


Revista da

# CGU

ANO VI  
Julho/2011  
ISSN 1981-674X

*Edição Especial - Direito Disciplinar*

**CONTROLADORIA - GERAL  
DA UNIÃO / PR**

The cover features a black and white photograph of a modern building with a prominent grid facade. Overlaid on the bottom left is a circular graphic with concentric rings, a central globe, and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is printed in bold, black, sans-serif font on the building's facade.



Controladoria-Geral da União

**Revista da CGU**  
Edição Especial - Correição

Brasília, DF  
Julho /2011

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-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

**José Eduardo Elias Romão**  
Ouvidor-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](http://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 Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

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

ISSN 1981- 674X  
CDD 352.17

# umário

---

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar ..... 14

*Alessandra Lopes de Pinho*

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil ..... 27

*Alan Lacerda de Souza*

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão ..... 37

*Ana Cláudia de Moraes*

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

*André Luís Schulz*

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

*Darcy de Souza Branco Neto*

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

*Débora Queiroz Afonso*

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

*Eduardo Athayde de Souza Moreira*..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar.....	107
<i>Emília Cássia de Sousa</i>	
O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....	129
<i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>	
Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....	140
<i>Fernando Toledo Carneiro</i>	
O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....	150
<i>Ivo de Souza Borges</i>	
Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....	160
<i>José Olímpio Barbacena Filho</i>	
Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....	171
<i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>	
A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....	185
<i>Marcelo Pontes Vianna</i>	
O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?.....	199
<i>Maria do Rosário Ferreira</i>	
O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....	212
<i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>	
A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....	224
<i>Maxwell Novais Oliveira</i>	

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

# Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão

*Débora Queiroz Afonso*, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, ampliou-se a tendência ao controle jurisdicional da Administração, priorizando os direitos e garantias perante o poder público. Como consequência, vislumbra-se a indicação de mais parâmetros de controle da atuação discricionária da Administração.

Este trabalho objetiva contribuir para o aprimoramento do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, ao analisar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares que possam culminar na aplicação da penalidade de demissão, em face do Estado Democrático de Direito que rege nossas instituições.

Para tanto, pretende-se abordar de forma breve a evolução, o desenvolvimento da Administração em face dos modelos de paradigmas de Estado, com enfoque no Estado Democrático de Direito.

A partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, passa-se a verificar a temática do poder disciplinar e a conceituar os termos mais significativos que permeiam o caráter interdisciplinar do tema, examinando, ainda, o direito positivo envolvido na questão.

O estudo também buscará o aprofundamento na compreensão e apreensão das diferentes correntes teóricas do Princípio da Proporcionalidade para assegurar direitos fundamentais, costurando os seus conceitos e pressupostos com a questão abordada, além de avaliar a sua pertinência para análise do



ordenamento disciplinar da Administração Pública.

Analisar a temática proposta pode contribuir para um debate sobre o posicionamento da Administração em relação à condução dos processos administrativos disciplinares – em especial, a análise da adequação das penalidades impostas, valendo-se do princípio da proporcionalidade, com crescente aceitação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pela doutrina brasileira, contribuindo para a discussão da revisão do contexto legal, de forma que os processos disciplinares conduzidos pela Administração adotem a justa medida em seu desfecho, sem o cometimento de excessos.

## **1. A aplicação da penalidade de demissão no contexto do Estado Democrático de Direito**

Antes de abordar especificamente o estudo do princípio da proporcionalidade como alternativa para viabilizar a utilização da técnica de ponderação em Processos Administrativos Disciplinares cuja penalidade indicada seja a demissão, é necessário um entendimento prévio do contexto em que o referido princípio vem sendo invocado no Estado Democrático de Direito.

Segundo Menelick, o Estado Democrático de Direito, estágio em que se encontra grande parte das sociedades, juntamente com o Estado Liberal ou Estado de Direito e o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, são os três grandes paradigmas constitucionais da modernidade, que representam dife-

rentes modelos de desenvolvimento do Estado ao longo da história.

O primeiro grande paradigma constitucional da modernidade, o Estado de Direito ou Estado Liberal, rompe com o paradigma medieval, trazendo, pela primeira vez, a noção de que todos os homens são iguais, livres e proprietários, podendo fazer tudo que não estivesse proibido em lei. O Estado garantiria o livre curso da sociedade civil, concentrando na ordenação econômica da sociedade, entregue à autorregulação.

Após a I Guerra Mundial, esse modelo começa a declinar. A ideia de Estado mínimo levou a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes, a partir da exploração do homem pelo homem. Surge o Estado Social ou do Bem-Estar Social, em que novos direitos e formas de exercício são agregados à essência das constituições liberais. Sua essência é a ideia de compensação, e ao Estado caberá essa tarefa.

### **1.1. A atuação da Administração no contexto do Estado Democrático de Direito**

Ao longo da década de 1970, com o crescente endividamento do setor público, o Estado Social entrou em crise, e surge o paradigma do Estado Democrático de Direito, trazendo novos tipos de Direito, chamados de última geração, a partir do aumento na complexidade das relações sociais: direito ambiental, de minorias, do consumidor, etc. Nele, o público deixa de ser visto como estatal, e o privado, como egoísta. A sociedade, complexa, necessita de organizações que defendam interesses públicos contra o

Estado privatizado, empresário, inadimplente e omissor. A ênfase desse novo paradigma será atribuída à ideia de cidadania, compreendida como um processo de participação ativa da sociedade, que luta por seus direitos e zela por sua eficácia.

Habermas ressalta que esses direitos só adquirem sua eficácia plena quando os envolvidos possuem informação suficiente sobre eles e são capazes de proteger seus direitos por meio dos direitos fundamentais de justiça. São cidadãos politicamente ativos, que buscam tratamento igualitário para os iguais e tratamento diferenciado para os diferentes.

Nesse paradigma, as esferas do público e do privado são encaradas como complementares. O privado é revalorizado, resgatando a autonomia e a liberdade. O direito privado passa a ter espaços regulamentados por lei, e o público adquire possibilidade de argumentação.

Essa mudança de foco é refletida principalmente no direito administrativo. As esferas de poder administrativo, que antes mantinham relações autoritárias com seus clientes, agora mantêm relações que obrigam os dois lados, e são controladas pelos tribunais. A Administração utiliza-se do princípio da proporcionalidade e de cláusulas que atenuam exigências excessivas.

Canotilho defende que o Estado de direito é aquele que agrega princípios e valores que conduzam a uma ordem humana de justiça e paz. Eles estariam refletidos na liberdade, na segurança, na igualdade, na responsabilidade e na responsabilização para os detentores do

poder, e na proibição de discriminação de indivíduos e grupos. Acrescenta que, atualmente, a forma mais adequada para envolver esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito seria o Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado. Esse Estado possui as seguintes dimensões essenciais:

- O Império do direito, em que todos, Estado e particulares, devem cumprir as normas;
- Direitos fundamentais constitucionalizados;
- Princípio da justa medida, em que há a proibição de excessos;
- Princípio da legalidade da administração. Toda a administração deve obedecer à lei, sendo proibida qualquer atividade que não esteja vinculada à lei;
- O Estado é responsável por danos incidentes na esfera jurídica dos particulares;
- Acesso ao direito garantido de várias formas além dos tribunais;
- Segurança e confiança às pessoas, por meio da fiabilidade, racionalidade e transparência.

## **1.2. A interpretação/aplicação do Poder Disciplinar da Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito**

Poderes administrativos são prerrogativas de autoridade da Administração Pública, conferidas aos entes e órgãos públicos, para serem utilizadas na realização do bem público. Tais poderes, inerentes à Administração, possibilitam sobrepor o interesse público ao interesse privado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece que o vocábulo **poder** se trata de poder-dever, pois os poderes da Administração são irrenunciáveis, obrigando-a a agir quando necessário.

Poder disciplinar é a prerrogativa da Administração de apurar fatos que caracterizem ilícito administrativo e aplicar penalidades pela prática de infrações funcionais a servidores públicos, não abrangendo eventual sanção imposta a particular.

Os poderes hierárquico e disciplinar são correlatos, andam juntos, mas não se confundem. No exercício do poder hierárquico, a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; já no uso do poder disciplinar, ela controla o desempenho dessas funções e a conduta de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas. O poder disciplinar almeja o aperfeiçoamento progressivo do serviço público, na medida em que zela pela qualidade e efetividade do serviço público prestado.

Outra característica do poder disciplinar é seu caráter discricionário, em que o administrador, baseado nos deveres do infrator em relação à função que deveria desempenhar, e verificando a falta cometida, aplicará, pautado em critérios de conveniência e oportunidade, a sanção que julgar cabível, dentre as que estiverem enumeradas em lei.

Reforçando esse entendimento, Di Pietro afirma que a Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, ao ter conhecimento da falta praticada pelo servidor, necessária será a devida apuração e, conseqüentemente, a aplicação da pena cabível. A

discricionariedade do poder disciplinar existe limitadamente e se encontra na liberdade de ação que a lei dá à Administração. Restringe-se à escolha da penalidade entre as demais possíveis e à gradação da pena disciplinar tão somente, ou seja, a Administração, à luz do caso concreto, escolhe e gradua a pena disciplinar cabível, conforme a maior ou menor gravidade da falta ou a natureza da pena.

Ademais, o exercício do poder disciplinar pressupõe observância do Devido Processo Legal, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, reconhece que o poder disciplinar tem de ser exercitado dentro dos limites do Estado Democrático de Direito.

## 2. O Poder disciplinar da Administração e a penalidade de demissão do servidor público

O Estado contemporâneo, diante da complexidade da sociedade, converteu-se em um poderoso instrumento de transformação social. As tarefas desse Estado são viabilizadas por meio da Administração Pública, que age por intermédio de seus agentes, os servidores públicos. Dessa forma, a qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo Estado advêm diretamente da forma de atuação desses servidores, que são pessoas humanas e sujeitas a falhas e impulsos que podem alterar tanto a qualidade como os objetivos dos serviços prestados.

Com o propósito de garantir a devida prestação dos serviços públicos, o Estado possui normas de caráter disci-

plinar, visando o cumprimento regular dos deveres por parte dos servidores. Quando acontecem transgressões por parte do servidor, a Administração Pública, em razão do cometimento de infrações de natureza funcional, impõe a este uma sanção disciplinar.

A sanção ou pena disciplinar tem basicamente duas funções: a preventiva, que faz com que o funcionário se abstenha de transgredir as normas disciplinares; e a repressiva, que busca a reprimenda administrativa, uma vez configurada a infração administrativa.

No âmbito do Poder Executivo Federal, são passíveis de serem aplicadas as seguintes penalidades: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

A demissão, mais rigorosa, é pena expulsiva, que retira, forçosamente, o servidor de seu cargo e o impede de assumir, de forma temporária ou definitiva, cargos públicos.

## **2.1. Poder Disciplinar e a penalidade de demissão a partir da Lei nº 8.112/90 e da Constituição Federal**

Embora desfigurado pelas constantes e variadas alterações sofridas por seu texto original, o chamado Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, instituído pela Lei nº 8.112, de 11.12.90, continua sendo, no âmbito da administração federal, o mais importante instrumento regulador das atividades do servidor público em toda a sua trajetória funcional.

Cuida esse diploma legal, dentre outras questões, dos deveres e proibições do servidor, estabelecendo, quando caracterizado o exercício irregular das atribuições que lhe são cometidas, regras e procedimentos próprios para a aplicação de penalidades administrativas.

A Lei nº 8.112/90 dispõe, em seu artigo 132, sobre as variadas situações em que o servidor poderá vir a ser apenado com a sanção de demissão, sendo que o inciso XIII traz, como possibilidade de aplicação da penalidade demissão, a transgressão aos incisos IX a XVI do art. 117.

Ademais, em seu artigo 128, a mesma lei alerta que, na aplicação das penalidades, serão consideradas 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, sem expressar ou definir quais seriam os agravantes, tampouco os atenuantes.

A própria Lei nº 8.112/90 institui, em seu “Título V – Do Processo Administrativo Disciplinar”, que a responsabilidade do servidor por infrações praticadas no exercício de suas funções será apurada mediante processo específico, detalhado em seus artigos 143 a 182. A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, será subsidiária à Lei 8112/90, sempre que esta for omissa.

Ressalte-se que a Lei nº 9.784/99, em seu art 2º, indica que os feitos administrativos serão informados pelos

princípios constitucionais, acrescidos dos preceitos infraconstitucionais da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público.

A Constituição Federal de 1988, base de nosso ordenamento jurídico, consiste na fonte norteadora do processo administrativo disciplinar. Nela se destacam os artigos, 5º, 37 e 41, referentes a direitos e garantias individuais e coletivos, princípios reitores da administração e servidores públicos civis, como preceitos básicos aplicáveis ao processo disciplinar. O art. 41, § 1º, estabelece que o servidor público estável só perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.

Há outros institutos, disciplinados no art. 5º da CF, que repercutem no processo administrativo disciplinar. O Devido Processo Legal (due process of law) impede a aplicação de penalidade a servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração.

A garantia constitucional da ampla defesa proporciona ao acusado os direitos gratuitos de ser notificado da existência do processo, ter acesso aos autos, participar da formação de provas e vê-las apreciadas, manifestar-se por último, ter defesa escrita analisada antes da decisão, julgamento fundamentado e motivado, e dele ter ciência. Tem-se a presunção de inocência do servidor até o julgamento do processo, com o ônus da prova a cargo da administração.

A garantia constitucional do contraditório significa, para o acusado, ter

ciência das provas juntadas aos autos e poder contestá-las, caso deseje, estabelecendo uma relação bilateral, preferencialmente colaboradora, com a elucidação da verdade.

## **2.2. Poder Disciplinar e a penalidade de demissão: visão da doutrina tradicional**

Segundo José Armando da Costa, o ato de individualização da pena deve ser sopesado de algumas circunstâncias que poderão atenuar ou agravar a penalidade a ser imposta. Essas circunstâncias são capazes de alterar substancialmente a natureza da pena a ser concretamente imposta. O atual regime disciplinar do servidor público federal, a lei nº 8.112/90, trata de modo muito genérico tais circunstâncias. Essa generalidade, associada ao princípio da proporcionalidade, permite que se levem em conta circunstâncias como a relevância dos serviços prestados e o fato de a falta ter sido cometida para evitar um dano maior.

Dentre as circunstâncias que o referido autor considera como principais atenuantes estão os bons antecedentes do servidor, a relevância de seus serviços prestados, a possibilidade de evitar que um mal maior ocorra e os elogios escritos recebidos pelo servidor.

Vinicius de Carvalho Madeira defende que, em casos cuja penalidade sugerida seja a demissão, em busca de se evitar injustiças, ou não se abra o processo, ou se enquadre o servidor em um dispositivo outro, diferente das hipóteses dos art. 132 da Lei nº 8.122/90, que possibilite a aplicação de uma pena mais branda. Destaca que o princípio da

proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.

Antônio Carlos Alencar Carvalho entende que a autoridade julgadora não pode atenuar a penalidade de demissão para a aplicação de uma pena mais branda. Também admite a possibilidade de retipificação dos fatos. Acrescenta que, mesmo presentes as circunstâncias atenuantes citadas no art. 128 da Lei nº 8.112/90, a aplicação da penalidade de demissão não ofende o princípio da proporcionalidade, diante da gravidade da conduta do servidor.

### **2.3. Posicionamento da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União em relação à aplicação da penalidade de demissão: uma visão institucional**

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União (CGU), apoiado em manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), indica que, uma vez configurado o ilícito disciplinar, a pena é vinculada, não cabendo à autoridade julgadora decidir de forma diferente, perdoar, compor ou transigir, aplicando algum tipo de pena alternativa.

Essa vinculação comporta ponderação, sendo absolutamente inafastável para as penas expulsivas, como a demissão. Uma vez configurada hipótese de aplicação de pena expulsiva, não há espaço legal para que a autoridade julgadora atenuar para suspensão ou advertência, em que pesem todos os

atenuantes que o servidor possa ter para o fato. Tal entendimento se encontra amparado no Parecer-AGU nº GQ-177, da AGU, de caráter vinculante. Também não há previsão legal para que se agrave a aplicação de advertência ou de suspensão, mesmo com todos os agravantes que o servidor possa ter para o fato.

Quanto ao art. 128 da Lei 8112/90, que indica a aplicação de penalidades levando em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes e os antecedentes funcionais do servidor, o entendimento da CGU é o de que a autoridade julgadora pode graduar entre a aplicação de advertência ou suspensão, ou graduar a quantos dias o infrator será suspenso. Tal entendimento também encontra alicerce em orientação vinculante da AGU, Parecer-AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres-AGU nº GQ-140 e 167).

Essa posição é reforçada no item “4.10.2.5.1 - Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas”, em que o autor ressalta que, para a aplicação de penas expulsivas, há a necessidade de conduta dolosa, exceto nos casos em que o servidor procede de maneira desidiosa. Destaca-se ainda que, uma vez configurado o cometimento de alguma dessas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade julgadora não dispõe de margem de discricionariedade para abrandar a pena. As penas de demissão e de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade não se comunicam com advertência e suspensão, dentre as quais até cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se todas as condi-

cionantes, para se julgar qual das duas penas é mais justa.

Dessa forma, mesmo com a recomendação expressa no art. 128 da Lei 8112/90 de consideração de circunstâncias atenuantes e agravantes, observa-se que, em casos de penas expulsivas, tal recomendação não deve ser seguida.

Cumprido ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, a despeito do entendimento da Controladoria-Geral da União, em decisão recente, no MS 13.523, firmou entendimento de que os pareceres GQ 177 e GQ 183 são ilegais, por contrariarem “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”.

Tal decisão abre margem para novos debates sobre o tema, como o presente trabalho.

#### **2.4. Perplexidades a partir das revisões judiciais de penalidades de demissão: problemas de interpretação ou aplicação do direito?**

Em princípio, apenas os elementos vinculados do ato administrativo – competência, finalidade e forma – poderiam ser analisados pelo juiz, inexistindo margem nesses elementos para discricionariedade do administrador. Ao Judiciário estaria vedada a análise do mérito administrativo, posto que o juízo de oportunidade e conveniência do ato caberia somente à Administração. O administrador seria o mais propenso a avaliar a realidade e decidir sobre a oportuni-

de e conveniência da prática de um ato administrativo.

Essa é a posição tradicional em relação ao escopo do controle judicial dos atos administrativos. Especificamente em relação à matéria disciplinar, o Judiciário, até um passado recente, entendia que o mérito do ato disciplinar não poderia ser apreciado judicialmente.

Entretanto, um novo paradigma vem se estabelecendo na jurisprudência brasileira. Atualmente, o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou a reconhecer que a análise dos atos disciplinares não se restringe aos pressupostos de legalidade e legitimidade, admitindo ser possível avaliar seu mérito.

Acompanhando o constitucionalismo moderno, o STF tem modificando o entendimento da matéria, como no Recurso em Mandado de Segurança RMS 24669/DF, em que o relator Ministro Eros Grau sugeriu a cassação do ato que demitiu servidor público, indicando que **“o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”**, uma vez que fora apresentado motivo inválido em face das provas apresentadas nos autos.

Na mesma esteira, o STJ não mais se limita a examinar somente os aspectos extrínsecos da administração, ampliando sua área de atuação, no sentido de coibir arbitrariedades, em regra, praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade. Um exemplo é o Mandado de Segurança Nº 10.827-DF,



relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, em que o servidor havia sido demitido por conduta ilícita que resultou em prejuízo aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 36,80 (trinta e seis reais e oitenta centavos). O Ministro apontou o art. 128 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, no qual “na aplicação das penalidades serão consideradas 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”, como se este representasse **“a própria expressão do princípio da proporcionalidade na lei, e do qual o administrador não pode se afastar”**. Ressaltou, ainda, que **“a proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais”**.

Tais precedentes indicam, de modo ilustrativo, uma alteração gradual e importante na sede de controle dos atos administrativos e na aplicação da legislação em vigor.

### **3. A possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de avaliação das penalidades de demissão pela administração**

O constitucionalismo moderno indica que o valor de uma constituição está baseado na garantia dos direitos fundamentais e em sua efetividade plena. Não basta que esses direitos estejam positivados na Magna Carta;

eles devem ter sua eficácia jurídica e material garantidas.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Esse preceito indica a existência de um elenco de direitos e a necessidade de garantias que objetivem a preservação desses direitos, sendo que o princípio da proporcionalidade se insere justamente nesse contexto normativo, como garantia especial de que toda intervenção estatal ocorra por necessidade, com adequação e de forma justa.

#### **3.1. O Princípio da Proporcionalidade e a atuação da Administração no exercício do Poder Disciplinar**

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que o Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma ordem legitimada e legalizada, e a Administração Pública está vinculada a esses preceitos. Seu agir deverá ser baseado em procedimentos, regras de atuação ante a sociedade, como forma de concretizar a democracia, na qual não se permite a existência de um poder arbitrário e personalizado. Observa que a ação administrativa se reflete não apenas como procedimento, mas também como uma atitude que visa assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa preexistente e a participação de todos os envolvidos numa justa e original composição de interesses.

Para ele, não basta que o processo administrativo disciplinar tenha uma



regulamentação legal; ele deve funcionar como meios e resultados. Embora a graduação das sanções disciplinares seja discricionária, não pode ser arbitrária, devendo guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo procedimento administrativo.

Miguel Rebollo Puig observa que as sanções administrativas devem estar previstas em lei, sendo deixada certa margem na qual a Administração poderá buscar suas resoluções sancionadoras. As normas que fixam as sanções administrativas, e os órgãos que as aplicam em casos concretos, devem se inspirar no princípio da proporcionalidade, para que haja uma correta adequação entre a sanção e a gravidade da infração.

Fábio Medina Osório destaca que não é prerrogativa exclusiva do Direito Penal a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e igualdade em suas sanções. Atualmente, é inquestionável a aplicação desses princípios também às sanções administrativas.

José Bermejo Vera, ao abordar a temática, indica que a Administração, ao exercer seu poder sancionador, aplicando medidas disciplinares de modo pes-

***As sanções disciplinares devem ser aplicadas adequadamente, dosando a pena de modo a guardar conformidade com a falta que lhe deu causa.***

soal a seus servidores, deve fazê-lo de forma ponderada. Destaca que a Administração poderia adotar medidas alternativas que causassem menos prejuízo ao administrado, objetivando evitar maiores males que uma conduta infratora pudesse causar, bem como preservar os interesses gerais.

As sanções disciplinares devem ser aplicadas adequadamente, dosando a pena de modo a guardar conformidade com a falta que lhe deu causa. A “reprimenda infligida deve ter o mesmo peso da transgressão cometida”, sob pena de não produzir o efeito desejado, comprometendo a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público.

José Armando da Costa ressalta que a noção de proporcionalidade, traduzida como a harmonia e coerência entre o ilícito e sua sanção, pode ser definida como elemento integrante da legalidade do ato disciplinar, vinculando o detentor do poder disciplinar.

### **3.2. Análise do embate entre a visão da CGU e a do Judiciário**

Em nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da independência entre as esferas penal, civil e administrativa. Assim, a prática de um determinado ato ilícito pode gerar uma responsabilidade jurídica subjetiva nas três instâncias. Cada tipo de responsabilidade, civil, penal ou administrativa, é, em princípio, independente uma da outra.

O próprio regime jurídico dos servidores federais, a Lei nº 8.112/90, traz, em seu bojo, a afirmação dessa independência, por meio de seu artigo 125: “As sanções civis, penais e administrati-

vas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

No Estado Democrático de Direito, o instituto da separação dos poderes revela uma estratégia no sentido de estabelecer o espaço necessário à garantia dos direitos individuais. Baseado nessa independência, o Judiciário, ao apreciar e exercer o controle externo de um ato disciplinar, deveria se ater aos vícios de legalidade, verificando se tal ato foi praticado em conformidade com os ditames da lei. A análise atinente ao mérito desse ato disciplinar fugiria ao escopo de apreciação do Judiciário. Tal análise seria de exclusividade da Administração.

Até pouco tempo, a apreciação do ato de punição pelo Judiciário se resumia a verificar se o processo transcorria de forma regular e conduzido por pessoa competente. As provas não eram examinadas pelos juízes, oportunizando a ocorrência de várias arbitragens. No entanto, seria inconcebível que a Administração Pública ficasse imune a qualquer controle no exercício de suas atividades. Então, o Poder Judiciário assume o papel de controlar essa atuação.

Nessa esteira, o princípio da separação dos poderes toma a forma de divisão de funções especializadas, enfatizando a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito.

Germana de Oliveira Moraes indica que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é perfeitamente compatível com o princípio da separa-

ção dos poderes, na medida em que condutas administrativas desdobráveis em discricionariedade resultarem em lesão ou ameaça a direito. Nesses casos, é sempre cabível o controle jurisdicional, em razão do princípio da legalidade, em decorrência dos princípios gerais da Administração, ou mesmo à luz dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, com o intuito de invalidar o ato lesivo. Ela acrescenta que o Controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais restrito ao necessário controle de legalidade, que se transforma em controle de juridicidade, o qual se concretiza por meio da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, expressos ou não na Constituição.

Esse controle jurisdicional representa um controle externo, podendo ser repressivo ou corretivo. Sua decisão possui força de coisa julgada e se impõe à Administração. Não se detém apenas aos aspectos da legalidade, mas também aos da juridicidade. Tal ampliação nos limites desse controle representa uma mudança de paradigma. Os elementos discricionários do ato administrativo poderão ser apreciados judicialmente em face dos princípios gerais do direito, principalmente se envolverem afronta a direitos individuais.

Tal controle tende a ser mais denso na medida em que a atuação administrativa discricionária imponha maior grau de restrição sobre direitos fundamentais dos administrados. Assim, se atos administrativos confrontados com interesses coletivos e

direitos fundamentais se mostrarem desproporcionais, caberá ao Poder Judiciário invalidá-los.

Gilmar Ferreira Mendes observa que o Supremo Tribunal Federal considera que, mesmo sendo legítimo o estabelecimento de restrições a direitos, a adoção de critérios para impor tais restrições deve se mostrar adequada e razoável. Ressalta que “o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado para solução de colisão de direitos fundamentais”. Ele também destaca que inadequação entre meios e fins representam manifestações típicas de excesso de poder e violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso.

O poder sancionador e o eventual exercício abusivo deste pela Administração sofrem minucioso controle pelo Judiciário.

Os tribunais exigem motivação dos atos administrativos, além de realizarem um estrito controle da proporcionalidade das sanções impostas pela administração, de modo a evitar excessos.

Em época de transformação do direito administrativo, necessária se faz a revisão da noção de discricionariedade administrativa, que deixa de ser uma escolha meramente subjetiva para se tornar fundamentada dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição. Nessa vinculação à Constituição, não há que se falar em atos vinculados e discricionários, e sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

### **3.3. O princípio da proporcionalidade como critério de interpretação/aplicação das penalidades de demissão**

O princípio da proporcionalidade, em sua vertente de princípio da proibição de excesso, surgiu como forma de evitar ou impedir a imposição de medidas desproporcionais aos direitos fundamentais, tanto por atos administrativos como por interpretação literal da lei. Embora não expressamente previsto na Constituição Federal, tem sua origem e seu desenvolvimento intrinsecamente ligados à evolução de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

De acordo com Fábio Medina Osório, esse princípio possui raízes constitucionais e está presente em todo e qualquer ramo do direito, sendo de suma importância na atividade estatal sancionadora, notadamente naquelas que atingem direitos fundamentais. Deve estar presente tanto na adequação da tipificação das condutas como na atenuação dos rigores sancionatórios, podendo até mesmo corrigir distorções legislativas.

Ele afirma que é imperioso observar a proporcionalidade em toda sanção administrativa, pois o objetivo da política administrativa é a busca pela ressocialização do infrator.

Segundo Germana de Oliveira Moraes, a proporcionalidade tornou-se um “axioma do Direito Constitucional”, limitando a atuação estatal, quando atentatória a direitos fundamentais. Tais direitos representam o eixo do Direito, com domínios ampliados para além da legalidade, expandidos pelos

princípios gerais do direito e abrigados pela juridicidade.

Miguel Rebollo Puig, estudioso espanhol, entende que o princípio da proporcionalidade tem papel relevante no direito sancionador, permitindo ao órgão sancionador realizar uma adaptação à maior ou menor gravidade de comportamento.

Embora a proporcionalidade não exista positivada na Constituição, existe como norma esparsa em seu texto, inferindo-se-a de outros princípios. Essa expressão positiva foi conquistada na Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Ele se assenta em três elementos fundamentais: adequação entre meios e fins; adoção de medida menos onerosa; e relação custo-benefício que oriente para que a restrição imposta não sacrifique bem de categoria jurídica mais elevada. Exerce também uma função moderadora, ao harmonizar o ilícito e sua sanção. A proporcionalidade não se define como mérito do ato disciplinar, e sim como extensão de sua legalidade, vinculando o detentor do poder disciplinar na aplicação da punição funcional.

Reforçando esse entendimento, Suzana de Toledo Barros entende que o princípio da proporcionalidade pode ser depreendido de outros princípios constitucionais, de forma a impedir abusos ou fraudes. Ressalta que a noção de proporcionalidade tem sentido mais amplo que a representação mental de equilíbrio, envolvendo considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de determinado ato para a proteção de um determinado direito. A

concepção estrutural desse princípio na doutrina alemã é formada por três sub-princípios: a adequação, que exige que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; a necessidade, que verifica se a medida a ser adotada deve ser o meio mais eficaz e menos oneroso; e a proporcionalidade em sentido estrito, que pondera a carga restritiva em relação aos resultados a serem alcançados.

A proporcionalidade exige que o meio e o fim não estejam em uma relação de desproporção, e os interesses devem ser ponderados de modo a atribuir a máxima realização a cada um dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Também Gilmar Ferreira Mendes enfatiza que, além da admissibilidade constitucional da restrição a ser imposta (reserva legal), deve ser observada também a compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso. Acrescenta que decisões do STF consolidam o princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo baseado na cláusula do Devido Processo Legal, que deve ser entendida principalmente em sua dimensão material ou substantiva, que proíbe o excesso e neutraliza o arbítrio do poder público, atuando como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

O Devido Processo Legal almeja encontrar uma solução justa para uma situação em que há conflitos de direitos fundamentais. A utilização do princípio da proporcionalidade nesses casos é necessária, como critério mediador para a

resolução desses conflitos, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto. Ele complementa o princípio da reserva legal, convertendo-o em princípio da reserva legal proporcional ou Devido Processo Legal substancial, impondo a restrição a direitos somente quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação aos fins almejados.

## Conclusão

Como se observa ao analisar o desenvolvimento do Estado, no Estado Democrático de Direito, além das funções ordenadora e promotora do Direito, encontradas nos modelos de Estado Liberal e Social, encontra-se a função potencial de transformação social.

O modelo de Estado adotado no Brasil antes da Constituição Federal de 1988 era baseado na superioridade da Administração, em detrimento dos direitos dos administrados. Prevalcia a ideia da supremacia dos interesses do Estado sobre os interesses dos cidadãos. A Constituição de 1988, impulsionada por forças sociais, veio acelerar a redemocratização do País.

Atualmente, é necessário um sistema jurídico dinâmico, capaz de acompanhar a sociedade em suas rápidas transformações. A mudança de pensamento e de valores é constante e coloca o Direito muitas vezes aquém da própria comunidade que o fundamenta.

O Direito disciplinar não pode fugir a essa realidade. Seu objetivo é a excelência dos serviços públicos, com qualidade e eficiência, sem deixar de levar

em conta que servidores públicos são também seres humanos sujeitos a falhas e impulsos, que podem levá-los a cometer faltas.

A partir da legitimação democrática, a fonte de inspiração passa a ser os direitos e garantias individuais, interpretando-se a legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal, inclusive o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União e a Lei do Processo Administrativo Federal.

Esse Regime Jurídico, instituído pela Lei nº 8.112/90, regula as atividades do servidor público, além de definir seus deveres e proibições e estabelecer penalidades aplicáveis em casos de transgressão. O artigo 128 da lei determina que os agravantes, os atenuantes e os antecedentes funcionais deverão ser levados em consideração.

A Lei do Processo Administrativo Federal, nº 9.784/99, subsidiária à Lei 8.112/90, define que os atos administrativos serão regidos pelos princípios da Constituição Federal de 1988, acrescidos dos preceitos de alicerce infraconstitucional da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público, conforme reza seu art. 2º.

No entanto, a Administração Federal, baseada em pareceres da AGU, entende que, uma vez configurado o ilícito disciplinar, a pena é vinculada, inafastável para as penas expulsivas, como demissão, sem espaço legal para atenuações de outras penalidades de menor grau repressivo, como suspensão ou advertência, mesmo que o servidor possua atenuantes a seu favor.

Esse entendimento entra em choque direto com a concepção do Estado Democrático de Direito, em que direitos fundamentais devem ser preservados do arbítrio do poder público. Assim, a jurisprudência do STF, bem como a do STJ, tem assegurado aos acusados em processo administrativo disciplinar a preservação de uma série de direitos fundamentais. Esse entendimento jurisprudencial aponta que o princípio da proporcionalidade se encontra devidamente reconhecido em nosso ordenamento jurídico.

Embora o princípio da proporcionalidade não se encontre expressamente delineado em nossa Carta Magna, sua presença, implícita, não pode ser desconsiderada, pois esse é um dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Com sua correta utilização, pode-se chegar a uma interpretação mais coerente com o ideal de justiça. Assim, diante de um aparente conflito, o aplicador pode optar pela via que, analisada sob o prisma proporcional,

seja mais adequada a atingir os fins a serem alcançados.

A essência dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito são ideias indissociáveis, e o ordenamento jurídico do Estado deve ser entendido como um sistema aberto de regras e princípios, assegurando a compatibilidade dos variados direitos em conflito.

O ato disciplinar deve compreender, além dos aspectos vinculados ou regradados, a noção de proporcionalidade. Infere-se que a proporcionalidade requer que a punição imposta guarde correspondência dosimétrica entre o fato irregular atribuído ao servidor e a penalidade imposta.

E a aplicação da penalidade de demissão não pode se manter afastada dessa dosimetria, como forma de legitimação do poder disciplinar, aplicando, no caso concreto, a justa medida e objetivando o alcance da plenitude do Estado Democrático de Direito.

## Referências Bibliográficas

CARVALHO NETO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da Constituição. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. Abril a Jun., 2005, p. 67-84.

PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma Distinção: o Público e o Privado na Experiência Histórica do Direito. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 19-50.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia em Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Fundação Mário Soares Grádiva Publicações, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro – 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.116.

COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

TEIXEIRA, Marcos Sales. Anotações sobre Processo Disciplinar. Brasília: CGU, 2009.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar, 1ª ed. Brasília, Fortium Editora, 2008.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Brasília: Editora Fortium, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PUIG, Manuel Rebollo. El Derecho Administrativo Sancionador. In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263-313.

OSÓRIO, Fábio Medina. O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.) Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 315-359.

COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo, SP: Dialética, 2004.

MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERA, José Bermejo. La Postedad Sancionadora de La Administración. In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245-262.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

D'ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>; consultado em 19/03/2009.