

Revista da

CCGU

ISSN 1981-674X

Outubro/2010

ANO V - Nº 8

Controladoria-Geral da União

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



Controladoria-Geral da União

Revista da CGU

**CONTROLADORIA-GERAL
DA UNIÃO / PR**

Brasília, DF
Outubro /2010

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto
Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano V, nº 8, Outubro/2010. Brasília: CGU, 2010.

120 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

S umário

Nota do editor.....5

Artigos

A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar.....8

Alexandro Mariano Pastore e Márcio de Aguiar Ribeiro

Medidas cautelares no processo administrativo sancionador: uma análise da possibilidade de suspensão cautelar do direito de uma pessoa licitar e contratar com a Administração Pública.....20

Luiz Henrique Pandolfi Miranda

Técnicas de mineração de dados como apoio às auditorias governamentais.....28

Carlos Vinícius Sarmiento Silva e Henrique Aparecido da Rocha

Eficiência, proporcionalidade e escolha do procedimento disciplinar.....40

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Utilização de pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia.....49

Lucimar Cezar Fernandes Silva

Auditoria de TI: proposta de modelo de implementação de auditoria de tecnologia da informação no âmbito da Secretaria Federal de Controle.....	60
--	----

Maíra Hanashiro

Corrupção na Administração Pública e crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.....	70
--	----

Paulo Roberto de Araújo Ramos

Legislação

Atos normativos.....	88
Legislação em destaque.....	91

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU - Acórdãos.....	96
Julgados recentes de tribunais – Acórdãos.....	98

A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar

Alexandro Mariano Pastore, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, advogado, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na Corregedoria Setorial do Ministério da Fazenda

Márcio de Aguiar Ribeiro, bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogado, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na Corregedoria Setorial do Ministério da Fazenda

Resumo

O presente artigo tem por finalidade expor análise sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, em especial destacando as fases processuais em que o postulado normativo se apresenta com mais intensidade. Para tanto, realizar-se-á breve incursão sobre a Teoria dos Princípios, identificando a grande mudança de paradigmas ocorrida no âmbito do mundo jurídico e a repercussão de tal mudança na doutrina e na jurisprudência que se debruçam sobre o Direito Disciplinar. Será, também, objeto do presente trabalho a análise das controvérsias correlatas ao tema, tais como conceito e peculiaridades do enquadramento administrativo, parâmetros de dosimetria da pena, pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União e recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

1. Introdução

O presente texto tem por finalidade tecer sucinta análise sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no curso do Processo Administrativo Disciplinar, dispensando especial atenção à forma em que ele se desenvolve e aos momentos oportunos da sua aplicação, em consideração às peculiaridades do processo disciplinar e a sua legislação de regência.

A atualidade do tema proposto justifica-se pelas profundas alterações ocorridas no âmago da Teoria do Direito, que, por meio de novos marcos, determinaram a superação do positivismo jurídico, trazendo para o centro das discussões a juridicidade dos princípios jurídicos, uma vez que as Constituições contemporâneas consagraram a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o

qual se estruturou o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Além das repercussões existentes no plano teórico, o tema abordado guarda especial relevância para as atividades correcionais desenvolvidas no âmbito da Administração Pública, bem como para as atividades jurisdicionais que têm por objeto o controle dos atos administrativos punitivos.

A atualidade do tema proposto justifica-se pelas profundas alterações ocorridas no âmago da Teoria do Direito, que, por meio de novos marcos, determinaram a superação do positivismo jurídico, trazendo para o centro das discussões a juridicidade dos princípios jurídicos, uma vez que as Constituições contemporâneas consagraram a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se estruturou o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Nesse sentido, o recorte temático do presente trabalho se debruçará sobre as discussões que envolvem o caráter vinculado da aplicação das penalidades capitais, nos casos previstos no artigo 132 da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, matéria que já foi objeto de pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União.

A título de exemplo, vale mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (Mandado de Segurança nº 13.523-DF), pelo qual foi declarada a ilegalidade dos pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia Geral da União, sob o entendimento de que a compulsoriedade da aplicação da pena de demissão, no caso das infrações previstas no artigo 132 da lei nº 8.112/90, contraria o disposto no artigo 128 do mesmo diploma estatutário, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Sendo assim, ao longo deste artigo, será defendido o argumento da plena aplicação do princípio da proporcionalidade, demonstrando-se, todavia, como as peculiaridades existentes no curso do processo disciplinar irão repercutir na forma como a norma principal será aplicada.

2. Breve contextualização sobre a Teoria dos Princípios

Para melhor entendimento do tema proposto, torna-se necessária uma concisa abordagem sobre a mudança de paradigmas ocorrida no âmbito da doutrina e jurisprudência, que se desapegam, cada vez mais, do conceito de legalidade estrita, para consagrar a

juridicidade dos princípios, ou seja, o reconhecimento de que eles, uma vez constitucionalizados, constituem-se chave de todo sistema normativo.

Antes, no entanto, convém percorrer brevemente o campo fecundo em que se desenvolveu a Teoria dos Princípios: o Neoconstitucionalismo.

Luiz Roberto Barroso¹ aponta que o Neoconstitucionalismo se arregimentou sobre três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra. No Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela insuflou.

No plano filosófico, destaca-se a corrente pós-positivista, que busca ir além da legalidade estrita (a decadência do positivismo está associada à derrota dos regimes fascistas e nazistas, que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade), empreendendo uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas e sem desprezar o direito posto. Possuem abrigo nesse paradigma a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras.

No plano teórico, três grandes transformações delinearam a nova aplicação desse ramo do direito: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da sua jurisdição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A juridicidade dos princípios, por sua vez, desenvolveu-se por meio de três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Segundo Paulo Bonavides², na fase jusnaturalista, os princípios habitavam esfera por inteiro abstrata, e a sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrastava com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. Apesar de dispensar relevância aos princípios, seus fundamentos teóricos se encontravam arraigados em um discurso predominantemente metafísico.

A segunda fase da teorização dos princípios é a positivista, momento em que os princípios passam a encontrar guarida nos Códigos Civistas como mera fonte normativa subsidiária, ou seja, eles têm por finalidade garantir o reinado absoluto da lei, e sua aplicação se restringe a suprir as lacunas legais: o princípio em função da lei.

Sobre o tema, Bonavides³ leciona que o *“juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”*.

A terceira fase, capitaneada, entre outros, por John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy, é a do pós-positivismo, que corresponde às atividades constituintes das últimas décadas do século XX, cujas constituições promulgadas aclamam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em baliza normativa dos novos sistemas constitucionais.

É nesse momento que se consolida a doutrina da normatividade dos princípios, segundo a qual os princípios são normas, as quais compreendem igualmente os princípios e as regras. Chega-se à máxima de que o princípio atua normativamente; é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida para o desdobramento judicial de um problema.

Quanto à diferenciação entre princípios e regras, pode-se afirmar que as regras possuem generalidade que se traduz na situação de ser ela fixada para um número indeterminado de fatos e atos; no entanto, a sua aplicação cinge-se a uma determinada e específica situação jurídica, o que traduz, dessa forma, uma aplicação hermética. Em outras palavras, a interpretação e a aplicação de regras partem de uma adequada verificação da subsunção do fato concreto à hipótese prescrita.

Os princípios, ao contrário das regras, não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem; não possuem eles próprios uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, se-

Os princípios funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.

não apenas fundamentos para que essa seja determinada. Os princípios funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.

Humberto Ávila⁴, destacando a lição de Alexy, informa o momento em que a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez: quando da comparação entre a colisão de princípios com o conflito de regras.

Para o notável doutrinador alemão, um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra, ou pelo menos se uma das regras for declarada nula. Juridicamente, segundo ele, o conflito é sempre resolvido no plano da validade: a norma vale ou não vale.

Com a colisão de princípios, a solução apresenta-se de maneira totalmente distinta. A colisão não se resolve com a determinação da retirada imediata de um princípio em relação a outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. O conflito de regras resolve-se na dimensão da validade; a colisão de princípios, na dimensão do valor.

Diante das considerações acima, percebe-se que os princípios, no âmbito da doutrina e jurisprudência contemporâneas, alcançaram o cume do ordenamento

jurídico, fornecendo para o sistema parâmetros interpretativos que poderão implicar a adaptação da leitura da norma infraconstitucional, para adequá-la ao postulado maior contido no princípio, ou, se tal adequação for impossível, até mesmo levar à necessidade de afastamento da regra legal por sua incompatibilidade com o mandamento superior.

3. Do princípio da proporcionalidade

O fundamento maior do princípio da proporcionalidade é a necessidade de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. O fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa, segundo Carvalho Filho⁵, que o *“Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido”*.

O fundamento maior do princípio da proporcionalidade é a necessidade de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, seguindo ensinamento de J.J. Canotilho, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Extraí-se das lições do mestre português que o princípio da adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução dos fins a ele subjacentes; o princípio da necessidade (ou da menor ingerência possível) coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível; e o princípio da proporcionalidade estrita expressa o sentido de justa medida, ou seja, meios e fins são equacionados perante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim colimado.

Apesar de o mencionado princípio não se apresentar de forma expressa e específica no texto constitucional, reconhece-se sua existência como norma implícita da Carta Maior, noção que se infere de outros princípios que lhe são afins, dentre os quais se acentua o princípio da igualdade, do devido processo legal (em sua acepção substantiva), da razoável duração do processo e da representação proporcional.

Vale mencionar que o critério de proporcionalidade se transformou em regra jurídica, por força do artigo 2º da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que impõe à Administração Pública obediência ao mencionado princípio, bem como a observância, no âmbito dos processos administrativos, dos critérios de adequação entre meios e fins, veda-

da a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

No âmbito específico do Processo Administrativo Disciplinar, estipula o artigo 128 da lei nº 8.112/90 que a autoridade competente, no momento de aplicação das penalidades disciplinares, deverá observar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Tal disposição legal é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como fundamento do princípio da proporcionalidade em matéria disciplinar.

Sobre o tema, aliás, José Armando da Costa⁷ adverte que *“a desobediência ao plano dosimétrico traçado pelas normas disciplinares não apenas afeta a justiça em sua expressão axiológica, como também estiola o finalismo perseguido pelo poder disciplinar, a saber: a normalidade do serviço público”*, concluindo que *“a punição desproporcional não configura apenas afronta de ordem moral, como também desacato à ordem jurídica constituída”*.

Percebe-se, portanto, que o princípio em tela realça o aspecto teleológico da punição disciplinar, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos determinantes, exigindo, ainda, que sejam eles adequados, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato punitivo atenda a sua finalidade pública específica. Considerando a sua qualidade de princípio constitucional, bem como seu amparo legal nos diplomas incidentes sobre o processo disciplinar,

conclui-se que tal instrumento normativo possui plena aptidão para acautelar, do arbítrio do poder, os cidadãos que se submetem aos procedimentos correccionais do Estado.

4. Enquadramento administrativo e parâmetros de dosimetria da pena: incidência concreta do princípio da proporcionalidade na seara disciplinar

Para a real compreensão do tema e uma delimitação mais precisa sobre os momentos em que os ditames da proporcionalidade serão efetivamente aplicados, cabe uma análise das peculiaridades existentes na legislação que rege o processo disciplinar, especialmente quanto às especificidades do enquadramento administrativo e às fases processuais que comportam um juízo de ponderação tendente a balizar a aplicação da medida punitiva.

No âmbito do Direito Penal, em razão das peculiaridades que envolvem a sua natureza punitiva – que, em grande parte, recairá sobre o mais precioso bem do cidadão (sua própria liberdade) –, sua dogmática se consolidou em torno do postulado da legalidade estrita e da tipicidade cerrada. Justamente pela possibilidade de que os efeitos da pena venham a incidir sobre o bem mais caro ao homem moderno é que os ilícitos penais são descritos de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo (descrição da conduta), quanto no aspecto subjetivo (seara do ânimo). Requer também a infração penal que haja, entre o tipo penal e a conduta do agente, a quase que absoluta correspondência.

Já o Direito Disciplinar, embora também seja uma sede do direito público punitivo, diferencia-se consideravelmente dos postulados da tutela penal, e, fazendo contraposição ao conceito de tipicidade penal, sua sistemática punitiva se estruturou ao redor do conceito de enquadramento administrativo.

O enquadramento administrativo, ao invés de lançar mão de processo criterioso para a elaboração de tipos cerrados, em que todos os aspectos relevantes da conduta devem estar presentes no texto legal, é elaborado por meio de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica, concebidas propositadamente em termos amplos, para abranger um maior número de casos. É a aplicação no Direito Disciplinar dos conceitos jurídicos indeterminados.

Outro não é o entendimento da Controladoria-Geral da União⁸, ao dispor em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar que, na *“sede disciplinar, não se trata de buscar a única definição legal em que o ato se amolda, mas sim de identificar, dentre algumas definições legais porventura cabíveis, aquela que melhor a conduta se adequa. Um determinado ato irregular em sede administrativa, à vista de diferentes enquadramentos em que a priori ele se encaixa, deve ser enquadrado naquele que melhor o comporta, tendo em vista o fato objetivo e, sobretudo, o ânimo subjetivo do servidor”*.

Essa peculiaridade do enquadramento administrativo propicia campo fértil para a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, uma vez que impõe que o aplicador analise de forma

mais qualificada o caso concreto, em todas as suas particularidades e condicionantes relevantes, antes de enquadrá-lo nas hipóteses generalistas do texto legal.

Considerada tal premissa, analisar-se-á o itinerário procedimental previsto em lei, identificando-se, por conseguinte, em quais momentos processuais ocorrerá a manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

O primeiro momento corresponde à reação da autoridade administrativa que tiver ciência de irregularidade no serviço público. Segundo o artigo 143, *caput*, do Estatuto dos Servidores Públicos, é dever dessa autoridade promover a imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar. Esse momento processual corresponde ao juízo de admissibilidade, análise prévia em que a autoridade competente levanta os elementos acerca da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar.

Nesse juízo de ponderação, concentra-se a primeira aplicação dos critérios de proporcionalidade, que poderá implicar a escolha do procedimento adequado (se processo disciplinar ou sindicância), ou, até mesmo, o arquivamento sumário da denúncia. *Cabe reconhecer, pois, que o juízo da instauração de medida correccional traz consigo o juízo de proporcionalidade, precário muito embora.*

Superado o juízo de admissibilidade e encerrada a instrução probatória, recai a análise sobre a indicição, correspondente ao segundo momento de análise

da proporcionalidade, que medeia a instrução e o relatório final da comissão. É o instrumento de acusação formal do servidor, refletindo a convicção preliminar da comissão de que ele cometeu a irregularidade apurada. Apesar de ser uma convicção preliminar e, portanto, sujeita a mudanças, a indicição representa uma avaliação madura em torno da culpa do servidor, à luz de todas as provas e fatos reunidos nos autos, depois de devidamente esclarecido o quadro fático, com a realização dos atos processuais instrutórios pertinentes.

A indicição delimitará a matéria fática envolvida no exame da responsabilidade disciplinar do acusado, os fatos considerados infrações funcionais e seu respectivo enquadramento legal, fixando os limites da acusação e da defesa. Percebe-se, portanto, que nessa fase ocorrerá a formalização do primeiro juízo envolvendo o enquadramento administrativo dos fatos apurados, trazendo consigo todas as peculiaridades de sua sistemática que foram elucidadas em linhas pretéritas. Assim, a comissão, diante de determinado ato noticiado irregular, à vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* ele se encaixe, deve enquadrá-lo naquele que melhor o comporte, tendo em vista todas as circunstâncias que envolvam o caso, tais como agravantes, atenuantes, antecedentes funcionais, ânimo do servidor, dentre outros. *O que é isso senão a aplicação concreta de um juízo de proporcionalidade?*

O terceiro momento é caracterizado pelo *relatório final* da comissão processante (artigo 165), peça de caráter dialético, em que as provas colhidas durante a instrução (inquérito), embasadoras da indicição, são conjugadas com os

argumentos da defesa escrita ofertada pelo acusado, os quais poderão ser acolhidos ou refutados pela comissão, que deverá se posicionar conclusivamente quanto à inocência ou responsabilidade do servidor acusado.

Nesse íterim procedimental, o juízo de proporcionalidade se apresentará com mais assertividade do que na anterior fase de indicição, afinal trata-se de relatório circunstanciado do que se apurou no processo, contendo, inclusive, exame e apreciação detalhada de todos os argumentos da defesa escrita, demonstrando-se que o acusado teve suas alegações levadas em consideração. Tal feição dialética facilitará a análise e a aplicação dos critérios de proporcionalidade, uma vez que o posicionamento do conselho instrutor poderá ser corroborado com os argumentos esgrimidos pela defesa.

Nessa oportunidade, quando a comissão é legalmente obrigada a enquadrar o fato, faz-se necessário que ela aplique os parâmetros do artigo 128 da lei nº 8.112/90, dispositivo que fundamenta a adequabilidade da punição sugerida, para que a justa medida seja observada no caso concreto.

Aliás, é este o entendimento consagrado pela Controladoria-Geral da União⁹:

"A rigor, os parâmetros do art. 128 da lei nº 8.112, de 11/12/90, atuam apenas de forma horizontal, qualificando a pena para um enquadramento já definido – ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado e de atuar verticalmente na definição do enquadramento. Todavia, como aquela lei

contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível e esses dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em consideração todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc.), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e nesse rumo concluir o seu relatório.”

Não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade assume, nessa fase processual, relevância de primeira grandeza e aplicabilidade integral.

O quarto momento, clímax da apuração, é o julgamento, em que a autoridade competente decidirá administrativamente entre a inocência e a responsabilidade do servidor e, nessa última hipótese, sugerirá a extensão da pena aplicável, à luz da Lei 8.112/90.

Esse é, sem dúvida, o momento em que o juízo de proporcionalidade se apresenta de forma mais intensa e em que, a depender do exame da autoridade, será o servidor simplesmente ino-centado ou apenado.

Se for apenado, pode a decisão administrativa espelhar a sugestão da co-

missão processante, bem como atenuá-la ou mesmo agravá-la, desde que fundamentadamente.

Nesse momento, a importância do princípio da proporcionalidade aflora em toda a sua dimensão (embora não mais seja do que o desenvolvimento do juízo que se foi formando ao longo da apuração). Julga a autoridade competente com liberdade, limitada pelo acervo probatório coligido durante a fase instrutória. Não se vincula nem à indicição nem ao relatório final da comissão processante (artigo 168, parágrafo único), mas às provas dos autos que valorar.

Após essas considerações, passa-se a enfrentar a situação que ensejou a elaboração deste estudo, qual seja, o aparente conflito entre, de um lado, a obrigatoriedade de aplicação de pena de demissão, tal qual propugnado pela Administração Pública Federal por meio da sua Advocacia, e, de outro, a exigência de dosimetria e proporcionalidade no Direito Disciplinar, tal qual reclamado na doutrina pátria e na recente tendência jurisprudencial trazida à baila na Introdução.

Eis o teor dos assemelhados pareceres da Advocacia Pública Federal postos em cheque:

“PARECER N° GQ-177 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93)

- Ementa: *Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato...”*

“PARECER Nº GQ-183 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93)

- Ementa: *É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*”

Em relação aos documentos acima, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, posicionou-se, por unanimidade, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nestes termos:

“São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.”

Observa-se que a controvérsia se erige em torno da obrigatoriedade da aplicação de pena de demissão, nos casos em que o julgamento concluir pela responsabilização de servidor com fundamento num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

Como visto, postam-se a doutrina e os tribunais contrariamente a essa orientação ventilada pela Advocacia-Geral da União, por entendê-la refratária aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Se, por um lado, seguir cegamente os opinativos poderia importar automa-

tismo, esvaziando o juízo que necessariamente integra e caracteriza o processo administrativo disciplinar, por outro, também se pode afirmar que obterem-se de forma acrítica o conteúdo judicial acima equivaleria a relativizar o efetivo exercício do Direito Disciplinar, acarretando punições divergentes para infrações similares, expondo a matéria correcional à insegurança jurídica e a alegações de arbitrariedade.

Nesse passo, importa verificar se estão realmente em testilha os dois entendimentos, ou se seria possível, de alguma forma, lançar luz sobre a questão, buscando conciliá-los.

Nesse sentido, durante o percurso do processo administrativo disciplinar, o juízo de proporcionalidade assoma, pelo menos, em quatro momentos, já comentados, indo desde a fase anterior à instauração (juízo de admissibilidade) até o desfecho processual (julgamento).

Assim, a obrigatoriedade esposada pela Advocacia-Geral da União necessita ser considerada em seu momento processual exato, que é posterior às etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade, jamais sucedânea.

Explica-se: a obrigatoriedade de aplicação de pena de demissão, encarada como lei natural definida pela causa (a conduta apurada) e pelo efeito (a punição), só se verificará caso, posteriormente ao juízo de proporcionalidade, a autoridade julgadora se convencer, com base na prova dos autos, de que a conduta sob exame se enquadra num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

É, pois, necessário insistir: o juízo de proporcionalidade que se insere em todo itinerário processual não fica, nem poderia ficar, afastado pela obrigatoriedade de aplicação de determinada pena em face de certa conduta censurável.

Assim, a incidência do princípio da proporcionalidade e a consequente dosimetria da pena estão presentes na própria determinação do enquadramento (indiciação, relatório final e julgamento) e, uma vez que este corresponda à hipótese de determinada pena, aí sim se mostrará necessária e compulsória a aplicação dessa medida punitiva.

A escolha de determinado enquadramento para dada conduta não é arbitrária, é consequência da valoração dos atos e fatos do caso concreto, a qual deve levar em conta a natureza, a gravidade, o risco ou o prejuízo envolvidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Uma vez definido o enquadramento que se amolda com mais perfeição ao caso sob apuração, então compulsória será a aplicação da pena correspondente.

Não obstante, certa fluidez há para aplicação entre as penas de advertência e de suspensão, conforme quer a Lei (arts. 129 e 130 da Lei 8.112/90), bem como para graduação do prazo desta (a suspensão varia de um a noventa dias).

Já a pena de demissão, à semelhança da de advertência, não comporta essa matização (escalonamento em dias) – o que, evidentemente, não significa desprezar, para sua aplicação, a proporcionalidade, a dosimetria, que lhe é antecedente.

A escolha de determinado enquadramento para dada conduta não é arbitrária, é consequência da valoração dos atos e fatos do caso concreto, a qual deve levar em conta a natureza, a gravidade, o risco ou o prejuízo envolvidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

É que a demissão, tal qual a advertência, só comporta um juízo absoluto, podendo apenas ser devida a punição ou não (culpado ou inocente).

A pena de suspensão, que é contada em dias e pode ser convertida em multa, é espécie de sanção em que cada circunstância, cada detalhe, por mais insignificante que pareça no conjunto do julgamento, pode influir na sua fixação e, por isso, é a que mais se assemelha à sanção penal.

De outra sorte, como afirmado, são as penas de advertência e demissão, que só admitem ser impostas ou não, não se admitindo gradação ou meio termo.

Conclusão

O Neoconstitucionalismo é o terreno em que se desenvolveu a Teoria dos Princípios, que passaram a ser mais valorizados, mercê do reconhecimento da

sua juridicidade, o que implicou conceituá-los, ao lado das regras, como normas jurídicas.

Dentre os princípios, o da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais destaque, decompondo-se em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Convertido em regra pelo artigo 2º da Lei 9.784/99, sua incidência e aplicação devem ser reconhecidas também no Direito Disciplinar, matéria enfrentada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do mandado de segurança nº 13.523-DF, julgou ilegais os pareceres QG 177 e QG 183, da Advocacia-Geral da União, em razão de suposta afronta ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena (dosimetria).

Os opinativos atacados pela decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmam a obrigatoriedade de aplicação de pena expulsiva para responsabilização de servidores, quando fundamentada em um dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Este trabalho buscou demonstrar como os entendimentos aparentemente antagônicos podem ser conciliados, mediante análise mais aprofundada dos momentos e das formas de aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar.

Com isso, evidenciou-se que a orientação da Advocacia Pública, quando bem assimilada, não contraria nem a Lei nem os princípios jurídicos, de modo que o princípio da proporcionalidade

deve ser dividido em pelo menos quatro momentos durante o procedimento disciplinar (previamente à instauração, à indicição, ao relatório final e ao julgamento).

Por fim, considerou-se a natureza das principais penas disciplinares (advertência, suspensão e demissão), apontando a diferença entre a de suspensão e as outras duas, por ser a única delas que admite gradação e fixação em dias, à semelhança da sanção penal tradicional.

Referências Bibliográficas

- (1) BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. 2007.
- (2) BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 24ª edição. 2009. p. 259.
- (3) Ob. cit., p. 262
- (4) ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, VI, nº4, 2001.
- (5) CARVALHO FILHO, José dos santos. Manual de Direito Administrativo. Lumen Juris. 19ª Edição. 2008. p. 33.
- (6) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. 26ª Edição. 2009. p. 111.
- (7) COSTA, José Armando da. Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. Editora Fórum. p. 8.
- (8) Controladoria-Geral da União. Manual de Processo Disciplinar. p. 293.
- (9) Idem, p. 418.