



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

- O Decreto nº 60.106, de 29 de janeiro de 2014, do Governo do Estado de São

Paulo é inconstitucional -

*Toshio Mukai**

I. Notícia publicada no Valor Econômico – Legislação & Tributos intitulado

“São Paulo publica regulamentação da Lei Anticorrupção” assim se expressa:

“O governo do Estado de São Paulo publicou ontem a regulamentação da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846 (federal) de 2013, em vigor desde quarta-feira. Apesar de ser uma norma federal, caberá também aos Estados e Municípios fiscalizarem possíveis atos de corrupção cometidos por empregados de empresas, como o pagamento de propina a funcionário público ou combinar preços em licitações. Por essa razão, todos os entes federados deverão publicar suas respectivas normas de regulamentação (sic).

A lei federal estabelece multas pesadas e autoriza o Poder Público a aplicar penalidades de até 20% do faturamento bruto



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

anual das companhias envolvidas nas situações descritas na norma ou até R\$ 60 milhões em multas.

O Decreto nº 60.106 foi publicado no Diário Oficial do Estado de ontem (30.01.2014) e teve eficácia imediata”.

Esse Decreto é duplamente inconstitucional, porque, de um lado, toda e qualquer sanção administrativa só pode estar disciplinada em lei formal, em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da C.F. – *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*); de outro lado, a lei que contemple as infrações e sanções administrativas deverá ser aquela que o Poder Legislativo respectivo do Estado ou do Município aprovou. Não pode o Estado ou o Município atuar em matéria de sanções com base em lei aprovada pela União, que é o caso presente, posto que o agente estadual ou municipal que assim agir é incompetente, eis que a União, os Estados e Municípios são autônomos entre si (art. 18 da C.F.) e, por isso, não é dado ao Executivo Estadual ou Municipal aplicar uma lei sancionatória federal, pois as competências administrativas aí estariam sendo exercidas com violação ao regime federativo. Se, em virtude de cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, da C.F., *“não será objeto (sequer) de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado”*, quanto mais um simples decreto (decreto estadual que diz regulamentar uma lei federal, pasmem!).

II. Assim, o Decreto nº 60.106, do Governo do Estado de São Paulo, fere a cláusula pétrea pois abole a Federação, ao estatuir que:

“Art. 1º. Este decreto disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, de dispositivos da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, compreendendo os órgãos da Administração direta, as autarquias, as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e as empresas cuja maioria do capital votante seja detida pelo Estado.”

Eis aí a dupla inconstitucionalidade: a violação do princípio da legalidade e a quebra do regime federativo.

E não se diga que a Lei federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 seja uma norma geral federal, conforme dispõe o art. 24 da Constituição (competência concorrente), porque não é. Jamais uma sanção administrativa poderia ser considerada norma geral, posto que, por natureza, ela é norma específica, de aplicação em cada caso concreto, de acordo com as peculiaridades da infração respectiva. E, além disso, é da doutrina, como veremos, que toda infração administrativa e respectiva sanção tem que estarem previstas em lei formal,

lei essa proveniente do Poder Legislativo do ente federativo que vá aplicar as sanções.

Portanto já no seu título, o Decreto Estadual nº 60.106, de 2014 demonstra essa dupla inconstitucionalidade, quando diz: *“Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, de dispositivos da Lei federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.”*

III. Vejamos se a doutrina nos dá razão.

Segundo um dos autores que mais profundamente estudou o tema das sanções administrativas entre nós, que foi Fábio Medina Osório (Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, 2000), RINCÓN, José Suay, Sanciones Administrativas, Studio Albornotiana, Bolonia Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p.56, aponta quatro elementos fundamentais que compõem uma sanção: a) autoridade administrativas (elemento subjetivo); b) efeito aflitivo da medida em que exterioriza (elemento objetivo); c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica, d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

Mais à frente, Fábio Medina Osório desenvolve o subitem *“3.5.2 – A reserva de lei e as competências sancionadoras em matéria administrativa.”*

Diz: “*Em primeiro lugar, não há, neste campo, reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penalístico.*”

Consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrido os respectivos procedimentos sancionadores. Vigora aqui, uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que os demais Entes federados se admitem competências legislativos em matéria de Direito Administrativo Sancionador.

A competência para legislar diferencia, fundamentalmente, sanções administrativas e penais, visto que as infrações administrativas adquirem, aqui uma ampla configuração.

Claro que o Direito Administrativo pode ser chamado a intervir em domínios específicos, reservados aos Estados ou à União e, nesses casos sem dúvida que haverá restrições em termos de competências legislativas, consoante as divisões que se estabelecem na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas próprias leis”. (p. 205).

Outro excelente estudioso das sanções administrativas é Daniel Ferreira (Sanções Administrativas, Coleção Temas de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 2001).

No subitem 4.2.1. o autor referido desenvolve o tema “Necessária previsão em lei das sanções e das infrações administrativas – ou – As limitações do regulamento em matéria sancionadora”.

À p. 93, expõe o autor: *“Com razoável exatidão e segurança, portanto, nos é dado concluir que todo e qualquer ilícito, para assim ser reconhecido, deve estar necessariamente previsto, explícita ou implicitamente em lei. E se a conduta dessa ordem deve estar legalmente descrita, mister se apresentar do mesmo modo a respectiva sanção. Ou melhor dizendo:*

‘À legalidade repugna a norma administrativa definir como ilícito (proibido, portanto) comportamento permitido pelo silêncio da lei. Lembre-se que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

Logo não há como o decreto, ou, pior, o ato de escala inferior – prever infrações e criar sanções administrativas: ou vêm dispostas na lei ou inexistem no mundo jurídico”.

Mais à frente arremata o autor: *“Destarte, ‘regulamento ou disposição regulamentar cujo conteúdo crie ‘para os administrados, direitos, obrigações, deveres, restrições à liberdade, propriedade ou atividades que já não estejam contidas e indicadas em lei a ser regulamentada é nula por inconstitucionalidade” (Celso Antonio B. de Mello, Ato Administrativo..., cit. p. 102).*

E, por *“obrigação” reconheça-se um dever e seu não cumprimento um “ilícito”, ao passo que “restrição à liberdade, propriedade ou atividade,” há que subsumir o conceito de sanção”.* (p.100).

Finalmente, o autor aduz: *“Concluindo, onde houver agente ‘submissão’ do particular à Administração Pública somente poderá lei formal prever as infrações e cominar as respectivas sanções.”* (p. 100).

Quanto à utilização da Lei federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, é ela absolutamente inconstitucional porque violenta o regime federativo constitucional, insculpido no Art. 18 da Constituição: *“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.”*

E o § 4º do artigo 60 da C.F. traz a seguinte cláusula pétrea: *“Não será objeto de deliberação, a proposta de Emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado.”*

Se nem uma Emenda à Constituição Federal pode abolir o regime federativo em que vivemos, o que dizer de um simples decreto estadual, que manda aplicar no âmbito do Estado de São Paulo, uma Lei federal, inclusive com as sanções que agasalha?

Por fim, não se diga que a Lei federal nº 12.846, de 2013 é uma *“norma geral sobre sanções”*, porque tal norma geral simplesmente não pode existir porque sanção é norma geral simplesmente não pode existir porque sanção é norma de conteúdo específico e não geral. Cada ente federativo deve legislar em matéria de infrações e sanções para si e não tomar emprestado na legislação de outro ente federativo.

E também as sanções não podem ser normas gerais, porque não se constituem em matéria de competência concorrente.

Com efeito, o art. 24 da Constituição, que arrola as matérias de natureza concorrente, não contempla as infrações e sanções administrativas em



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

seus diversos incisos (de I a XVI), sendo que, quando contempla no inciso XI o procedimento em matéria processual, está apenas contemplando o iter e o conteúdo dos processos administrativos, e não as sanções.

Portanto, descabe incluir na expressão: “*no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*”, (§ 1º do art. 24) as sanções administrativas, porque estas não comportam competência concorrente.

Destarte, é insofismável que o Decreto nº 60.106, de 2014 do Governo do Estado de São Paulo é absolutamente (duplamente) inconstitucional.

* *Mestre e Doutor em Direito (USP).*

Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.