal, com origem e fundamentos próprios, e outro relacionado com o direito administrativo disciplinar. Dito isso, sustenta-se a unidade ou unicidade do *ius puniendi* estatal. A raiz desse poder de punir é uma. É fundada no poder, e no poder de punir, que tende ao abuso. Os reflexos dessa aceitação da unidade do *ius puniendi* são profundos. Disso se

segue, por exemplo, que institutos e garantias comuns contra o arbítrio e atuação do Estado nessa função punitiva. A fim de avançar nessa discussão e encontrar alguma praticidade, em tópico específico apresentou-se a atuação da Controladoria-Geral da União e o alerta de uma fusão entre o direito penal e o direito administrativo disciplinar, por meio das chamadas operações especiais.

A apresentação dos sistemas de acusação e funções da pena revelou a um só tempo que a divisão em direito penal e administrativo pode ser tão somente dogmática e didática, e que a história de aplicação de sanções e penalidades percorreu diversos estágios. Pensar que a pena poderia ter uma função representou um avanço para o direito penal. A importância sempre dada à gestão da prova, que legitimava o sistema inquisitório e que hoje é absorvido nos sistemas, quase todos mistos.

E então ao fim do primeiro capítulo foram apresentadas noções das relações de sujeição especial, buscando compreender não apenas suas possíveis origens, mas também as repercussões, destacando-se a releitura promovida pela doutrina e jurisprudência espanholas.

O objetivo geral, pois, é identificar se a tese da relação de sujeição especial no âmbito do processo administrativo disciplinar é compatível com a legalidade constitucional. Para tanto, o trabalho está organizado em três capítulos de fundamentação teórica, que correspondem ao cumprimento dos três objetivos específicos delineados: i) tecer considerações sobre o *ius puniendi* e a tese das relações de sujeição especial; ii) descrever o estágio atual do direito disciplinar brasileiro a partir da atuação da CGU; iii) apresentar uma perspectiva constitucional e garantista para o direito administrativo disciplinar, considerando a tese da relação de sujeição especial.

O primeiro capítulo está para o passado na medida em que o segundo está para o presente. Se no primeiro capítulo a ideia foi visitar balizas fundamentais de compreensão, com certa aderência histórica, o segundo capítulo buscou um diagnóstico, um retrato possível do direito administrativo disciplinar brasileiro. Não se trata da única imagem possível. Mas um retrato possível. Considerando a Controladoria-Geral da União como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, buscou-se descrever estruturalmente o órgão, fundamentos legais, suas atribuições e chamando atenção para o papel legislativo exercido pelo órgão. A partir de dados de 2003 a 2021, foi possível identificar um exponencial crescimento na participação da CGU em operações especiais, que são aquelas em parceria especialmente com Ministério Público Federal (MPF) e Polícia Federal (PF), mediante ordem judicial, e tendo a busca e apreensão e as prisões temporárias como principais instrumentos iniciais. Desse levantamento e da constatação dessa atuação conjunta, alertou-se

para a fusão ou encontro em um mesmo polo entre o direito penal (MPF e PF) e o direito administrativo sancionador disciplinar (CGU). Aliás, essa atuação aprofunda uma série de problemas do processo administrativo disciplinar. O propósito esteve longe de listar de forma exaustiva esses problemas, mas sim destacar que a existência de problemas e misérias, para parafrasear As Misérias do Processo Penal de Carnelutti.

Se o primeiro capítulo remeteu ao passado e o segundo ao presente, o terceiro capítulo objetivou apresentar uma perspectiva possível no tratamento do problema apresentado. A solução só pode ser encontrada na Constituição, na observância de um constitucionalismo rígido e nos critérios de validade das normas. O principal confronto proposto foi com o princípio da legalidade, trifacetado no devido processo legal, tipicidade e formalismo moderado. Por fim, a abordagem garantista e a percepção do Estado de Direito como limitador do poder estatal servem de instrumento para a proposição de uma resignificação das chamadas relações de sujeição especial.

Afastar os institutos e garantias processuais dos acusados no âmbito administrativo parece descumprir o contrato social estabelecido. O pacto parece ter sido o de que este poder de punir deve ser legítimo, e sua legitimidade se dá quando faz cumprir a lei, e quando estas mesmas leis refletem com fidedignidade a Constituição. Relações de sujeição especial não devem existir para fundamentar restrições nucleares de direitos e garantias fundamentais.

A tese das relações de sujeição especial, como inicialmente proposta, não encontra amparo constitucional. A possibilidade de abrigo no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro da tese de relações de sujeição especial é através da resignificação, a exemplo do que promoveu o direito espanhol. É de se considerar, portanto, uma espécie de constitucionalização do processo administrativo disciplinar. Por certo, não é a Constituição a ser adequada na tese das relações de sujeição especial, mas esta tese é que precisa buscar as adequações necessárias para harmonização com a ordem constitucional, sabendo-se que não há vínculo, relação ou situação em que não se possa incidir os termos da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília. v. 8, n. 01, 2018. p. 360-376. Disponível em: <https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/view/4644/3707>. Acesso em 21 dez. 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Bomtempo, 2004.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vítor do Nascimento. Transposição de Institutos do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Quaestio Iuris**. vol.13 ,n. 02, Rio de Janeiro, 2020, p.738-764. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568/36360>. Acesso em 26 dez. 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em 20 jan. 2022.
- BAYER, Diego Augusto; LOCATELLI, Cidânia Aparecida. A origem das penas e das prisões e a maximização do direito penal como forma de repressão do delinquente. Universidad de Nariño: **Revista Científica CODEX**. Vol. 2. Núm. 3. 2017. Págs. 79 a 92. Disponível em: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex. Acesso em 18 dez. 2021.
- BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Organização de Tomaz Tadeu. Tradução de Guacira Lopes Louro 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- BESSA NETO. **Lei Anticorrupção e a Promoção Ética do Programa de Compliance Efetivo: um Estudo de Caso**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 176p, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14ª Edição, Paz e Terra. Rio de Janeiro, 2017.
- BRANDÃO, Nuno. **O direito contra-ordenacional econômico na era da regulação**. Braga: Universidade de Minho, 2017. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/47854>. Acesso em 10 dez. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 jan. 2022.
- BRASIL. **Decreto n. 3.591, de 6 de setembro de 2000**. Dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3591.htm. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 4.177, de 28 de março de 2002.** Transfere para a Corregedoria-Geral da União as competências e as unidades administrativas da Casa Civil da Presidência da República e do Ministério da Justiça que especifica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4177.htm. Acesso em 06 jan. 2022

BRASIL. **Decreto n. 10.209, de 22 de janeiro de 2020.** Dispõe sobre a requisição de informações e documentos e sobre o compartilhamento de informações protegidas pelo sigilo fiscal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10209.htm. Acesso em 16 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em 21 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 16 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 12 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.683.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 21 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 07 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei n. 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm#art85. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.143-31, de 2 de Abril de 2001**. Altera dispositivos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2143-31.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%A9RIA%20N%C2%BA%202.143%2D31,Minist%C3%A9rios%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 760.931**. Tribunal Pleno. Distrito Federal. Recte: União, Recdo: Priscila Medeiros Nunes, Recdo: Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento em: 26 abr. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em 26 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 05**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. DOU de 16/05/2008, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula741/false>. Acesso em 26 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 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. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/view/5066/5192>. Acesso em 26 nov. 2021.

CAMPOS, Adir Claudio. MELO, Luiz Carlos Figueira. O *jus puniend* no processo administrativo disciplinar. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 9-26, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://faculdadeslondrina.com.br/ojs/index.php/revistaidcc/article/view/2>. Acesso em 01 dez. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3ed. São Paulo: EDIJUR, 2015.

CHERON, Cibele; ZANELLA, Cristine Koehler; MOYA, Maurício. Ética, alteridade e autocomposição: Um referencial de manejo dos conflitos em prol da emancipação dos indivíduos. Dilemas, **Rev. Estud. Conflito Controle Soc. Rio de Janeiro**. vol. 12, n. 3, set-dez 2019, pp. 697-723. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/206454/001112312.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 16 set. 2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Instruções e Orientações Normativas - Auditoria Interna**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33281>. Acesso em 29 dez. 2021.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Operações Especiais**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/operacoes-especiais>. Acesso em 10 jan. 2022.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 262f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Sociedade e Tutela Jurídica. *In*: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COMMITTEE ON THE JUDICIARY. United States Senate. **One Hundred Ninth Congress**. First Session. September 12–15, 2005. Serial No. J–109–37. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Acesso em 08 dez. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 03-56.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da Administração Pública democrática. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul-dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1302/1728>. Acesso em 28 dez. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. O princípio pas de nullité sans grief e os limites da convalidação no processo disciplinar. **Revista de Informação Legislativa- RIL**. Brasília a. 53 n. 212 out./dez. 2016. p. 121-137. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p121.pdf. Acesso em 20 jan. 2022.

DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A concepção funcional de bens jurídicos para a unificação dos efeitos do princípio ne bis in idem na seara extrapenal sancionadora disciplinar. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 125-152, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1038/809>. Acesso em 27 out. 2021.

DUARTE, Milena. A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel. **Revista Eletrônica de Estudos Hegelianos**. v. 6, n. 10, 2009. Disponível em: <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/116/97>. Acesso em 10 jan. 2022.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1999.

ELSTER, Jon. Ulisses liberto: **Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'anna Martins. São Paulo: Unesp, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. O futuro da democracia na Europa. Direitos e poderes na economia global. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. ano 1. n. 2. Unijuí, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/1080>. Acesso em 18 jan. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Una Discusión Teórica. Doxa, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 31, 2008, p. 393-434. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19324/1/Doxa_31_26.pdf. Acesso em 20 dez. 2021.

FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari, Laterza, 1989.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação os seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 28, 24 mar. 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16047567.pdf>. Acesso em 08 jan. 2022.

GARCIA, Luz Marina Gil; CORONADO, Gloria García. Relaciones Especiales de Sujeción: aproximación histórica al concepto. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XII, n. 23, jan.- jun. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617260014.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, II, 9ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático da Constituição de 1988. 7 Journal Of Institutional Studies 2, 2021. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636/699>. Acesso em 16 jan. 2022.

GROSTEIN, Julio. **Autocontenção Judicial e Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Colunistas de Direito do Estado**. n. 71, 2016. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 29 dez. 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista de Derecho Público**, Colômbia, Universidad de los Andes, n. 32, p. 1-34, jan./jun. 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes, MAIA, Mário Henrique Goulart. **O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, Maringá, v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015.

MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, p. 193-215, jan./jun. 2009.

MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas em la época del ius commune. *In*: MADERO, Marta. **Procesos, inquisiciones, pruebas**. Homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires. Manatíal, 2009. p. 307-323.

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

MILL, J. S. **Utilitarismo**. São Paulo: Editora Escala, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso**. 2022. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 06 fev. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondad. **O Espírito das Leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NIETO GARCIA, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4 ed. Madri: Editorial Tecnos, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta Oliveira; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020.

PICÓN, Fernando Reviriego. Relaciones de Sujeción Especial y Derechos Fundamentales. Algunos Apuntes Sobre El Derecho a la Intimidad en los Centros

Penitenciarios. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Año IX, n. 13, p. 87-108 (Ene-dic 2004). Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3749#preview>. Acesso em 15 nov. 2021.

PONTES, Juliana de Brito Pontes; GOMES NETO, José Mário Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 15, n. 20, p.138-159, jan./jun. 2017.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**. vol. 59, n. 1, 1983. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2187&context=ilj>. Acesso em 26 nov. 2021.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**. HeinOnline. v. 100. n. 3. june 2012. p. 520-521. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em 10 jan. 2022.

PUIG, Manuel Rebollo et al. Panorama del derecho administrativo sancionador en España: los derechos y las garantías de los ciudadanos. **Revista Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005.

QUIROZ, Luis Eduardo Ardila. Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios. **Revista Logos Ciencia & Tecnología**, Vol 3. n. 2, jan.-jun., 2012, pp. 112-125. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751762010.pdf>. Acesso em 15 dez. 2021.

RAHIM, M. Afzalur. **Managing conflict in organizations**. 3rd. ed. Westport, CO: Quorum Books, 2001, p. 01-24.

RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a La Figura Jurídica de Las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español. **Vniversitas Revista de Ciência Jurídica**, n. 118 Bogotá. Jan./Jun.. 2009. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/vniversitas/article/view/267/235>. Acesso em 06 jan. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o ius puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 173, p. 15-34. jul-set. 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126>. Acesso em 28 jan. 2022.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. **Tribunais de Contas: Teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa**. Editora Lumen juris: Rio de Janeiro, 2017.

SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 109-146, set./dez. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72994/71620>. Acesso em 05 jan. 2022.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid, v. 195, pp. 135-167, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935395.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. Uma Análise Histórica do Conceito de Relação de Sujeição Especial a partir da Obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 03. p. 233-244, jul./set. 2020. Disponível em: <https://enlaw.com.br/revista/721>. Acesso em 06 jan. 2022.

THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 153-175.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.
VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VERNASCHI, Rafael Valle. Princípio da Legalidade no Direito Administrativo Sancionador. *In*: OLIVEIRA, Roberto Pimenta (org.). **Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Revista Direito Público**, v. 4, n. 18, out-nov-dez de 2007. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/1291/757>. Acesso em 16 out. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora RT, 1997.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. A relação de sujeição especial no direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 121-137, jul./set. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1141>. Acesso em 12 nov. 2021.