

O contributo da medida provisória N° 966 como elemento de objetivação do direito disciplinar dos servidores públicos**The contribution of provisional measure No. 966 as an element of objectifying the disciplinary right of public servants**

DOI:10.34117/bjdv6n10-223

Recebimento dos originais: 08/09/2020

Aceitação para publicação: 09/10/2020

Felipe Gonçalves Fernandes

Titulação: Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Instituição atual: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Endereço: Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 1095, apt 74, Jardim Paulista, São Paulo, SP

E-mail: felipefernandes_9@hotmail.com

Fabio Paulo Reis de Santana

Titulação: Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Instituição atual: Procuradoria Geral do Município de São Paulo

Endereço: Rua Professor Artur Ramos, 404, apt 23, Jardim Paulistano, São Paulo, SP

E-mail: fabiodesantana@yahoo.com.br.

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a contribuição da Medida Provisória nº 966 ao direito disciplinar brasileiro. Nesta tarefa, faremos primeiro uma análise dos servidores públicos e da sua importância como instrumentos de execução do plano constitucional, em especial no que tange à persecução do interesse público. Em seguida, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e aplicada, nos valendo da teoria das relações especiais de sujeição, escrutinaremos as garantias que atendem a esses agentes e possíveis pontos remanescentes de enfraquecimento das salvaguardas constitucionais, em especial no que tange à tipicidade aberta, admitidas nesse âmbito. Doutra ponta, verificaremos o conteúdo da Medida Provisória nº 966 e a melhor proposta de interpretação dessa, guiados pela jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Concluímos, dessa sorte, que a MP é constitucional e que pode trazer importantes contributos ao direito disciplinar pátrio. Assim, somando propostas de objetivação hermenêutica da tipicidade disciplinar por nós formuladas com os conceitos de dolo ou erro grosseiro insculpidos no normativo em questão, é possível concluir pela importância da medida, a qual se apresenta como marco de um possível direito administrativo sancionador mais democrático e em consonância com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Direito Disciplinar. Tipicidade. Medida Provisória nº 966. Dolo. Erro Grosseiro.**ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze the contribution of the Provisional Measure No. 966 to the Brazilian disciplinary law. In this task, we will make a first analysis of the government employees and their importance, as instruments of execution of the constitutional plan, in particular to the

persecution of public interest. Then, through qualitative and applied bibliographic research, using the theory of special subjecting relations, we will scrutinize the guarantees that serve these agents and possible remaining points of weakening of constitutional safeguards, especially the open typicality, admitted in that scope. On the other hand, we will verify the content of the Provisional Measure No. 966 and a better proposal for its interpretation, guided by the jurisprudence established by the Supreme Federal Court. We conclude, that the PM is constitutional and can bring important contributions to the disciplinary law. Thus, adding the proposals for hermeneutic objectification of the disciplinary typicality formulated by us to the concepts of intent or gross error, we can realize the importance of the measure, as a landmark of a sanctioning law more democratic and in line with the fundamental rights established in the 1988 Constitution of the Republic.

Keywords: Disciplinary Law. Typicality. Provisional Measure No. 966. Intent. Gross error.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 atribuiu importante papel aos servidores públicos. A eles foi incumbida a tarefa de apresentar o ente estatal e, no limite, implementar no mundo dos fatos o plano constitucional originariamente traçado. Por essa razão, seu regime funcional e todas as prerrogativas e restrições que o permeiam são objeto constante de debate doutrinário e jurisprudencial.

Com efeito, diversas foram as garantias conferidas a essa categoria pelo constituinte originário, acessórios assecuratórios estabelecidos não em caráter pessoal, mas institucional e instrumental, única e estritamente para que pudessem se desincumbir com zelo dos misteres a eles designados, sobretudo no que tange à persecução do interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 72). Assim, estabilidade, irredutibilidade de vencimentos e regime próprio de previdência, dentre outras prerrogativas, apresentam-se como importantes salvaguardas do Estado de Direito, garantias de que esses agentes desempenharão suas funções de maneira isenta e impessoal, unicamente em favor da população.

No entanto, dado o caráter autoritário que impregnou o nascimento do Direito Administrativo, em especial o Direito Disciplinar, alguns flancos seguiram desprotegidos, recebendo luzes neste artigo a forma pela qual a tipicidade, pressuposto sancionatório, é operada nesse âmbito. Nesta esteira, admitida a textura aberta dos tipos disciplinares, são comuns as críticas possíveis manejos autoritários desse elemento. Asseverando esse quadro, são impostas regras excessivas aos servidores, as quais nem mesmo o mais exemplar consegue cumprir integralmente, o que cria naturalmente uma duplicação vil do sistema, de forma a existir um sistema legal e um sistema real (GORDILLO, 1982, p. 29). Isso pode criar um ambiente de insegurança jurídica e de enfraquecimento do plano originariamente traçado: se as garantias foram estabelecidas para que os

agentes públicos buscassem apenas o interesse público, a tipicidade aberta traz o risco de que interferências indevidas se façam eficientes no afastamento desse norte.

No entanto, como as dificuldades podem tornaros avanços imperativos, a crise sanitária, fiscal e de saúde hoje vivida pela humanidade em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus pode ter vindo a influenciar de maneira salutar no fenômeno jurídico. Nesse contexto, na experiência brasileira, em 14 de maio de 2020, foi editada a Medida Provisória nº 966, a qual limitou a responsabilização do agente público, em âmbito civil e disciplinar, pelos atos praticados no combate à pandemia da Covid-19, à constatação do dolo ou erro grosseiro.

Referido normativo gerou certa na polêmica na comunidade jurídica e terminou alvejado por diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Frente a essas impugnações, o Supremo Tribunal Federal optou por conferir aos dispositivos analisados uma interpretação conforme a Constituição, o que, ao final e ao cabo, poderá se apresentar como uma proposta de necessária objetivação do direito disciplinar, hipótese que será testada no presente artigo.

2 OS SERVIDORES PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Primeiramente, importante verificar quem são os servidores públicos e como esses se apresentam como garantes do Estado de Direito. Neste sentido, utilizamos como ponto de partida a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, desenvolvendo a sistematização criada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1967, p. 40), divide os agentes públicos entre agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em colaboração. Os agentes políticos representam os titulares de “cargos estruturais à organização política do país”, ao passo que a classe dos agentes honoríficos é constituída por pessoas que se ligam ao Estado sem vínculo profissional, livremente designados para a composição de comissões técnicas devido a suas elevadas qualidades. Os servidores estatais são pessoas ligadas ao Estado ou a entes da Administração Indireta, por vínculo de natureza profissional e sob sua subordinação. Essa categoria se subdivide em servidores públicos (civildados, por sua vez, entre servidores ocupantes de cargos efetivos e empregados públicos) e servidores de pessoas governamentais de direito privado. Por fim, os particulares em colaboração são os cidadãos que exercem, ainda que de maneira eventual, função pública, mantendo seu viés privado (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 251-258).

No caso, observamos que, na Medida Provisória nº 966, foi utilizado o signo “agentes públicos”, dotado, portanto, da maior generalidade possível. Desse modo, desde os agentes políticos aos servidores que desempenham as mais básicas funções de execução material, todos serão englobados pela medida. Fixado isso, esclarecemos, todavia, que, na presente pesquisa, faremos um

corde metodológico para nos ater aos servidores ocupantes de cargos efetivos para, em seguida, analisar aspectos próprios do seu regime disciplinar.

Neste diapasão, destacamos que esses servidores possuem uma série de garantias que operam como salvaguardas do equilíbrio no sistema administrativo. Ou seja, eles gozam de prerrogativas instrumentais, as quais devem ser utilizadas única e exclusivamente para a realização do mister a eles constitucionalmente incumbido, qual seja a persecução do interesse público. Seus poderes são, portanto, meramente instrumentais. Em outras palavras, os servidores públicos possuem tarefas e obrigações diferenciadas, as quais não poderiam cumprir sem que existisse um conjunto de prerrogativas que instrumentalizasse seu desempenho. Caso essa atividade não se dê a contento, resta prejudicado o próprio cidadão. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 72-73):

Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

Nesta toada, a título ilustrativo, destacamos algumas das garantias conferidas aos servidores ocupantes de cargo efetivo. Por exemplo, o artigo 41 da Constituição Federal assegura que são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. A própria forma de ingresso dos servidores é uma maneira de salvaguardar a devida imunização da máquina estatal: por meio de concurso público selecionam-se, com base em critérios objetivos e impessoais, aqueles que se mostrem mais aptos ao exercício da função. Após a devida confirmação, esses servidores apenas podem perder seu cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou por meio de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. A essas hipóteses acrescenta-se aquela prevista no art. 169 da Constituição da República, inserida pela Emenda Constitucional nº 19/98, consistente na exoneração em razão do desrespeito às limitações orçamentárias. Ainda, terminada sua vida funcional, o servidor público faz jus a regime próprio de aposentadoria, a fim de que possa desempenhar suas funções sem se preocupar enormemente com a inatividade, externalidade que poderia levá-lo à tentação de buscar enriquecer no desempenho do cargo, desviando-se da estrita missão de busca pelo interesse público. Por fim, mencionamos a irredutibilidade de vencimentos,

consagrada no texto constitucional, a qual garante que o aspecto financeiro não será utilizado como forma de pressão ou perseguição do bom servidor. Existem outras salvaguardas previstas no texto constitucional, mas dadas as limitações do escopo da presente pesquisa, nos ateremos à ilustração do tema por meio das acima mencionadas.

Com efeito, essas garantias visam a assegurar à população um regime firme e sentido de que os servidores públicos desempenharão suas funções tão-somente na busca do benefício da coletividade. Ou seja, não representam privilégios pessoais daqueles que ocupam cargos públicos, mas, no limite, uma proteção ao próprio cidadão. Por essa razão, a fim de manter o equilíbrio do sistema, em contrapartida, é estabelecida uma série de restrições aos servidores públicos. Em outras palavras, se existem prerrogativas para garantir a imunização do desempenho das funções públicas, também existe um rigoroso regime de disciplina e hierarquia aos quais os servidores estatais estão submetidos, que será analisado no próximo tópico.

2 ASPECTOS DISCIPLINARES DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O Direito Administrativo brasileiro não foi criado a partir de uma tábula rasa, mas desenvolvido tendo como marcos referenciais ideias e concepções que remontam a outros períodos históricos. Em específico, para a conformação clássica do direito disciplinar na experiência jurídica pátria, podemos destacar a combinação de dois fatores: o legalismo francês e a doutrina das relações especiais de sujeição.

Primeiramente, é preciso ressaltar que a doutrina administrativista clássica foi fortemente influenciada pelos ideais da Revolução Francesa e pela limitação do poder absoluto. Ocorre que, nesse processo histórico, surgiram alguns pontos que merecem reflexão. Um deles é que a forma de limitação encontrada pelos revolucionários ao Estado foi a lei, de modo que restou caracterizado aquilo que se convencionou chamar de “estado legislativo”. Os franceses consideravam a lei uma expressão do parlamento, o qual, por sua vez, expressava a vontade do povo, absoluta sob os fundamentos da soberania da vontade popular. A lei era, assim, a expressão maior de direito. Todavia, conforme pontua Gustavo Zagrebelsky, trocou-se um poder absoluto por outro (2011, p. 9-73). Neste diapasão, a igualdade propugnada pelos ideais da revolução apenas se consagrava no seio da sociedade. Frente ao Estado, o que existia era grande desigualdade e verticalidade, a qual superava, muitas vezes, aquela imposta pelos reis do Antigo Regime (GARCIA DE ENTERRIA, 2015, passim). Isso explica, dentre outras coisas, o elevado grau de autoritarismo que marcou a conformação inicial da maioria dos institutos de direito administrativo.

Sobre essa problemática, a doutrina moderna possui sólidas reformulações. Neste sentido, é possível afirmar que hoje a ciência jurídica vive um outro período histórico, de modo que, se subsiste a concepção de legalidade, essa deve ser complementada (ou substituída, segundo alguns teóricos) pela ideia de juridicidade, no sentido de que não apenas os textos legais compõem o marco normativo, mas também os valores, inseridos no Ordenamento Jurídico sob a alcunha de princípios. A maior ordem objetiva de valores estabelecida está encartada na própria Constituição Federal, de maneira que a interpretação da lei deve passar por uma ressignificação à luz do arcabouço axiológico estabelecido naquela, o qual compreende ideias como igualdade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Por outro lado, no que se refere especificamente ao direito disciplinar, é possível apontar forte influência do direito alemão. Neste sentido, doutrina de grande relevância para a formulação de suas bases foi a das relações especiais de sujeição, fundada, em certa medida, sobre paradigma democrático diverso daquele que possuímos hoje. Dada a importância dessa teoria, passamos a analisá-la em apartado a seguir.

2.1 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

A doutrina administrativista cinge as relações travadas pela Administração Pública entre gerais e especiais. O regime geral de sujeição seria aquele a que se submetem os cidadãos comuns, que não possuem um vínculo específico com o ente estatal, em relação aos quais a Administração “como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 842). Esse se refere ao chamado poder de polícia. Já o regime especial seria aquele no qual inseridas pessoas que possuem determinado vínculo especial com o ente público. É o que ensina a doutrina (OLIVEIRA, 2020, p. 279):

O exercício do poder de polícia tem por destinatários todos os particulares que se submetem à autoridade estatal. Trata-se da denominada “supremacia geral” do Estado sobre os respectivos administrados.

Existem situações, no entanto, que envolvem o exercício da autoridade estatal sobre os administrados que possuem vínculo especial (legal ou negocial) com a Administração Pública, tal como ocorre nas relações jurídicas travadas entre o Estado e os respectivos agentes públicos e/ou particulares contratados. Os administrados travam relações jurídicas específicas com o Estado e submetem-se, em consequência, ao regime jurídico distinto daquele aplicado ao restante das pessoas (“relações especiais de sujeição”). Nessas situações, costuma-se dizer que o Estado exerce sua “supremacia especial” em relação aos administrados.

Com efeito, as relações especiais de sujeição representam um instituto de definição variável ao longo do tempo. Para alguns autores é considerada até mesmo de impossível definição por abarcar situações fáticas bastante distintas entre si (ANABITARTE, 1961, p. 11-51):

Hay conceptos en que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de la RelS será siempre insuficiente y, por tanto, inútil. La ciencia del derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definir: se acota de la realidad una situación de hecho y se la califica. Esa complicada labor lógica – frecuentemente con consideraciones teleológicas – de ir limando lo que la lógica interna del concepto exija es parte del arte del jurista. Sin embargo, en el caso de la RelS hay que desistir, y esto tanto por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo dicho concepto, como por el hecho de ser la RelS una institución que se desarrolló un poco al margen, careciendo de la consiguiente investigación científica que la se hubiese acuñado con el debido rigor. Y esto como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor.

Não obstante, registramos tratar-se de teoria criada no direito alemão do século XIX e marcada por uma série de características que tendem a ter como ponto comum a relação formada devido a um vínculo específico entre o particular e a Administração Pública. Esse vínculo gera direitos e obrigações especiais, os quais garantem um maior avanço da Administração sobre o patrimônio jurídico do indivíduo inserido naquela relação (em maior ou menor grau, a depender do tipo) com possibilidade de pontos de toque até mesmo em direitos fundamentais, impondo-lhes deveres e submissões mais intensas do que aquelas a que se submetem os particulares em geral.

É importante registrar que as bases doutrinárias que precederam a teoria clássica das relações especiais de sujeição foram desenvolvidas a partir de uma herança histórica do direito alemão, como reminiscências das relações de comendação feudal. Versavam sobre vínculos pautados na fidelidade vassalar, de modo que o regime interno do Estado representava um espaço livre do controle legal e judicial. Foram, assim, criados espaços de “reserva de administração” (SILVA, 2009, p. 104), livres ao administrador para que os ordenasse da maneira que melhor entendesse. Para muitos autores, o poder teria precedido o direito e, segundo a concepção de Jorge Luis Salomoni, seria a teoria formal das relações especiais de sujeição, uma doutrina de fato, mera justificativa do avanço do poder sobre a legalidade, uma tentativa de legitimar um instituto autoritário desde sua origem (1997, p. 165-166):

[...] esta ‘teoría’ de la relación especial no se construyó como una teoría. En realidad termina siendo una cuestión de aplicación práctica a colectivos, que inclusive no están predeterminados, pudiendo, estos últimos, aumentar o disminuir respecto de la situación fáctica en la cual se está aplicando la relación. Por lo tanto el fundamento de la institución, en mi modesto entender, no tiene existencia. Es más, en realidad creo que nunca se intento fundamentar, sino que fue una doctrina de facto. Es decir, la relación de sujeción especial no fue otra cosa que el intento de legitimar el poder por sobre el principio de legalidad. La legitimación del poder como en la totalidad de las instituciones del Derecho administrativo, pero aquí más descaradamente.

Não obstante, a doutrina em questão passou por um processo de assimilação aos contornos jurídicos mais modernos, transposta ao direito brasileiro pela influência de Celso Antônio Bandeira de Mello, que reconhece a necessidade de aplicação dessa “com todas as cautelas e limitações” (2014, p. 842-843). Nestaesteira, com base na doutrina desenvolvida por Ricardo Marcondes Martins (2011, p. 116-117), dividiremos no presente trabalho as possíveis categorias submetidas às relações especiais a partir de três critérios, ressaltando, todavia, que não tratamos desses conceitos por excludentes, mas em sobreposição. Assim, temos: a) o critério orgânico ou do estabelecimento público, mais clássico, proposto por Otto Mayer e que considera ligada a uma relação especial a pessoa inserida no seio da Administração Pública de forma contínua e duradoura, a exemplos servidores públicos e dos presos; b) o critério da união de vontades, pelo qual o particular poderia ser inserido numa relação especial de sujeição devido a um ato de vontade, como, por exemplo, o concessionário de serviço público; c) o critério material ou funcional, segundo o qual a submissão especial decorre do exercício de uma atividade de relevante interesse público como, por exemplo, a fabricação de cigarros.

Da explanação acima, algumas afirmações são possíveis. Primeiramente, que a aplicação da teoria das relações especiais de sujeição é reconhecida no direito brasileiro por respeitável doutrina. Em contrapartida, é imperioso notar que seus institutos não se revestem mais dos mesmos caracteres que eram dotados no direito alemão do século XIX, ou seja, de um regime infenso à lei e ao controle judicial. No entanto, alguma cultura desse regime remanesce, o que impõe uma reflexão acerca da necessidade de uma interpretação constitucional de suas bases e dos efeitos delas decorrentes. Feita essa contextualização, passamos a uma proposta de análise constitucional do direito disciplinar pátrio, ramo fortemente marcado por essa teoria.

2.2 DIRETRIZES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DISCIPLINAR

Conforme dito acima, o direito disciplinar brasileiro foi profundamente influenciado pela doutrina das relações especiais de sujeição. No entanto, dada a evolução do próprio direito pátrio, a conformação do regime disciplinar de servidores públicos também veio a sofrer uma reformulação, sobretudo a partir da Constituição da República de 1988. Assim, institutos autoritários antes amplamente aceitos, como a “verdade sabida”, já não encontram mais sustentáculo no ordenamento jurídico pátrio. Para ilustrar essa mudança de paradigma, trazemos a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho sobre o tema (2003, p. 92):

O próprio nome já revela o conteúdo do procedimento: quando o fato for de conhecimento notório aplica-se diretamente a pena, tendo em vista a desnecessidade do processo, porque a verdade resta conhecida. Formou-se um consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade da verdade sabida. A Constituição de 1988 exige, incondicionalmente, o processo (procedimento em contraditório) para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório que a Administração Pública disponha para tanto.

Assim, é possível notar que a Constituição Cidadã, dentre muitas garantias, estabeleceu paradigmas civilizatórios mínimos que devem ser respeitados quando do exercício do direito sancionador. Por essa razão, a doutrina moderna identifica, em certa medida, uma aproximação entre os institutos punitivos, sobretudo aqueles atinentes ao direito penal e ao direito disciplinar.

Desse modo, por representar mais uma faceta do *jus puniendi* estatal, para que o servidor público venha a ser punido pela prática de infração disciplinar, é preciso que, tal qual no direito penal, ele cometa um fato típico (enquadramento de sua ação ou omissão num modelo normativo previamente estabelecido), antijurídico (inexistência de qualquer excludente de ilicitude), culpável (o indivíduo tinha plena consciência e poderia se portar frente àquilo) e punível. E, dado esse iter necessário até a efetiva punição, a tipicidade acaba se apresentando como um ponto de discussão, analisada a seguir em sua problemática.

2.2.1 A problemática da tipicidade

No nascedouro do direito disciplinar pátrio era admitida a previsão de faltas funcionais com suporte em atos infralegais. Esse paradigma já não é mais aceito nos dias de hoje, de modo que, para que se configure uma infração disciplinar, faz-se necessário que o agente pratique conduta descrita previamente em lei em sentido estrito. No entanto, essa evolução ainda não alcançou os patamares desejáveis.

Devido a reminiscências de regimes anteriores e influências doutrinárias, tal como da concepção clássica das relações especiais de sujeição, ainda é admitida no regime disciplinar a tipificação dita aberta, ou seja, a descrição da conduta faltosa em suportes excessivamente abstratos e genéricos. A título de exemplo, nos estatutos de servidores ao redor do Brasil, é fácil encontrar previsões de tipos disciplinares como “incontinência de conduta”, “conduta escandalosa”, “demonstração de apreço”, etc. Assim, por uma tradição jurídica muitas vezes irrefletida, a previsão das faltas disciplinares se afasta sobremaneira daquela exigida em âmbito penal, considerada “fechada”, pela qual o agente precisa efetivamente praticar o verbo trazido no suporte legislativo para que se considere o cometimento do ilícito.

Isso faz com que o bom servidor público atue de modo inseguro e corra o risco de se ver submetido indesejadamente aos arbítrios do hierarca, restando fragilizado todo o sistema de garantias constitucionalmente estabelecido. Esclarecemos: quanto maior o grau de subjetividade do intérprete, maior se torna o risco de quebra da impessoalidade e, com isso, o afastamento da busca pelo interesse público. Assim, por exemplo, o agente público que denuncia um ato de corrupção em sua repartição possui a garantia da estabilidade para que possa fazer isso sem que reste prejudicado. No entanto, na impossibilidade de sumária demissão, é cogitável vislumbrar situação em que esse sofra perseguição por parte do hierarca denunciado, sob o pretexto de cometimento de suposta falta funcional, afinal, a generalidade das condutas que poderiam ser submetidas aos tipos abertos é indesejavelmente ampla. Ao final e ao cabo, é o próprio hierarca quem define o que é infração e o que deixa de ser. Nesses termos, portanto, o tipo disciplinar aberto se apresenta como um risco à manutenção do plano constitucional originário e do bom funcionamento da Administração Pública.

Uma solução para essas inconsistências seria a mudança imediata de toda a legislação disciplinar pátria, o que, todavia, não se mostra no escopo da presente pesquisa. Não obstante, é possível adequar as previsões estatutárias aos parâmetros constitucionais por meio de uma interpretação conforme. Isso demanda o estabelecimento de diretrizes que tornem mais objetivo o tipo inicialmente aberto. É neste momento em que a problemática do direito disciplinar se encontra com as mudanças trazidas pela Medida Provisória nº 966.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, o dolo ou a culpa são o sétimo elemento do fato formal ou materialmente típico (2015, p. 235). Transpondo esses conceitos para o direito disciplinar, é notório que não bastará a mera voluntariedade para que a conduta praticada por servidor seja considerada típica. É preciso que ela tenha sido praticada com dolo ou culpa. Mas que tipo de culpa? Neste caso, a MP nº 966 trouxe importantes elementos hermenêuticos, que passamos a analisar no próximo tópico.

3 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966

Editada no contexto do combate à pandemia causada pelo novo coronavírus, a Medida Provisória nº 966 foi alvo de muitas polêmicas. Foi notória a oposição de intérpretes, restando, de um lado, aqueles que comemoravam a suposta segurança jurídica que ela trazia e, de outro, os representantes dos órgãos controladores, os quais reputavam que, com ela, poderia haver um incremento da corrupção. Segundo a medida em questão, os agentes públicos, no que tange à prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e com o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrente da pandemia, somente

poderão ser responsabilizados, nas esferas civil e administrativa, se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro.

Ante a polêmica gerada, algumas ressalvas são necessárias. Primeiramente, importante dizer que, fora as alterações referentes ao âmbito civil e disciplinar, todas as demais espécies de responsabilidade dos servidores públicos seguem intactas. Desse modo, a responsabilização penal ou por improbidade administrativa não foram tocadas pelo normativo em tela, permanecendo as mesmas. O segundo ponto é que a medida provisória em questão não trouxe grandes novidades ao Ordenamento Jurídico brasileiro, praticamente repetindo o constante do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, o qual estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Feitas essas ressalvas, concluímos que os servidores públicos que venham a tomar medidas de combate à pandemia causada pelo novo coronavírus só responderão administrativa ou civilmente caso tenham agido com dolo ou erro grosseiro. Essas consistem tanto nos atos de enfrentamento da emergência de saúde quanto às ações referentes aos efeitos econômicos e sociais. Antes de tecer considerações sobre os contributos dessa ao regime disciplinar, necessária se faz uma contextualização quanto às razões que demandaram a edição da MP nº 966.

3.1 O CONTEXTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966

Conforme dito acima, o conteúdo da Medida Provisória nº 966 não se trata propriamente de uma novidade. No entanto, também não foi algo sem razão. O agente público que comete alguma falta pode se ver penalizado em diversas esferas: penal, civil, administrativa (disciplinar), política, híbrida (improbidade administrativa), dentre outras.

No contexto político brasileiro, é notório que nos últimos anos nos deparamos com uma crescente valorização da punição daqueles que praticam atos lesivos ao patrimônio público. Fruto de um maior nível de participação popular, fato é que isso influenciou também os órgãos de controle, que passaram a agir de forma cada vez mais rigorosa, levando gestores e servidores públicos a reclamos no sentido de que isso, muitas vezes, representaria um voluntarismo indevido. Esse cenário de medo levou ao chamado “apagão das canetas”, quando servidores e gestores se viram tolhidos em seu mister por suposto rigor excessivo dos órgãos de controle, bem como das estruturas hierárquicas.

Neste sentido, a Medida Provisória, transposta para a problemática dos tipos abertos do direito disciplinar, trouxe uma boa diretriz de objetivação: os agentes que se virem cometendo atos lesivos no combate à pandemia da Covid-19 somente poderão ser responsabilizados quando presentes o dolo ou erro grosseiro. Ou seja, a ideia não foi trazer a irresponsabilidade ao direito

brasileiro, mas ajudar na objetivação dos critérios de punição do bom agente, que age de forma proba e, eventualmente, pode incorrer em erro.

O cenário é de muitas incertezas e carece de medidas enérgicas. Sendo assim, nada mais justo que aqueles que agem para garantir a segurança da coletividade tenham também critérios seguros a seu favor. Essa posição foi consagrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme passamos a analisar.

3.2 A CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966

Como dito, assim que editada, a Medida Provisória nº 966 gerou muita polêmica, o que também levou ao questionamento de sua constitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal, após o ajuizamento de uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, teve a oportunidade de se manifestar. Nesta toada, julgou a Suprema Corte, em voto conduzido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pela interpretação conforme dos dispositivos questionados, pelo qual foram fixadas importantes diretrizes hermenêuticas.

Neste sentido, conforme assentado jurisprudencialmente, para que haja a responsabilização do agente público, é necessário que esse tenha agido com dolo ou erro grosseiro, ou seja, aquilo que poderíamos chamar de culpa grave. Não havia dúvidas de que a responsabilidade do agente público seria subjetiva. No entanto, remanesciam dúvidas quanto ao tipo de culpa seria pressuposto para a configuração da infração. E foi isso que restou reconhecido pela Corte Maior. Descendo a minúcias, o Supremo Tribunal Federal considerou que erro grosseiro é aquele que não leva em consideração a observância, pelas autoridades: a) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; b) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Observamos, dessa maneira, um positivo avanço do STF no que tange, ainda que momentaneamente, ao regime disciplinar dos servidores: algumas diretrizes para caminhar no sentido de certa objetivação. Não obstante se trate de um período excepcional, é certo que esse julgado poderá auxiliar os intérpretes no plano disciplinar em geral, razão pela qual é possível apontar algumas contribuições da Medida Provisória nº 966 ao cenário administrativo pátrio.

4 CONTRIBUTOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966 AO DIREITO DISCIPLINAR

Conforme dito inicialmente, o direito disciplinar pátrio teve um nascedouro autoritário, passando por uma série de reformulações a partir da sua releitura à luz da Constituição da República de 1988. Um dos aspectos que segue em aberto, todavia, é a questão da tipicidade,

tratada com maior detenção na presente pesquisa. Nesta toada, como contribuição científica, é possível anotar algumas diretrizes de objetivação, dada a inviabilidade de simplesmente propor a alteração de toda a legislação disciplinar pátria (o que até seria desejável).

Como primeiro passo, sob a perspectiva ora proposta, para a configuração de falta disciplinar, necessária a análise da conduta do servidor frente aos pressupostos indispensáveis ao próprio exercício dos poderes referentes às relações especiais de sujeição. Assim, conforme propõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 845-846), urge a necessidade de utilização de condicionantes positivos e negativos para auxílio do intérprete do direito na fixação de patamares objetivos para a configuração de faltas funcionais. Dessarte, como pressupostos positivos, valendo-nos da doutrina do professor da escola de Perdigão, citamos: a) o fundamento último dos poderes em questão deve ser a lei (de forma implícita ou explícita); b) o poder a ser exercido deve encontrar seu fundamento também nas relações especiais de sujeição, ou seja, no nosso caso, se relacionar a aspectos funcionais do servidor; c) as disposições advindas do poder em questão devem ser restritas aos fins almejados por aquela relação em sujeição especial; d) respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e) pertinência temática em relação ao objeto a ela atrelado. Como pressupostos negativos cita: a) não podem contrariar ou ferir direitos, deveres ou obrigações advindos da lei ou da Constituição; b) não podem extravasar os limites daquela relação especial; c) não podem exceder os limites dos fins a que se propõe aquela relação especial de sujeição; d) não podem elidir ou restringir direitos de terceiros alheios àquela relação especial.

Na esteira do parágrafo anterior, com o fito de auxiliar a verificação da configuração da falta funcional, destacamos a necessidade de, uma vez atendidos os pressupostos, efetuar-se uma combinação dos tipos abertos do direito disciplinar com outros elementos objetivos da legislação, a fim de que sua consubstanciação não se torne arbitrária. Sobre isso, digna de referência é a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos que, ao analisar a legislação federal (Lei n. 8.112/90), propugna a combinação dos tipos abertos com elementos encartados no art. 128 de referida lei, tais como “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (2010, p. 208). Dessa maneira, concluímos que os tipos abertos jamais poderão ser aplicados de forma isolada, sendo-lhes imposta a necessidade de atender, num primeiro momento, aos pressupostos positivos e negativos citados no parágrafo anterior, se relacionar com outros elementos objetivos trazidos pela legislação.

Como terceiro passo necessário à configuração da infração funcional, propomos a utilização da teoria de Ricardo Marcondes, chamada regra da razoabilidade às avessas, segundo a qual, na ausência de adequada tipificação da conduta, “para que haja punição disciplinar do agente

não se deve perguntar se a imposição da sanção é razoável, mas sim se não é razoável a não-imposição da sanção” (2008, p. 620-624). Ou seja, deve haver certo consenso em relação à impossibilidade de não punir o agente público.

Percorrido esse iter, verificamos ainda a necessidade de identificação de dolo ou culpa na conduta do agente. Quanto ao dolo, não há maiores problemas. Age com dolo quem atua com a intenção (ou assume o risco) de causar o evento danoso. No que tange à conduta culposa, todavia, essa deve se identificar com o erro grosseiro, o que diminui o âmbito de subjetividade do intérprete. Esse erro grosseiro pode se identificar com a acima citada regra da razoabilidade às avessas. Em termos práticos, o agente não teve a intenção de praticar o ato, mas agiu com tamanha negligência, imprudência ou imperícia que não haveria como não o punir. É importante ainda notar que esses contornos tiveram importante elucidação na interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é grosseiro o erro que se dá pela inobservância de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas, bem como pelo desrespeito aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Desse modo, observamos como os desígnios da MP 966 vêm ao encontro de diretrizes formuladas pela doutrina, tornando o ambiente público mais seguro e imunizado para que apenas o interesse coletivo seja objeto de persecução.

Diante disso, é possível verificar parâmetros seguros de objetivação do exercício do poder disciplinar, ao que se somam os regramentos trazidos pela Medida Provisória nº 966, devidamente interpretada pelo Pretório Excelso. Pensamos, por fim, que a transitoriedade da medida não deverá ser óbice ao firmamento de referida interpretação, haja vista a existência do artigo 28 da LINDB, de conteúdo semelhante.

Por essa razão, a MP 966, em face da discussão que suscitou, parece ter trazido luzes a um debate antigo, mas não muito popular, restrito às salas de audiência e autos de processos disciplinares. Com ela será possível tornar o desempenho da função pública mais segura e o apenamento de servidores mais consentâneo com as garantias insculpidas no Texto Maior.

5 CONCLUSÃO

Conforme ressaltado no presente artigo, o período hoje enfrentado pela humanidade é de muitas incertezas. Diversas são as dúvidas, de modo que qualquer pequena certeza que se apresente acaba revestida de grande importância. Constatado esse fato, observamos que tal fenômeno também se espalhou pelo sistema jurídico. Quando essas dúvidas se somam a um regime historicamente recheado de lacunas, tal como o regime disciplinar, a possibilidade de conflitos não é das menores.

Assim, analisando os aspectos do direito disciplinar pátrio, sua evolução a partir da doutrina das relações especiais de sujeição e a necessária reformulação dessas frente ao paradigma da Constituição da República de 1988, foi possível identificar inconsistências na conformação desse. À vista disso e com o agravamento da insegurança proporcionado pelo momento de pandemia, algumas diretrizes se tornaram imperativas.

E foi nesse contexto que se observou a Medida Provisória nº 966, destacada pela interpretação conforme pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual jogou luzes sobre um importante debate que não chegava aos grandes púlpitos: a problemática da forma de responsabilização do servidor público. Reconhecendo a importância da segurança jurídica, o STF traçou parâmetros para a responsabilização do agente público, o que não se apresenta como salvo-conduto ao agente de má-fé, mas a de salvaguarda ao bom agente público que agiu tentando acertar.

Diante disso, com base na doutrina consolidada e nas razões normativa e jurisprudencialmente formuladas, procuramos contribuir com o desenvolvimento do direito pátrio, em especial na proposta de objetivação o tipo disciplinar, o que pode se apresentar como um avanço no direito administrativo sancionador a partir das reflexões geradas no presente período. Desse modo, não obstante não solucione um problema histórico, a MP 966 se apresenta como marco legal circunstancial da tipicidade disciplinar dos servidores públicos, podendo ainda configurar norte hermenêutico para os debates vindouros.

REFERÊNCIAS

- ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 34, p. 24, p. 11-51, ene-abr. 1961.
- BACELLAR FILHO; Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Curso de direito penal. Parte geral. Arts. 1º a 120*. Salvador: JusPodium, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. reimpr. Navarra: Civitas, 2005.
- GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*. Madrid: Civitas, 1982.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 40-53, jul.-set., 1967.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.
- SALOMONI, Jorge Luis. La Cuestión de Las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público Argentino. In: *Problemática de la Administración Contemporánea*. Buenos Aires: Universidad Notarial Argentina, 1997.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil – Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011.