

The cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. The statue is positioned on a white, curved architectural element. Behind it, a multi-story building with a grid-like facade and large windows is visible. A road with a yellow car and a blue sky with scattered clouds complete the scene.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Tipicidade nas Infrações

Disciplinares: o desafio da certeza do direito em um dos principais capítulos da competência sancionatória estatal

Typicality of Disciplinary

Infractions: the challenge of the certainty of law in one of the main chapters of state sanctioning competence

André Petzhold Dias

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha
Filho

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: Os CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL.....	13
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IDENTIDADE ONTOLÓGICO-ESTRUTURAL: ENTRE ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS E SEU CONTRIBUTO À MATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira	
O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A “CIRANDA DE PEDRA” DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	29
Pedro Brabo dos Santos e Flípe Lôbo Gomes	
LEGALIDADE, JURIDICIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	49
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet	
O ERRO GROSSEIRO PREVISTO NO ART. 28 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/1942: APORTES TEÓRICOS PARA UMA CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL	69
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira	
PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DA CULPA E DO ERRO GROSSEIRO: O HOMEM MÉDIO MORREU?.....	84
Odilon Cavallari	
A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE.....	110
Alberth Sant’Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho	
TIPICIDADE NAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES: O DESAFIO DA CERTEZA DO DIREITO EM UM DOS PRINCIPAIS CAPÍTULOS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA ESTATAL.....	125
André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho	
MILITARES ESTADUAIS E MOVIMENTOS GREVISTAS: DIVIDENDOS POLÍTICO-ELEITORAIS E INSTABILIDADE DISCIPLINAR INTERNA	145
Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota	
O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A LEGITIMAÇÃO DO USO DE SEGUROS E DE FUNDOS ESPECIAIS PARA A PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	158
Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella	
A AVALIAÇÃO DE IMPACTO E DE RESULTADO REGULATÓRIO COMO ESPECTROS DE POLÍTICA REGULATÓRIA-SANCIONATÓRIA EFICIENTE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES À LUZ DA ACCOUNTABILITY	183
Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto	

POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA	208
DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: REDES INTERSETORIAIS E AS ESTRATÉGIAS DE GESTÃO	210
Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva	
O DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E CHILE	234
Janaina Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc	
A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU: UMA ANÁLISE DO PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ –PR E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	253
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE	279
SERÃO OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS O CAMINHO PARA O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE?	281
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto	
POLICY HANDLING TO ACCELERATE STUNTING REDUCTION IN KUPANG TENGAH DISTRICT, REGENCY EAST NUSA TENGGARA PROVINCE	303
William Djani e Jeny Jacoba Therikh	
OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS	318
HARNESSING NOVEL TECHNOLOGIES TO FORTIFY ANTI-CORRUPTION EFFORTS: ASSIMILATING INDIA’S EXPERIENCES INTO UZBEKISTAN’S FIGHT AGAINST CRIMINALITY	320
Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich	
NEXUS OF PUBLIC SERVICE INTERVENTIONS AND SOCIAL DEVELOPMENT: LITERATURE SYNTHESIS.....	341
Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi Dewi	
INVESTIMENTO-ANJO: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA FISCAL PARA INVESTIMENTOS DE ALTO RISCO	365
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade	
MOTIVAÇÕES DOS CONSUMIDORES PARA INCLUÍREM O NIF NAS FATURAS.....	384
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira	
BUILDING TRUST IN POLICING: CHALLENGES AND STRATEGY.....	402
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew	

Tipicidade nas Infrações Disciplinares: o desafio da certeza do direito em um dos principais capítulos da competência sancionatória estatal*

Typicality of Disciplinary Infractions: the challenge of the certainty of law in one of the main chapters of state sanctioning competence

André Petzhold Dias**

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho***

Resumo

O presente ensaio, a partir de premissas dogmáticas do Direito Penal e especulações acerca de alguns postulados que deveriam, a nosso ver, reger o Direito Administrativo Sancionador, discutimos sobre a existência de uma garantia de tipicidade das infrações veiculadas no âmbito do direito disciplinar. Através de pesquisa bibliográfica e do método analógico/comparativo entre Direito Penal e outras searas nas quais há exercício de competência sancionatória estatal, concluímos pela existência dessa garantia também no campo objeto deste estudo, isso por sustentarmos, com base em doutrina, a ilegitimidade da punição de um agente em situações nas quais este não tenha condições de ter plena ciência quanto ao espaço do seu agir lícito.

Palavras-chave: tipicidade; certeza do direito; direito administrativo sancionador; infrações disciplinares

Abstract

This essay, based on dogmatic premises of Criminal Law and speculations about some postulates that should, in our view, guide Sanctioning Administrative Law, we discuss the existence of a guarantee of typicality of infractions conveyed within the scope of disciplinary law. Through bibliographical research and the analogical/comparative method between Criminal Law and other areas in which there is the exercise of state sanctioning competence, we concluded that this guarantee also exists in the matter object of this study, because we support, based on doctrine, the illegitimacy of punishment of an agent in situations in which he is not able to be fully aware of the scope of his lawful action.

Key words: typicality; certainty of law; sanctioning administrative law; disciplinary infractions

* Recebido em: 00/00/2024
Aprovado em: 00/00/2024

** Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Advogado da União, Procurador Chefe da Procuradoria da União no Amazonas. Professor Universitário na Universidade Estadual do Amazonas e no Centro Universitário Fametro. <https://orcid.org/0000-0002-9057-8804>
Email: apdias@uea.edu.br

*** Doutor e mestre em Direito do Estado Professor da Escola Paulista da Magistratura Juiz de Direito em São Paulo. <https://orcid.org/0000-0002-7091-7258>
Email: alexjccf@yahoo.com.br

Sumário:

1. Introdução; 2. Tipicidade no Direito Penal; 2.1. Tipicidade aberta no Direito Penal: polêmica e prática; 3. Tipicidade no Direito Administrativo Sancionador. Peculiaridades e convergências à vista do manejo do instituto na seara penal; 3.1. Aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: tipicidade como garantia do cidadão em prol do postulado da certeza do Direito na seara sancionatória estatal; 3.1.1. Poder de Polícia; 3.1.2. Poder disciplinar; 4. Tipicidade das condutas vedadas aos servidores públicos no uso das mídias sociais; 4.1. Códigos de Conduta; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1 Introdução

Considerando que o agir administrativo se faz por meio de pessoas, quando se pensa na necessidade de uma gestão pública mais eficiente é inescapável refletir acerca da adequação da organização dos recursos humanos à disposição do serviço público à vista dos respectivos fins.

Essa organização, por sua vez, tem como uma de suas principais ferramentas o exercício da competência disciplinar por parte das chefias dos distintos órgãos em que distribuídas as funções que nosso direito positivo atribui ao Estado.

Esse plexo de deveres-poderes a cargo das autoridades superiores de cada unidade de ação estatal é assim definido por Hely Lopes MEIRELLES:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento a que passam a integrar definitiva ou transitoriamente¹.

A passagem em destaque é ilustrativa de como a competência disciplinar ainda hoje é, via de regra, compreendida e manejada pelos agentes que detêm tal atribuição.

Antes de ser anunciada como um instrumento para bem regular a conduta dos servidores, criando um quadro de incentivos vocacionado à promoção de comportamentos desejados², tal competência é desde logo apresentada pela sua faceta punitiva, ou seja, pela prerrogativa que ela confere ao seu titular de infligir um castigo a quem violar comandos legais ou regulamentares.

No que se refere a tais prescrições, o âmbito disciplinar é marcado por muitos tipos abertos, o que desperta preocupação sob a perspectiva da adequada sinalização da conduta que é esperada dos respectivos destinatários.

Note-se que, numa situação de incerteza sobre qual comportamento é devido sob signos como “conduta irrepreensível na vida pública ou privada”, o agente público pode ficar sujeito ao arbítrio de uma competência sancionatória que não se pauta em critérios claros e predeterminados do que é lícito ou ilícito, ou seja, que pode desencadear punições randômicas ao sabor dos interesses dos poderosos de plantão.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 16 ed., São Paulo: RT, 1991, p. 103.

² Para o que a técnica de “comando e controle” deveria ser associada, segundo importante doutrina do Direito Administrativo contemporânea, a técnicas de indução de comportamento, em um equilíbrio atento à eficiência da regulação. Sobre o ponto, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 119 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 131 e ss..

Neste cenário justifica-se o estudo sobre em que medida a garantia da tipicidade prevista no Direito Penal pode servir de inspiração para salvaguarda análoga na seara do Direito Administrativo Sancionador em geral, e no âmbito da competência disciplinar em particular.

Posta a importância do tema escolhido para nosso objeto de pesquisa, para explorá-lo vamos nos valer de revisão bibliográfica e do método analógico, buscando extrair semelhanças entre regulação penal e administrativa, isso com o propósito de analisar em que medida esta última pode ser aprimorada a partir de instrumental previsto para o legítimo exercício da primeira.

Para testar a pertinência das nossas conclusões vamos, em item próprio, investigar como está ocorrendo a regulação do uso de mídias sociais para servidores públicos de algumas carreiras, tema que já começa a fazer parte do dia a dia dos Tribunais.

2 Tipicidade no Direito Penal

A atuação punitiva do Estado deve ser exercida, no âmbito penal, com estrita observância de princípios como o da legalidade e da intervenção mínima. Sobre este último, postula-se que o Direito Penal não intervenha na disciplina de condutas de menor lesividade e para as quais a disciplina feita por outros ramos do direito possa bastar para que se obtenha dos destinatários das suas normas o comportamento tipo por socialmente adequado³.

Considerando a gravidade das penas que o Direito Penal estabelece para quem viola as suas regras, das quais destaca-se a de prisão, entende-se, até sob uma perspectiva de proporcionalidade da ação estatal⁴, que não se justifica que o Estado ameace de privação de liberdade alguém que transgrida comandos desejados, mas que não estão atrelados à tutela de bens jurídicos essenciais para a vida em coletivo.

Já no que se refere à tipicidade, garantia que particularmente nos interessa à vista do foco do presente trabalho, destaca-se seu papel como limite ao poder punitivo estatal. Como decorrência do princípio da legalidade⁵, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude lei (art. 5, II da Constituição), exige-se pela salvaguarda em comento que a conduta prevista como crime por um determinado ordenamento seja descrita com precisão pelo legislador, de modo a que seja oferecida ciência inequívoca à população acerca do que lhe é lícito ou ilícito fazer em uma dada situação⁶.

Nada obstante o ideal de previsibilidade a guiar a concretização desse princípio, mesmo para hipóteses nas quais o Parlamento efetivamente se empenhe em delimitar adequadamente o comportamento esperado com o estabelecimento de tipos penais, não se pode ignorar que o emprego da palavra, por mais objetivo que seja, pode trazer consigo alguma vagueza, exigindo atuação do intérprete na fixação de seu sentido⁷.

³ TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book, p. 96 e 97.

⁴ ROXIN, Klaus; ALAOR, Leite. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, São Paulo: RT, jan-fev /2015 (versão eletrônica), p.1.

⁵ TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22 e ss.; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v I, 6 ed, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006, p. 100/103; BECHARA, Ana Elisa L. S.. *Bem jurídico-penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 148 e ss..

⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro V.. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011, p. 302; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 87/88.

⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, 4 ed, São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 158 e ss.; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141 e ss.; REALE JR. Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal constitucionalizado in *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 1, p. 303-330, São Paulo: RT, jul. 2011, p. 304.

O princípio da tipicidade deve, portanto, ser considerado como “promessa de racionalização do poder punitivo estatal aliada à segurança jurídica necessária para uma boa administração da justiça penal”⁸.

É possível, então, vislumbrar no princípio da tipicidade a função positiva de servir de fundamento para decisão nos conflitos criminais, e a função negativa, cuja função racionalizadora e garantidora é preponderante, limitando o poder estatal ao funcionar como controle do controle social⁹.

2.1 Tipicidade aberta no Direito Penal: polêmica e prática

Não são raros os casos em que o Direito Penal se utiliza de linguagem vaga para superar a dificuldade da elaboração normativa exaustiva quando se pretende abarcar um número amplo de situações lesivas ao bem-estar coletivo que potencialmente ocorrerá no horizonte de um futuro longínquo. A título ilustrativo pode-se referir a tipificação de crimes culposos e omissivos por comissão¹⁰, além de algumas infrações relativas à ordem econômica¹¹, ao meio ambiente¹² e aos direitos do consumidor.¹³⁻¹⁴

Quando o legislador expressamente se utiliza de tal técnica na descrição de ações ou omissões tidas por perniciosas (note-se que por vezes a indeterminação pode decorrer da simples textura aberta de uma palavra que, para quem propôs a redação de um tipo legal, não admitiria significados equívocos), coloca-se, sob a perspectiva do destinatário da norma, a questão sobre a certeza da regra de direito que rege a sua conduta.

Ao lado do emprego (intencional ou não) de noções polissêmicas pela legislação penal na proibição de comportamentos, também se verifica tipos abertos em tal seara em decorrência de remissões que essa espécie de lei faz a outras normas, muitas delas revestidas de caráter técnico, como se dá no caso da Lei de Drogas¹⁵.

Em qualquer hipótese o desafio para a cidadania é comum. Se o objetivo da regra é evitar um comportamento indesejado, contando com a ameaça de sanção para desestimular potenciais infratores a incorrerem em ilícitos, como alcançar esse propósito se as pessoas podem, em concreto, não saber das fronteiras dentro das quais sua esfera de liberdade pode ser exercida?

⁸ GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007, p.131.

⁹ GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007, p. 134.

¹⁰ “Há muitos tipos em que a lei descreve apenas uma parte dos caracteres e confia ao juiz a tarefa de completar o tipo. Esses tipos ‘abertos’, ou que ‘necessitam ser complementados’, encontramos, antes de tudo, nos delitos culposos e nos delitos omissivos impróprios. Na maior parte dos delitos culposos (...), a lei descreve somente o resultado (a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico), enquanto a ação proibida deve ser constatada pelo juiz mediante o critério da falta de observância ‘do cuidado necessário no tráfego’. Nos delitos omissivos impróprios (...), não se encontra identificado o círculo de autores, e deve ser complementado pelo juiz mediante o critério da ‘posição de garante’. Por essa razão, os tipos dos delitos culposos e dos delitos omissivos impróprios são só em parte tipos ‘legais’, e em parte tipos ‘que devem ser complementados pelo juiz’”(WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina finalista*, trad. Luiz Regis Prado, 4 ed., São Paulo: RT, 2015, p. 61).

¹¹ SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, p. 407, São Paulo: RT, mar.1996 (versão eletrônica).

¹² MACHADO, Paulo Afonso Leme. Da poluição e outros crimes ambientais na Lei 9.650/1998 in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 14, p. 9-19, São Paulo: RT, abr.-jun. 1999 (versão eletrônica).

¹³ “Art. 67 do Código de Defesa do Consumidor: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm, acesso em 29/02/24).

¹⁴ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. Uma análise do delito de publicidade enganosa e abusiva (art. 67 da Lei 8.078/90) in *Ciências Penais*, v. 4, p. 322-344 São Paulo: RT, jan.-jun. 2006, p.131.

¹⁵ “Lei nº 11.343/2006 – “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm, acesso em 29/02/24).

Se a indeterminação em alguma medida é própria das regras jurídicas (vide limitações de antevisão do legislador que o fazem se valer de “cláusulas gerais” na disciplina de condutas, bem como das características inerentes à linguagem humana, como já referido), seu excesso põe em xeque a pretensa racionalidade do sistema normativo e sujeita os cidadãos ao risco de arbítrio no manejo da competência sancionatória estatal.

O assunto, como não poderia deixar de ser, é objeto de acesa atenção da doutrina.

Vide a respeito as ponderações de Alamiro SALVADOR NETTO, após considerar como natural o Direito Penal se valer de remissão a conceitos e regramentos de outras áreas do conhecimento para delimitação do seu campo de incidência:

“Considerado estes aspectos, independentemente da discussão paralela a respeito da legitimidade dos diversos bens jurídicos atualmente submetidos à tutela penal, não parece ferir o princípio da legalidade a existência de mera assessoriedade conceitual, principalmente a considerar a sua inarredável função de permitir um diálogo interno do ordenamento jurídico visto em sua completude. O fato do direito penal utilizar—se de conceitos expressos em outras áreas jurídicas não fere, genericamente, a legalidade, sendo decorrência natural da relativa dependência do sistema criminal ou, em outras palavras, de sua natureza sancionatória (reforço).

O aparecimento de ‘não tipos’ e com isso o rompimento da noção de taxatividade mínima, pode ser observado, contudo, naquelas expressões

típicas que atuam apenas como ‘pontes’ transferindo para o cerne das criminalizações inúmeras normas extrapenais ou administrativas.

Nestes casos, o legislador, por meio de um único tipo penal, acaba por

criminalizar o descumprimento de diversas regras administrativas, o que desnatura inclusive a função penal de ‘ultima ratio’. Além disso, obriga o cidadão a conhecimentos extraordinários acerca do quanto realmente proibido, pois exagera na ficção jurídica, base do sistema, que afirma ser todo indivíduo sabedor do conteúdo do direito. É o caso, por exemplo, da inserção de inúmeras normas (regras) administrativas do Banco Central do Brasil no conceito de gestão temerária. Em suma, não é tolerável um suposto tipo que afirma, ainda que com outras expressões ou de modo subreptício, que se considera crime administrar instituição financeira em desrespeito a toda e qualquer norma ou regra atinente à matéria”.¹⁶

Outro exemplo interessante sobre a temática reside na tipificação do terrorismo, que é criminalizado por mandamento constitucional. O legislador pátrio, contudo, sem observar normas internacionais que tratam dessa conduta¹⁷, findou por positivizar um tipo excessivamente aberto, algo absolutamente incompatível com a gravidade da sanção cominada o delito.

Confira-se a respeito a redação do art. 2 da Lei nº 13.260/2016:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

¹⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro V. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011, p. 315.

¹⁷ BORGES, Ademar. O Crime de Terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 188, p. 19-57, São Paulo: RT, fev. 2022.

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência¹⁸.

Os tipos abertos, portanto, constituem figura já bem conhecida e debatida pela doutrina do Direito Penal. Resta saber se a reflexão que existe sobre o tema em tal seara pode ser usada para o fim de delimitação da competência sancionatória estatal em outros campos, como no do Direito Administrativo Sancionador.

3 Tipicidade no Direito Administrativo Sancionador. Peculiaridades e convergências à vista do manejo do instituto na seara penal

Após discorrermos sobre a importância da tipicidade como garantia do Direito Penal vocacionada ao adequado exercício da competência sancionatória estatal na referida seara, cabe-nos indagar se faz sentido pensarmos acerca da conveniência/necessidade de se assegurar postulado equivalente aos destinatários de normas de Direito Administrativo Sancionador, dentre as quais estão aquelas atinentes à competência disciplinar.

Antes de enfrentarmos a questão, algumas palavras sobre o caminho que vem sendo adotado na elaboração de princípios para o Direito Administrativo Sancionador a partir da experiência acumulada a respeito na teorização do Direito Penal, isso no contexto da afirmação de um “devido processo” como condição para que o Estado declare alguém culpado pelo cometimento de um crime e, conseqüentemente, imponha-lhe o cumprimento da pena respectiva¹⁹.

3.1 Aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: tipicidade como garantia do cidadão em prol do postulado da certeza do Direito na seara sancionatória estatal

A preocupação entre nós quanto à existência de garantias do cidadão no âmbito do processo administrativo sancionador aumentou nos últimos anos, sobretudo em razão do incremento do exercício desse tipo de competência por órgãos administrativos, do que são exemplo as atribuições de controle conferidas às agências reguladoras em diversos setores da economia desde os anos 90 do século XX e até mesmo de combate à corrupção empresarial, como previsto na Lei n. 12.846/2013.

Em comum com o Direito Penal essa função controladora a cargo do Poder Executivo tem o instituto da sanção, o seu papel no ordenamento jurídico²⁰ e a necessidade de criação de salvaguardas para que sua aplicação não se dê de forma aleatória, desprendida da sua razão de ser em um Estado de Direito.

¹⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm, acesso em 29/02/24.

¹⁹ Construção que no Ocidente vem sendo aprimorada de longa data, do que são prova ditames existentes em diversas Declarações de Direitos produzidas nos últimos séculos envolvendo o tema, a começar pela Magna Carta de 1215, segundo a qual ninguém seria levado a prisão ou nela mantido sem o direito de ser julgado pelos seus pares, conforme a lei da terra (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80 e 83).

²⁰ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 690-709, Brasília: Uniceub, abr. 2021, p. 692.

A sanção, o castigo, embora admita leituras a partir de outras perspectivas²¹, tem, no nosso sentir, uma função precípua em um sistema de normas: a de desestimular condutas tidas por deletérias ao bem comum²²⁻²³.

Assim, se consideramos que a sanção não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de fomentar comportamentos socialmente desejados²⁴, tem-se que um dos principais vetores a reger a sua incidência seja na esfera judicial ou administrativa é a garantia de que ela só deve incidir sobre aquele que tenha tido plenas condições de saber a conduta que era devida em uma dada circunstância²⁵.

Esse, aliás, foi apontado como um dos motivos para as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, diploma que buscou conferir maior segurança jurídica na atuação dos servidores públicos, oferecendo-lhes anteparos para não serem punidos pelo chamado “crime de hermenêutica”, ou seja, por terem adotado em sua tomada de decisão uma interpretação plausível à vista de um determinado cenário, mas diversa daquela preferida pelo órgão de controle respectivo²⁶.

Quanto a tal aspecto, portanto, se coloca a figura da tipicidade como elemento a despontar como uma salvaguarda do cidadão não só no Direito Penal como também no Direito Administrativo Sancionador²⁷.

²¹ Como a da vingança (mal justo pelo mal injusto a que se refere Kant), a da reparação do dano causado ou a da ressocialização do agente. Sobre possíveis funções da pena, ver REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71 e ss.; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61 e ss.

²² Tratando do tema sanções administrativas, esclarece Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. (...) Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um “mal”, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade da sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniência da organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de ‘represália’, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas – de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações, e, conseqüentemente das sanções administrativas” (*Curso de Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 784/785). A respeito, ver ainda BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

²³ Alice VORONOFF defende que, em termos funcionais, o Direito Administrativo Sancionador teria como objetivo principal a conformação do comportamento do destinatário da norma para o futuro, sem grande carga de reprovação ético-social da conduta tipificada (olhar para frente), enquanto que no Direito Penal prevaleceria o caráter retributivo da sanção, que incide sobre práticas tidas como fortemente reprováveis no meio social (olhar para trás)(VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 99 e ss.).

²⁴ MARQUES NETO, Flávio de A.. Os grandes desafios do controle da Administração Pública in *Fórum de Contratação e Gestão Pública* □ FCGP, ano 9, n. 100, Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010 (versão digital), itens II.3, II.4 e II.5.

²⁵ Para outros possíveis desdobramentos da aproximação defendida entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, isso em prol de um devido processo como condição para a imposição de uma sanção a alguém, confira-se: “Com isso, ‘*exempli gratia*’, a imputação e a sanção pelo emprego da ‘verdade sabida’, outrora fartamente utilizada, ou a não tipificação das infrações disciplinares, ou mesmo a utilização de métodos inquisitórios de valoração das provas (a exemplo da aplicação do método da íntima convicção), assim como a atribuição de natureza testemunhal à pessoa que noticia o ilícito disciplinar (confusão entre ‘denunciante’ e testemunha – conflito entre a faculdade e o dever de dizer a verdade nas informações prestadas à Administração Pública), compreendem técnicas de concreção jurídica que devem ser abolidas por obra do legislador. E, por outro lado, em casos de omissão dos agentes legiferantes, essas técnicas devem ser contornadas, com o emprego do princípio da juridicidade, por ação do administrador público, intérprete e aplicador do direito disciplinar, para a manutenção da coerência interna do sistema, tendo em mira a segurança jurídica, a certeza e a justiça do Direito” (DEZAN, Sandro Lucio; CARMONA, Paulo Afonso C.. A “atividade-ação” punitivo-disciplinar. Interatividade e complexidade entre ato, procedimento e processo administrativo in *Revista Brasileira de Políticas Públicas* – RBPP, v. 6, n. 2, p. 29-44, Brasília: Uniceub, out. 2016, p. 31).

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Aspectos Gerais Introdutórios da Nova LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. v. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 30.

²⁷ “No campo do direito administrativo sancionador o princípio da segurança jurídica dá origem ao princípio da tipicidade. A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador* – as sanções administrativas à luz da Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134). Sobre o ponto, ver ainda OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 217 e ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. Em torno al derecho administrativo sancionador y la aplicabilidad de los principios del derecho penal in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*, p. 57-77, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 65/66; NIETO, Alejandro. *Derecho*

Nada obstante, uma diferença marcante a ser mencionada entre as formas de regulação penal e administrativa é que, enquanto naquela as normas de tipo aberto são exceção, nesta elas são bem mais comuns, expressas através do emprego em larga escala de conceitos jurídicos indeterminados²⁸, técnica que acaba por se impor à vista das peculiaridades de diversos setores regulados, cujas dinâmicas e especificidades técnicas frequentemente impedem que o legislador de antemão estabeleça com precisão que tipo de conduta é esperado do destinatário de seus comandos²⁹.

Essa realidade, ainda insuficientemente tratada pela doutrina pátria, por vezes deixa nossos Tribunais sem apoio de reflexões mais profundas sobre a compatibilização possível/necessária do quanto previsto no art. 5, II da Constituição e a hipótese de alguém ser punido pela violação de prescrições do tipo “má conduta”³⁰ ou “comportamento temerário” no exercício de uma função pública ou mesmo no âmbito de suas relações privadas.

Se o princípio da legalidade insculpido no art. 5, II da Carta Política estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e essa própria lei contém expressão vaga na delimitação do que é lícito ou ilícito à vista de certas circunstâncias, montado está um cenário propício ao arbítrio no desempenho do poder extroverso estatal, que, sem cautelas adicionais em prol da parametrização das condutas esperadas de terceiros sob pena de sanção, organiza-se de modo descompromissado seja com a consecução de interesses gerais, seja com a tutela dos direitos do cidadão face o mau uso de prerrogativas legais por parte das autoridades constituídas.

Ao lado do desafio de especificação do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados veiculados na lei parlamentar para as mais diversas situações, o que deve ocorrer sobretudo por meio do exercício de competência regulamentar, o Direito Administrativo Sancionador ainda se caracteriza por uma normatividade advinda diretamente de regulamentos para além dos textos legais³¹, seja por força de autorização legal expressa, seja em decorrência de omissão intencional ou não do legislador.

Quando a lei atribui univocamente a determinado órgão ou entidade a função de disciplinar a conduta de um setor regulado estamos diante do chamado regulamento autorizado³². Ainda que parte da doutrina continue reticente quanto à possibilidade desse tipo de comando criar direitos e obrigações sem interme-

administrativo sancionador, 5 ed, Madrid: Tecnos, 2016, p. 259 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106; D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023, p. 262 e ss.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Z... *Direito Administrativo*, 31 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 771.

²⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 223 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 255.

³⁰ Criticando a possibilidade de destituir monarcas com base em um conceito vago como “má conduta”, afirma Edmund BURKE: “nenhum governo poderia se manter, ainda que por um instante, se pudesse ser derrubado por algo tão elástico e indefinido quanto uma opinião de ‘má conduta’ de sua parte” (*Reflexões sobre a Revolução Francesa*, trad. José Miguel Nanni Soares, São Paulo: Edipro, 2014, p. 49).

³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86 e ss.; CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199 e ss., p. 217 e ss.; e VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 215 e ss.

³² Tipo de normatização que, no nosso sistema, seguindo experiência análoga vivenciada por outros países ocidentais, passou a ter importância crescente na atuação administrativa à vista de um movimento de “deslegalização” de diversos setores da economia, nos quais houve recuo da disciplina feita pelo Legislativo em prol de uma a cargo do Executivo, supostamente mais apta a lidar com matérias complexas e suscetíveis a mudança em intervalos de tempo menores. Sobre o ponto, ver CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade* in ARAGÃO, Alexandre S. de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, 2. ed., p. 22-57, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 29 e ss.; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 49 e ss.; GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 96 e ss.

dição direta da lei³³⁻³⁴, em especial à vista da garantia presente no art. 5, II da Constituição e do postulado da separação de poderes, há uma certa resignação a respeito até porque, no que concerne ao segundo óbice, difícil sustentar uma violação a prerrogativa da qual o Parlamento expressamente dispôs³⁵.

As críticas que persistem acerca do alcance do regulamento autorizado na criação de deveres³⁶, já não antevistos na lei, para os cidadãos decorrem sobretudo de circunstâncias nas quais o próprio legislador não estipula parâmetros mínimos para o exercício da competência regulamentar pelo Poder Executivo, o que corresponderia a conferir-lhe uma espécie de cheque em branco, passível de mau uso pelas autoridades administrativas respectivas³⁷.

No dia a dia do exercício da função pública, contudo, o que deveria ser exceção (isto é, regulamentos autorizados não balizados pela lei) acaba sendo bastante comum, o que deixa os destinatários dessas normas em situação não muito melhor, no que se refere às ameaças de um poder desregrado, do que aquela experimentada pelas pessoas quando a competência regulamentar é manejada sem prévia outorga manifesta das assembleias legislativas.

Feita a ressalva quanto à imprescindibilidade de salvaguardas vocacionadas ao adequado exercício do poder regulamentar em qualquer hipótese (i.e., seja quando este é objeto de delegação expressa por parte do Poder Legislativo ou não³⁸), no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, na linha da argumentação ora desenvolvida, para que o cidadão consiga saber o que é permitido ou obrigatório em uma dada situação muitas vezes há necessidade de complementação das prescrições legais por regulamentos, isso tanto para a densificação de conceitos jurídicos indeterminados, como para o estabelecimento da própria regra de direito aplicável à espécie (que pode depender de conhecimento técnico especializado, por exemplo).

³³ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161/164; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 326.

³⁴ Para uma visão contrária a tal possibilidade, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 291/295.

³⁵ Para uma problematização sobre o ideal oitocentista de separação de poderes em torno da noção de lei parlamentar para explicar a dinâmica da relação entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em um Estado de tipo social, ver FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 198, p. 1/17, Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1994; GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225 e ss.; MEGNA, Bruno Lopes. Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre Judiciário e Administração Pública na França e no Brasil in ALMEIDA, Fernando D.; ZAGO, Marina F. (coord.). *Direito Público Francês – temas fundamentais*, p. 363/380, São Paulo: Quartier Latin, 2018; VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização – análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 90 e ss..

³⁶ Para criação de direitos pela via regulamentar a doutrina costuma ser mais favorável, como se observa, a título ilustrativo, da seguinte passagem: “é cabível o poder regulamentar que encontre fundamento diretamente na Constituição Federal — sem lei intermediária —, desde que não restrinja direito reconhecido pela Carta Magna. Trata-se de dar efetividade aos preceitos constitucionais, sob pena de lhes negar cumprimento em escusas meramente formais”(GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar em face do princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 61, p. 143-160, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158).

³⁷ Crítica, aliás, feita com relação às delegações legislativas em geral, como se observa da seguinte passagem: “mesmo que não o faça com precisão capilar, a lei tem que caracterizar o direito ou a obrigação, limitação, restrição que nela se contemplem, tanto como o enunciado dos pressupostos para sua irrupção e os elementos de identificação dos destinatários da regra, de sorte que, ao menos, a compostura básica, os critérios para seu reconhecimento estejam de antemão fornecidos. Assim, o espaço regulamentar conter-se-á dentro destas balizas professadamente enunciadas na lei. Na delegação feita indiretamente justamente faltam estas especificações, pois se pretende, ao arripio da Constituição, liberar o Executivo para compô-las, ficando-lhe concedido como que um cheque em branco, a ser preenchido por via regulamentar. E isto, evidentemente, não é tolerado pela Constituição”(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade in *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*, n. 64, p. 145/152, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 152).

³⁸ Tema que experimentou significativo avanço no nosso país nos últimos anos na esteira da aprovação de leis em âmbito nacional dirigidas a disciplinar o processo de aprovação de regulamentos entre nós, iter que passou a depender de etapas como audiências/consultas públicas e a realização de análises de impacto regulatório. A respeito ver art. 29 de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º da Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019 e art. 6º da Lei das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848/2019.

Neste contexto, a garantia penal da impossibilidade de estipulação de crimes ou penas sem prévia cominação legal³⁹ é lida, sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, como a necessidade de reserva de norma (lei em sentido material, i.e, lei + regulamento) para a determinação de infrações administrativas e suas consequências para os respectivos responsáveis.

Trata-se do que alguns autores chamam de reserva relativa de lei⁴⁰ ou de preferência de lei (formal)⁴¹ para a definição de ilícitos não penais e suas punições.

Vejamos como se dá o fenômeno em algumas áreas reguladas pelo Poder de Polícia antes de adentrarmos na seara da competência disciplinar.

3.1.1 Poder de Polícia

Um caso bastante ilustrativo do que está sendo exposto acerca do alcance do poder normativo da Administração Pública na disciplina da conduta privada é a competência que a Lei nº 9.933/1999 confere ao Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro) e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) para expedir atos normativos e regulamentos técnicos no respectivo âmbito de atuação (art. 2 e 3).

Segundo o art. 7º do referido diploma, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.545/2011:

Art. 7º - Constituirá infração a ação ou omissão contrária a qualquer das obrigações instituídas por esta Lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro sobre metrologia legal e avaliação da conformidade compulsória, nos termos do seu decreto regulamentador (g.n.)⁴²

O art. 9º da lei estabelece os valores mínimo e máximo das multas a serem impostas pelo descumprimento das regras a serem estabelecidas nos regulamentos do Conmetro e do Inmetro⁴³, sendo que, curiosamente, dispõe que será o próprio Conmetro quem deverá definir as instâncias e procedimentos a serem seguidos para análise dos respectivos recursos (art. 9º, §5º⁴⁴).

Como se vê, na situação examinada não só o padrão de conduta esperado dos agentes sujeitos a tal regulação técnica é estabelecido pelo Poder Executivo pela via regulamentar, como o próprio devido processo a ser garantido ao particular sancionado recebe o mesmo tipo de disciplina.

Questionada junto ao Judiciário a legitimidade do alcance da competência normativa autorizada pela Lei nº 9.933/1999 à Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do tema repetitivo nº 200, assim pronunciou-se:

“Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo” (DJ 29/10/2009)⁴⁵

³⁹ Art. 5, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 13/02/24)

⁴⁰ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 227 e ss..

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86 e ss..

⁴² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm, acesso em 14/02/24.

⁴³ Art. 9º - A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm, acesso em 14/02/24).

⁴⁴ Art. 9º, § 5º - Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente. Art. 9º-A - O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratam os arts. 8º e 9º (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm, acesso em 14/02/24).

⁴⁵ https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=200&cod_tema_final=200, acesso em 14/02/24.

Outro campo no qual a extensão do poder regulamentar da Administração Pública desperta polêmica é a tutela do meio ambiente. Neste setor a disciplina de polícia administrativa encontra amparo expresso no art. 70 da Lei nº 9.605/1998, segundo o qual: “*Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*”.

A larga amplitude de tal competência para definição tanto de infrações como da respectiva sanção (arts. 80 e 75 da Lei nº 9.605/1998) não passa despercebida pela doutrina⁴⁶, e gera grande embate na jurisprudência, a qual vem oscilando quanto aos limites em que aceitável tal tipo de delegação legislativa, isso ao menos em hipóteses para as quais o legislador não traga alguma parametrização para a tipificação de ilícitos⁴⁷.

Sobre a matéria, confira-se a ementa do REsp nº 1.080.613, julgado em 2009 pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ARMAZENAGEM DE PNEUS USADOS IMPORTADOS, SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES.

(...)

2. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.
3. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 70 da Lei 9.605/98, c/c os arts. 47-A, do Decreto 3.179/99, e 4º da Resolução CONAMA 23/96, pelo fato de a impetrante, ora recorrente, ter armazenado 69.300 pneus usados importados, sem autorização do órgão ambiental competente.
4. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
5. A conduta lesiva ao meio ambiente, ao tempo da autuação, estava prevista no art. 47-A do Decreto 3.179/99, atualmente revogado. De acordo com o referido preceito, constituía infração ambiental a importação de pneu usado ou reformado, incorrendo na mesma pena quem comercializava, transportava, armazenava, guardava ou mantinha em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições. A referida proibição, apenas para registro, está prevista, atualmente, no art. 70 do Decreto 6.514/2008.
6. Tem-se, assim, que a norma em comento (art. 47-A do Decreto 3.179/99), combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, conferia toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.
7. O valor da multa aplicada, por levar em conta a gravidade da infração e a situação econômica do infrator, conforme dispõe o art. 6º da Lei 9.605/98, além de não ter ultrapassado os limites definidos no art. 75 do mesmo diploma legal, não pode ser revisto em sede de mandado de segurança, pois exige dilação probatória, tampouco pode ser reexaminado em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ.
8. Recurso especial desprovido, ressalvado o acesso da impetrante às vias ordinárias (STJ – 1 Turma – Min. Rel. Denise Arruda – REsp 1.080.613 – VU - data do julgamento 23/06/2009⁴⁸)(g.n.).

Como se vê, o precedente em comento afirma que o postulado da “legalidade estrita” foi observado pela fiscalização ambiental ao impor uma pena ao administrado por uma conduta (armazenamento de pneus usados sem autorização) que não estava prevista na lei, mas em regulamento produzido pelo Executivo; a sinalizar, portanto, a legitimidade da técnica de densificação de tipos extremamente abertos previstos na legislação administrativa sancionadora por meio de atos infralegais⁴⁹.

⁴⁶ KOKKE, Marcelo; REZENDE, Elcio Nacur. Competência regulatória ambiental e princípio da legalidade in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 430-445, São Paulo: RT, 2023, p. 434.

⁴⁷ TORRES, Marcos Abreu; BURMANN, Alexandre. Lei de Crimes Ambientais, princípio da legalidade e a tipificação de infrações administrativas ambientais via resoluções do CONAMA in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 303-316, São Paulo: RT, 2023, p. 308 e ss..

⁴⁸ <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=1.080.613&O=JT>, acesso em 15/02/2024.

⁴⁹ D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação

Por outro lado, o mesmo STJ, quando chamado a analisar a legitimidade da aplicação de multa prevista apenas em portaria a um agente que violou norma protetiva do meio ambiente, pronunciou-se pela nulidade da ação administrativa não devidamente lastreada em lei.

A respeito, observe-se ementa do AgRg no AREsp 557714/MG, julgado em 2019:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AMBIENTAL. FUNDAMENTO EM PORTARIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA AUTARQUIA FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior fixou entendimento de que não é cabível a aplicação de multa ambiental sem a expressa previsão legal em respeito ao princípio da legalidade (AgRg no REsp. 1.164.140/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 21.9.2011; (AgRg no REsp. 1.144.604/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 10.6.2010). 2. Agravo Regimental da Autarquia Federal a que se nega provimento.(STJ – 1 Turma – Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho - AgRg no AREsp 557714/MG – VU - data do julgamento 28/03/2019) (g.n.)

3.1.2 Poder Disciplinar

Há um largo uso de conceitos jurídicos indeterminados na disciplina de condutas de pessoas sujeitas à competência disciplinar da Administração Pública. À vista da natural limitação existente para o legislador antever comportamentos que, no futuro, podem ser inadequados para o bom funcionamento dos serviços públicos, locuções como “decoro”, “lealdade”, “urbanidade”, “probidade” e “agir ético” são empregadas na deontologia que rege a atuação de tais agentes, reclamando, por sua vagueza, a sua pertinente densificação para contextos particulares, isso de modo a que haja sinalização inequívoca da postura esperada dos destinatários da norma nas mais diversas situações.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao discorrer sobre a responsabilidade administrativa do servidor:

“Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento de deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções”.⁵⁰

A título ilustrativo, confira-se alguns deveres funcionais impostos aos integrantes do funcionalismo público federal pela Lei nº 8.112/1990:

Art. 116. São deveres do servidor:

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

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

(...)

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

(...)

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023, p. 263.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Z... *Direito Administrativo*, 31 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 771.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

V - promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição;

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

(...)

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Da leitura dos dispositivos em destaque resta clara a dificuldade que, em concreto, um determinado servidor pode ter para saber se está ou não incorrendo na prática de um ilícito. Essa insegurança, por sua vez, coloca em dúvida a própria legitimidade do exercício da competência sancionatória estatal, já que, se ao destinatário da norma não é assegurada a ciência inequívoca do comportamento que lhe é esperado em uma certa circunstância, impor-lhe uma sanção pelo descumprimento do desconhecido ganha ares de aleatoriedade, desfecho que não só não atende a qualquer interesse público⁵¹ como ainda dá margem a perseguições e abusos no corpo da burocracia estatal.

Para ficarmos em apenas duas das hipóteses tipificadas pelo legislador: o que seria uma conduta desleal com a instituição ou então contrária à moralidade administrativa?

Se há zonas de certeza positiva na delimitação de tais conceitos (como a prática de um crime de corrupção ou de peculato, por exemplo), há, por outro lado, um rol enorme de atitudes que se situam numa zona cinzenta, na qual, a depender do intérprete (e/ou do contexto político e/ou da pessoa acusada), pode-se avaliar que haja ou não um ilícito a ensejar a responsabilidade funcional do servidor.

Um campo fértil para esse tipo de dúvida passou a ser o uso de redes sociais pelos integrantes do funcionalismo, matéria que passou a ser objeto de judicialização nos últimos anos.

4 Tipicidade das condutas vedadas aos servidores públicos no uso das mídias sociais

No campo do uso de mídias sociais a reserva de norma existe, por exemplo, para regular o uso de mídias sociais por integrantes da Polícia Federal, o que consta na Instrução Normativa DG/PF N° 250, de 26 de abril de 2023. Ainda que tal ato infralegal traga alguns conceitos que dependam de complementação mediante juízos valorativos, este traz em sua maior parte a indicação de condutas claras e precisas esperadas dos sujeitos à referida disciplina, como se pode observar das seguintes vedações: a) as proibições de uso de símbolos, armamentos e equipamentos da Polícia Federal para obtenção de vantagem comercial, financeira ou eleitoral; b) utilizar sua conta de e-mail institucional para cadastrar conta pessoal em mídias sociais; e c) publicar ou compartilhar informações, documentos ou imagens dos quais teve conhecimento em razão do

⁵¹ Isso imaginando-se que o objetivo precípua da competência disciplinar estatal seja o de aprimorar o funcionamento do serviço público, como defende MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar *in* BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021, p. 428 e ss., p. 455 e ss..

exercício do cargo, salvo publicação oficial da Polícia Federal e seus compartilhamentos, em especial que digam respeito a informações sigilosas ou de uso interno, métodos, tecnologias e procedimentos investigativos ou administrativos da instituição.

A proibição do uso de símbolos parece corolário do princípio da impessoalidade, que impede os servidores de se beneficiarem pessoalmente do cargo que ocupam, o que pode ocorrer, por exemplo, com o uso de símbolos e equipamentos da Instituição desvinculado das necessidades do serviço.

Ao seu turno, é questionável se a proibição de divulgação de informações públicas (não sigilosas) de inquéritos constituiria indevido obstáculo à sua difusão, o que violaria direito fundamental de livre manifestação, embora se entenda que uma postura reservada a respeito possa ser favorável a própria segurança dos agentes envolvidos na atividade.

Sobre a livre manifestação, o STF, por decisão monocrática, afastou a incidência de Provimento da Corregedoria Nacional de Justiça que restringia manifestação político-partidária de servidores, exceto os da Justiça eleitoral⁵²⁻⁵³.

A clareza de tais previsões, portanto, traz consigo a segurança jurídica necessária para aplicação das penas com pouca margem de arbítrio para o titular do poder punitivo⁵⁴ e, também, para possibilitar análise de sua constitucionalidade, acaso afronte direito fundamental.

Não obstante, há outras condutas previstas de modo menos preciso na norma regulamentadora da Polícia Federal, tais como: emitir, compartilhar ou manifestar apoio a conteúdo ou informação que sabe ou deveria saber inverídica; ou ainda emitir, compartilhar conteúdo que demonstre tolerância a discurso discriminatório, de ódio ou que expresse preconceito de qualquer natureza.

⁵² DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CNJ. PROVIMENTO Nº 71/2018. MANIFESTAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA DE SERVIDORES EM REDES SOCIAIS. 1. Mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Justiça de Minas Gerais contra o Provimento nº 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre a manifestação nas redes sociais por membros e servidores do Poder Judiciário. 2. A Constituição Federal não veda aos servidores públicos civis a dedicação à atividade político-partidária, tal como impõe aos magistrados (CF/1988, art. 95, parágrafo único, III), nem proíbe a sua filiação partidária, tal como faz em relação aos militares (CF/1988, art. 142, § 3º, V). 3. O Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União assegura, ao contrário, o direito à licença para candidatura (art. 86, da Lei nº 8.112/1990). 4. Diante disso, a restrição à manifestação político-partidária em redes sociais imposta pelo Provimento nº 71/2018 (i) contraria o regime legal e constitucional que assegura aos servidores civis o direito de filiação partidária e o exercício pleno de atividade política; e (ii) afronta a autonomia dos Estados para disciplinar o estatuto de seus servidores. 5. Liminar parcialmente deferida para afastar as limitações à manifestação político-partidária previstas no Provimento nº 71/2018 em relação aos servidores substituídos pelo Sindicato impetrante, salvo em relação àqueles em exercício na Justiça Eleitoral. (STF Min. Relator Roberto Barroso MC EM MS 35.779/DF, 29/11/2018)

⁵³ Sobre possíveis limites à liberdade de expressão, isso à luz do chamado discurso de ódio e do direito ao esquecimento, ver, respectivamente: NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 314-332, Brasília: Uniceub, dez. 2017, p. 326 e ss.; CARMONA, Paulo Afonso C.; CARMONA, Flávia Nunes de C.. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre direito à imagem e às liberdades de expressão e informação *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 437-452, Brasília: Uniceub, dez. 2017.

⁵⁴ O tema não é objeto de preocupação exclusiva da doutrina brasileira, pois as redes sociais têm sua utilização amplamente difundida em todo o mundo, e, por conseguinte o debate sobre seus limites e possíveis punições. Nesse sentido: “*Sin embargo, hay que tratar por todos los medios que el miedo no nos lleve a caer en dicho abismo. No todo está ni puede estar permitido para luchar contra los terroristas y, por ello, hoy más que nunca hay que seguir insistiendo en la defensa de la vigencia y efectividad de derechos tan fundamentales como el de la libertad de expresión; una libertad cuyo respeto y defensa es, precisamente, una de las cosas que nos diferencian de aquellos que, como los terroristas, pretenden imponer sus ideas y creencias mediante el uso de la violencia y el dolor. Las verdaderas democracias deben, por tanto, defender a toda costa el mantenimiento de los principios libertarios sobre las que se crearon y, entre ellos, de los que nos permiten a todos mantener y defender toda clase de ideas y opiniones por muy cuestionables o rechazables que parezcan o nos puedan parecer a la mayoría, mientras no representen un ataque tan grave y evidente a otros valores que justifique y legitime su prohibición. No está de más, en consecuencia, terminar este breve estudio referido a la persecución penal del discurso del odio terrorista, recordando la tal vez vieja, pero no por ello menos actual y vigente frase, erróneamente atribuida a Voltaire, que decía “Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”. Esperemos que dicha frase guíe la política criminal futura en materia de terrorismo.*” GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros? *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 9, n. 1, p. 86-113, Brasília: Uniceub, abr. 2019, p. 111.

Nessas hipóteses, é intuitivo que em situações de dúvida quanto ao enquadramento de certas ações do servidor nos conceitos vagos descritos haja uma grande insegurança jurídica, sujeitando-o, por outro lado, a possível arbítrio por parte dos órgãos de controle, o que inclusive pode ter por móvel razões de perseguição pessoal que, infelizmente, são ingrediente comum na odisseia humana⁵⁵ (dê-se esta em cenário público ou privado).

Vale o registro de que até a finalização do presente estudo, o teor da instrução normativa acima citada não foi encontrado em área pública do sítio da Polícia Federal, o que dificulta o acesso ao inteiro teor da norma por seus destinatários, fato que, não sendo isolado quando se trata de acesso a tal tipo de informação, inclusive torna questionável a punibilidade do respectivo infrator quando ausente potencial consciência da ilicitude acerca da falta que lhe é imputada.

4.1 Códigos de conduta

Na ausência de ato normativo específico, outros órgãos elaboraram Códigos de Conduta trazendo parâmetros gerais de atuação dos servidores públicos em mídias sociais. Assim, por exemplo fez a CVM em novembro de 2023 com seu Guia de Conduta em Mídias Sociais, ou também a Embrapa com seu Manual de Conduta e Mídias Sociais do ano de 2012.

Ainda que desprovidos de força propriamente cogente, já que sua inobservância não implica desde logo sanção ao respectivo infrator, esse tipo de regulamentação (que poderíamos chamar de exemplo de *soft law* no âmbito do Direito Administrativo) traz orientações acerca do comportamento esperado dos agentes públicos vinculados a determinados serviços, e serve como parâmetro para criação de justas expectativas que devem ser atendidas por aqueles que estão subordinados a sua disciplina⁵⁶.

Tais códigos, pois, ao apontar para uma deontologia a ser praticada no dia a dia das repartições públicas, podem, desde que devidamente publicizados pelas autoridades competentes, inclusive via processos de formação voltados especificamente a tal finalidade, servir para emissão do juízo valorativo de certas condutas, isso por densificarem conceitos vagos previstos como faltas funcionais na legislação, tais como “conduta desleal” ou “ofensiva à moralidade administrativa”.

Caso que parece ilustrar bem a importância do assunto ora tratado deu-se junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, que puniu servidor sem a existência de norma específica a reger uma ação tida por faltosa, mas depois de celebrar termo de ajustamento no qual o agente foi plenamente cientificado da conduta vedada (manifestação político-partidária e postagem de notícias falsas em redes sociais). Como, apesar dessa advertência, houve reiteração do ilícito por parte do servidor, este foi punido com fundamento no Código de Ética dos Servidores do Tribunal (resolução 269/2018/TCE-RO)⁵⁷.

⁵⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar in BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021, p. 438.

⁵⁶ Sobre a importância dos Códigos de Conduta em estratégias de prevenção à corrupção, ver JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carlos P. R. da. Estratégias regulatórias de combate à corrupção in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 211-241, Brasília: Uniceub, abr. 2021, p. 217/218.

⁵⁷ <https://tce.ro.br/2023/01/11/corregedoria-geral-do-tce-suspende-servidor-publico-por-inobservancia-de-normas-de-conduta-em-redes-sociais/#:~:text=AtosTCE%2DRO-,CORREGEDORIA%20GERAL%20DO%20TCE%20SUSPENDE%20SERVIDOR%20P%C3%9ABLICO%20POR%20INOBSEV%C3%82NCIA,DE%20CONDUTA%20EM%20REDES%20SOCIAIS&text=O%20Corregedor%20DGeneral%20do%20Tribunal,auditoria%2C%20inspe%C3%A7%C3%A3o%20e%20controle%20externo.> Acesso em 25/02/2024.

5 Considerações finais

O presente ensaio, a partir de premissas dogmáticas do Direito Penal e especulações acerca de alguns postulados que deveriam, a nosso ver, reger o Direito Administrativo Sancionador, discutimos sobre a existência de uma garantia de tipicidade das infrações veiculadas no âmbito do direito disciplinar.

Por entendermos, com apoio em doutrina, que a função precípua da sanção (seja penal, seja administrativa) é desestimular uma conduta tida como lesiva ao bem-estar social, concluímos pela existência dessa garantia, já que ilegítimo o exercício da competência sancionatória estatal em situações nas quais ao agente acusado de um ilícito não seja dada oportunidade de plena ciência quanto ao espaço do seu agir lícito.

Ainda que a elaboração de tipos abertos revele-se como adequada à vista de determinadas circunstâncias e objetivos a serem alcançados pelas respectivas regras, isso não isenta a Administração de conferir densidade a esses tipos antes de exigir seu cumprimento sob pena de sanção por parte dos destinatários das suas normas.

Ao tratarmos das infrações disciplinares defendemos que essa densificação possa/deva ocorrer pela via regulamentar, nesta incluída os Códigos de Conduta, instrumentos que, apesar de destituídos de força cogente imediata, são aptos a estabelecer o padrão de conduta esperado dos servidores.

No que se refere ao problema específico da regulação do uso de mídias sociais por agentes públicos, sustentamos que esta deve ser apta a gerar previsibilidade para o seu público alvo, de modo que eventual punição seja fruto de uma conduta cuja ilicitude seja de conhecimento de seu autor, não podendo restringir desproporcionalmente direitos fundamentais, principalmente o de livre manifestação.

E tudo isso não afasta a garantia do posterior e eventual controle de legalidade da aplicação da pena, acaso desejado pelo servidor punido, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Aspectos Gerais Introdutórios da Nova LINDB *in* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. v. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BECHARA, Ana Elisa L. S.. *Bem jurídico-penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023 (e-book).
- BORGES, Ademar. O Crime de Terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 188, p. 19-57, São Paulo: RT, fev. 2022.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, trad. José Miguel Nanni Soares, São Paulo: Edipro, 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Em torno al derecho administrativo sancionador y la aplicabilidad de los principios del derecho penal *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*, p. 57-77, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade in ARA-GÃO, Alexandre S. de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, 2. ed., p. 22-57, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

CARMONA, Paulo Afonso C.; CARMONA, Flávia Nunes de C.. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre direito à imagem e às liberdades de expressão e informação in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 437-452, Brasília: Uniceub, dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A “atividade-ação” punitivo-disciplinar. Interatividade e complexidade entre ato, procedimento e processo administrativo in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 6, n. 2, p. 29-44, Brasília: Uniceub, out. 2016.

_____. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 690-709, Brasília: Uniceub, abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z.. *Direito Administrativo*, 31 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 198, p. 1/17, Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1994.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros? in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 9, n. 1, p. 86-113, Brasília: Uniceub, abr. 2019.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, 4 ed, São Paulo: Max Limonad, 1977.

GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar em face do princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 61, p. 143-160, São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v I, 6 ed, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carlos P. R. da. Estratégias regulatórias de combate à corrupção in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 211-241, Brasília: Uniceub, abr. 2021.

KOKKE, Marcelo; REZENDE, Élcio Nacur. Competência regulatória ambiental e princípio da legalidade in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 430-445, São Paulo: RT, 2023.

- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Da poluição e outros crimes ambientais na Lei 9.650/1998 in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 14, p. 9-19, São Paulo: RT, abr.-jun. 1999 (versão eletrônica).
- MARQUES NETO, Floriano de A.. Os grandes desafios do controle da Administração Pública in *Fórum de Contratação e Gestão Pública* □ FCGP, ano 9, n. 100, Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010 (versão digital).
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar in BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.
- MEGNA, Bruno Lopes. Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre Judiciário e Administração Pública na França e no Brasil in ALMEIDA, Fernando D.; ZAGO, Marina F. (coord.). *Direito Público Francês – temas fundamentais*, p. 363/380, São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 16 ed., São Paulo: RT, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade in *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*, n. 64, p. 145/152, São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2021.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – as sanções administrativas à luz da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 314-332, Brasília: Uniceub, dez. 2017.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5 ed, Madrid: Tecnos, 2016.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2015.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- REALE JR. Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal constitucionalizado in *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 1, p. 303-330, São Paulo: RT, jul. 2011.
- ROXIN, Klaus; ALAOR, Leite. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, São Paulo: RT, jan-fev /2015 (versão eletrônica).
- SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, p. 407, São Paulo: RT, mar.1996 (versão eletrônica).
- SALVADOR NETTO, Alamiro V.. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. Uma análise do delito de publicidade enganosa e abusiva (art. 67 da Lei 8.078/90) in *Ciências Penais*, v. 4, p. 322-344 São Paulo: RT, jan.-jun. 2006.
- TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.
- TORRES, Marcos Abreu; BURMANN, Alexandre. Lei de Crimes Ambientais, princípio da legalidade e a tipificação de infrações administrativas ambientais via resoluções do CONAMA in MORAES, Rodrigo

Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 303-316, São Paulo: RT, 2023.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização – análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina finalista*, trad. Luiz Regis Prado, 4 ed., São Paulo: RT, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.