


Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



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

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>	

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

Patrícia Ramos e Silva Santos, Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela UnB, Analista de Finanças e Controle da CGU-PR.

Introdução

Para a determinação do sentido da norma de vedação de retorno ao serviço público federal do apenado com demissão, por infringência dos incisos I, IV, VIII, X e XI do artigo 132, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 137, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é necessário dissertar a respeito de alguns institutos que permeiam o tema. Nem todos estão claramente identificados no seio específico do Direito Administrativo, mas, ao contrário, invadem o campo de outros ramos do direito, como tem sido frequente em muitas das principais matérias discutidas nos meios acadêmicos e profissionais da Ciência Jurídica.

A ideia é possibilitar um melhor delineamento do sentido proposto pelas normas aqui referidas, de forma a se estabelecer uma maior segurança nas conclusões a que se pretende chegar.

1. Incidência de regras e princípios de outros ramos na seara disciplinar

A Administração é detentora do poder soberano em relação aos particulares e, conseqüentemente, da capacidade de impor coativamente a sua vontade. Desse modo, a posição do Estado se mostra privilegiada na relação encetada com os indivíduos, pois há a incidência das regras cogentes de Direito Público. Aliás, é princípio funda-

mental do Direito Administrativo a supremacia do interesse público sobre o privado, por meio do qual o interesse público é privilegiado, em detrimento dos interesses individuais. Outro importante princípio do Direito Administrativo é o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual se relaciona à finalidade última da atividade administrativa, constituindo um manto de proteção ao interesse público, vedando qualquer forma de alienação deste.

Sobre o tema, Renato Alessi, citado na obra de Régis Fernandes de Oliveira, destaca a existência de uma supremacia especial, distinta da geral por caracterizar-se pela existência de um vínculo ainda mais estreito, que corresponde:

"[...] a um estado de especial sujeição do indivíduo frente à Administração, mais acentuado que a normal sujeição frente à Administração considerada simplesmente como titular do poder de império (OLIVEIRA, 2005, p. 37)".

Ainda sobre a matéria, o Prof. Régis acrescenta:

"A especial advém de relações particulares com os que se submetem a plexo de normas criado pelo Estado. Quando alguém se insere sob um "estatuto" como o dos funcionários públicos, [...] submete-se a regras específicas que irão disciplinar o relacionamento comum. A relação de supremacia geral é de poder, unindo Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional. Fixando-se a noção de existência de supremacia geral e supremacia especial, caracterizando-se a primeira pela desvinculação

a relacionamento concreto, mas concretizável, e a segunda pelo elo especial, apura-se que as infrações administrativas podem ocorrer em qualquer hipótese (OLIVEIRA, 2005, p. 38)."

Nesse estado de sujeição mais acentuado a que é exposto o indivíduo, em uma relação também marcada pela desigualdade de posições, devem ser resguardadas todas as garantias necessárias à preservação dos direitos individuais, sobretudo aquelas relacionadas ao Devido Processo Legal.

Nesse contexto, tem-se discutido muito a possibilidade da aplicação de regras e princípios do direito penal na seara disciplinar. Enquanto alguns defendem a transferência simples dos preceitos penais para o âmbito do direito disciplinar, outros pregam a absoluta autonomia do direito disciplinar, com total exclusão da incidência de regramentos penais (OLIVEIRA, 2005, p. 39).

Modernamente, a argumentação baseada unicamente na autonomia do direito disciplinar ou no mero traslado do direito penal para o campo disciplinar tornou-se insuficiente. Isso deve-se, em parte, aos avanços proporcionados pela Carta Magna de 1988 e pela Lei nº 9.874/99, que rege o processo administrativo, responsáveis pelo fortalecimento de uma nova disciplina denominada Direito Administrativo Sancionador, informada, em alguns aspectos, por ambos os ramos, o penal e o administrativo (OLIVEIRA, 2005, p. 39).

Essa disciplina encontra sustentação na contemplação do processo administrativo, no âmbito do princípio do Devido Processo Legal, promovida pela

Constituição Federal. O fato de ter o direito punitivo estatal, inicialmente uno, especializado-se, também permite a inclusão do processo administrativo no espectro de incidência dos princípios que balizam o jus puniendi.

Conquanto o Prof. Fábio Medina Osório refute a tese da original unidade do referido jus puniendi estatal, vale registrar sua impressão sobre o Devido Processo Legal, pois que é ele um dos precursores em relação à matéria do Direito Administrativo Sancionador:

“O que o devido processo legal enseja é a variação dos graus dos direitos de defesa, desde um patamar mínimo até um estágio máximo, consoante os interesses que estejam em jogo, conforme as legítimas opções legislativas, a natureza das demandas, as regras fixadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas e as oportunidades conferidas às partes, notadamente os acusados em geral (OSÓRIO, 2000, p. 397).”

Princípios, como aqueles que garantem a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, também norteiam a condução do processo disciplinar, na medida em que se vislumbra, em tese, a possibilidade de resultar o exercício do poder disciplinar na aplicação de uma penalidade.

Nesses termos, o direito disciplinar não pode ficar à margem da incidência de outras regras e princípios próprios de outros ramos da Ciência Jurídica. Essas outras normas, como aquelas que caracterizam o Estado Democrático de Direito, ou aquelas relacionadas à preservação das garantias constitucionais, também devem norteá-lo.

Somente o respeito aos limites impostos pelos princípios constitucionais pode permitir que o direito disciplinar regule o exercício legítimo do poder disciplinar, equilibrando a relação estabelecida com os administrados e ainda possibilitando a adequação e a justiça das decisões.

2. Exoneração, demissão, demissão a bem do serviço público e perda de cargo ou função pública

Convém brevemente estabelecer a diferenciação entre as hipóteses de desligamento do servidor previstas na legislação, quais sejam aquelas próprias caracterizadas nos institutos da exoneração, da demissão, da demissão a bem do serviço público e da perda do cargo ou da função pública.

Por primeiro, como circunstância que enseja o desligamento, tem-se a exoneração. Esta, apesar de também determinar a vacância do cargo, consoante dispõe o artigo 33 da Lei nº 8.112/90, possui natureza diversa da demissão, pois não exige o prévio desenvolvimento de um processo disciplinar, pela razão mesma de não se tratar, em qualquer de suas modalidades, de penalidade, embora não reste afastada a necessidade de obediência ao princípio da motivação. Como exemplo temos a hipótese disciplinada no artigo 169 da CF, que ocorre quando são ultrapassados os limites de gastos com pessoal.

A expressão “demissão a bem do serviço público” remonta à Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários

Públicos; também ocorre em outros diplomas legais, como na Lei nº 8.027/90, que atualizou a lista de infrações previstas na Lei nº 1.711/52; na Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa; e na Lei nº 8.026/90, que previu a possibilidade de aplicação da demissão por infrações contra a Fazenda Pública, esta por fazer remissão à Lei nº 1.711/52. Apenas se registre, em relação a esse último caso, que a matéria hoje é regulada pela Lei nº 8.112/90, o que permite concluir-se que a conduta objeto da Lei nº 8.026/90 não tem mais como resposta da Administração a demissão a bem do serviço público.

É interessante observar que o significado da expressão não se encontra consignado em nenhuma norma legal, consoante se extrai do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União:

“Quanto à demissão a bem do serviço público, [...] a Lei nº 8.112, de 11/12/90, que revogou as duas normas acima, não prevê a pena com aquela cláusula. [...] A doutrina entendia que significava vedação do retorno ao serviço público, afastada somente por revisão processual ou ato de graça do Presidente da República (TEIXEIRA, 2009, p.427-428).”

Entende-se, dessa forma, que a vedação de retorno prevista no âmbito do atual estatuto é até mais rigorosa que a demissão a bem do serviço público prevista no estatuto anterior, haja vista inexistir qualquer ressalva para o afastamento da proibição de retorno – como a revisão processual ou o ato de graça do Presidente da República -, como ins-

trumentos hábeis ao afastamento da vedação.

Assim, é comum que se encontre, em estatutos de servidores públicos estaduais e municipais, a exemplo do antigo estatuto federal, a previsão expressa de demissão a bem do serviço público, contrapondo-se à demissão simples, sendo aquela normalmente reservada a condutas mais gravosas, como a prática de crimes contra o erário ou contra a Administração Pública.

A Constituição Federal, em seu artigo 41, disciplina hipóteses em que o servidor está sujeito à perda do seu cargo público. O § 1º do referido dispositivo constitucional estabelece que a perda do cargo decorrerá de sentença judicial transitada em julgado; de processo administrativo disciplinar, com garantia de ampla defesa; e mediante procedimento de avaliação periódica em que se tenha verificado insuficiência de desempenho, igualmente amparado pela garantia da ampla defesa.

O artigo 41 da Constituição Federal não efetuou a diferenciação dos casos de desligamento do servidor público, de modo que a perda do cargo público referida no seu § 1º se reporta às hipóteses que especifica. Assim, mesmo a inaptidão para o exercício do cargo, constatada por meio de avaliação de desempenho do servidor com a garantia de ampla defesa, passível de mera exoneração, figura ali como espécie de perda do cargo.

A sentença proferida na esfera criminal determina, após o seu trânsito em julgado, a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo,

consoante inciso I do artigo 92 do Código Penal.

Também há previsão desse efeito acessório da condenação em algumas leis especiais que definem crimes. Portanto, a perda do cargo aqui ventilada se refere a efeito da condenação, que pode ser automático ou depender de manifestação expressa na sentença.

No parágrafo único do artigo 93 do Código Penal, há a previsão da possibilidade de reabilitação criminal após dois anos do cumprimento da pena determinada em condenação que imponha a perda de cargo ou função pública. Mesmo diante da vedação de reintegração ao cargo ou à função anteriormente ocupada, consoante comando inserto no dispositivo mencionado, o condenado poderá voltar a exercer cargo ou função pública iguais ao anteriormente exercido, desde que cumpra os requisitos para a nova investidura, apenas havendo a impossibilidade de reintegração.

A Lei nº 8.429/99 também não veda o retorno do servidor aos quadros da Administração Pública, a despeito de sua omissão quanto ao prazo máximo estipulado para os efeitos da inabilitação.

No campo administrativo, a legislação não ditou um prazo limite para o efeito do parágrafo único do artigo 137 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Tampouco houve previsão do instituto da reabilitação em similitude ao existente na esfera penal.

3. O sentido de “pena”, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal

É bem verdade que a sanção penal é aplicada pelo Poder Judiciário, enquanto que a pena disciplinar o é pelo Poder Executivo. Também é certo que a primeira se faz necessária quando resta comprovada a quebra de uma norma imposta no Direito Penal, enquanto a segunda é aplicada quando da desobediência a algum normativo próprio de matéria administrativa. Contudo, é preciso reconhecer ainda que ambos os sistemas protegidos pela aplicação, em tese, das referidas penalidades, têm seus fundamentos estabelecidos num só corpo normativo: a Constituição.

É fundamental que se registre a inexistência de diferenças substanciais entre as sanções administrativa e penal. Algumas das espécies de penalidades são inclusive compartilhadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal, como acontece nos casos da multa e da suspensão de direitos. A verdade é que cada qual é aplicável em circunstâncias próprias, havendo até algumas, dentre as administrativas, que são mais severas que algumas das penais.

De fato, uma sociedade pluralista não comporta uma gradação rígida de valores, mas exige, ao contrário, o respeito à diversidade de pontos de vista e valorações.

A intervenção estatal faz-se assim presente mediante o uso de instrumentos adequados a cada uma das espécies de infração possíveis de serem cometidas pelos indivíduos. E estabelecer as

diferenças, reconhecendo as semelhanças entre as espécies de penalidades aplicáveis pelo Estado, configura tarefa essencial à correta interpretação do alcance da norma trazida pela alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Não haveria razão para que o legislador constitucional pretendesse vedar que o praticante de crime fosse punido para até o final de sua existência, sem vedar que o praticante de um ilícito administrativo também o fosse.

Heraldo Garcia Vitta entende pela existência de identidade ontológica das sanções, assim discorrendo sobre elas:

“Toda sanção acarreta a punição do infrator, mas o fim dela não é este, é o de evitar condutas contrárias ao Direito. Isso decorre do regime democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do respeito aos valores fundamentais da sociedade (VITTA, 2003, p.67).”

O mesmo autor remete aos ensinamentos de Nelson Hungria, que reforça a identidade ontológica entre a penalidade administrativa e a criminal:

“Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de se negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São espécies do mesmo genus. Seria esforço vão procurar distinguir,

como coisas essencialmente heterogêneas,[...] (VITTA, 2003, p.67).”

Ora, se as penas são adotadas, essencialmente, para que se implemente no apenado uma medida que recupere seu caráter e promova uma verdadeira e profunda alteração em sua conduta, no futuro, há que se reconhecer que qualquer delas deverá oportunizar ao seu sujeito um tempo para demonstrar sua adequação. Acreditar no contrário representaria mesmo a negação ao poder de recuperação das penas, incluídas as de quaisquer espécies, em verdadeiro atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Modernamente, como no Direito Penal, tem-se dado ênfase, na interpretação do fundamento próprio da penalidade administrativa, ao seu caráter eminente de prevenção, tratamento e recuperação do infrator, em detrimento de seu aspecto punitivo ou intimidativo.

Pensar diferente seria retirar das penas demissórias a que se acrescenta, pela Lei nº 8.112/90, o impedimento de retorno ao serviço público federal, o seu caráter corretivo, pois que o seu sujeito não teria, nesses casos, nova oportunidade de demonstrar o seu aprendizado, mediante a mudança de sua postura.

É preciso ainda tornar claro que qualquer pena deve guardar estrita relação de proporcionalidade com a conduta que pretende desestimular, em defesa da razoabilidade, conforme determina o artigo 128 da Lei nº 8.112/90. Assim é igualmente exigível, tanto na aplicação de sanções penais quanto de sanções administrativas, que elas sejam adotadas em quantidade e intensidade suficientes e necessárias ao atingimento dos seus objetivos de prevenção e correção.

Só assim a penalidade administrativa pode assumir sua importante função na consecução dos objetivos a que se presta a Administração Pública.

4. A proibição de penas de caráter perpétuo

Infligir efeitos perpétuos a qualquer pena implica em grave violação de garantia insculpida na Carta Magna.

Esse argumento é referenciado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2975, proposta pelo Procurador-Geral da República, à época o Sr. Cláudio Fonteles, nos seguintes termos:

*“4. [...] O vício constante na norma repousa na ausência de prazo para a proibição imposta. [...], ou seja, **“toda pena há de ser temporária, conforme dispuser a lei”**. 6. Deve se salientar que **“a disposição constitucional diz respeito ao caráter perpétuo de qualquer pena, e não somente no que concerne à privação perpétua da liberdade”**. Dentre as modalidades de penas passíveis de serem impostas no ordenamento jurídico brasileiro, elencadas na alínea “e” do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal incluíse a pena de suspensão ou interdição de direitos. **Resta inquestionável que a proibição de retorno ao serviço público, prevista no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/90, constitui-se em pena de interdição de direitos, devendo, portanto, obedecer o comando de proibição de perpetuidade das penas** (FONTELES, 2003, sem grifos no original).”*

A ADI faz referência ainda à decisão proferida pela Primeira Turma do

Supremo Tribunal Federal no RE nº 154134/SP, em que houve o afastamento do caráter permanente da pena de inabilitação para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras, consoante trechos a seguir descritos:

“[...] 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. [...] (FONTELES, 2003, sem grifos no original).”

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou, em sede do Mandado de Segurança nº 1.119/DF, in verbis:

“I – Os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal não excluem outros tantos decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5º, XLVII, § 2º). II – A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no inciso XLVI, letra e, do mesmo artigo. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1992).”

O que se questiona, na hipótese, é a inexistência de limite temporal na aplicação do parágrafo único do artigo 137. Nesse quadro, por analogia, caberia a utilização do prazo máximo estipulado em sede administrativa, ou seja, 5 (cinco) anos. Todavia, o legislador enfatizou a necessidade de diferen-

ciação dos efeitos da penalidade expulsória de forma expressa nos artigos 136 e 137, atribuindo a proibição definitiva de retorno ao serviço público federal às hipóteses previstas nos incisos I, IV, VIII, X e XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, por assim considerá-las de maior gravidade, imputando-lhes maior rigor na sua repressão.

Com efeito, é sabido que, da aplicação da analogia, não pode decorrer agravamento da situação do servidor condenado. Contudo, ante a atual ausência de norma disciplinando qual seria o período de incompatibilização para nova investidura, o caminho mais adequado seria considerar-se o prazo de 5 (cinco) anos estipulado no caput do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 para os efeitos da inabilitação.

5. A interpretação constitucional aplicável ao impedimento do retorno do servidor ao serviço público federal

Como já visto, a análise acerca da constitucionalidade do impedimento imposto ao servidor público de retorno aos quadros da Administração Pública Federal deve ser empreendida à luz dos preceitos constitucionais, bem como das demais leis que regem a matéria.

O exame da norma deve pautar-se por uma maior relativização do legalismo, na medida em que mais sensível à aplicação de princípios constitucionais. Essa é a concepção de Ronald Dworkin, na qual o contexto social e epistemológico de uma comunidade ganha relevo, em detrimento de uma posição baseada

unicamente no conservadorismo, ou no positivismo jurídico. Para o citado autor, a democracia e os direitos humanos ocupam uma posição central em qualquer discussão jurídica, em detrimento dos debates puramente sociais. A modernidade exige uma nova concepção jurídica de todos os mais relevantes temas, que, como tais, não poderiam deixar de contemplar a dimensão pluralista presente em qualquer cenário que se pretenda intitular democrático (DWORKIN, 1997).

Essa leitura se constrói a partir da constatação de que o método científico tradicional passa a ser insuficiente para a construção de um modelo jurídico adequado à nova realidade. Além disso, a pretensão de se tomar as decisões corretas está em constante tensão com o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Chantal Mouffe, ao examinar a democracia moderna, remete à teoria de Habermas, para quem o ambiente democrático deve se construir com estrito respeito ao equilíbrio entre faticidade e validade, fazendo do sistema jurídico algo maior que seus limites formais (MOUFFE, 1994).

Em outros termos, o pluralismo permite que o sistema de regulação social passe a ser constituído não apenas pelo Estado, mas também por toda a sociedade. Em razão do exposto, essencial se torna o exame da constitucionalidade da proibição de retorno do servidor público ao serviço público federal, com supedâneo nas inovações advindas do aperfeiçoamento das teorias constitucionais, considerando-se, sobretudo, a dimensão pluralista já referida.

Nessa esteira, o regime jurídico aplicável ao servidor público federal carece

de inflexões que o insiram na realidade dinâmica da relação estabelecida entre a Administração Pública, o servidor e os cidadãos. Assim, a aplicação automática dos dispositivos da Lei nº 8.112/90 não atende mais aos modernos reclames de exame de constitucionalidade; a apreciação do caso concreto exige critérios de interpretação constitucional, inclusive quanto aos seus princípios, que não aqueles estritamente vinculados ao estrito positivismo do formalismo jurídico. Desse modo, outros elementos devem passar a contribuir para uma interpretação menos distante dos interesses dos destinatários das normas.

A partir da preocupação acima esboçada, ao sopesar as diversas teorias que cuidam do assunto, verifica-se que a teoria do direito de Ronald Dworkin se vale adequadamente da hermenêutica para se contrapor às soluções meramente positivistas. Ele assim se expressa, quanto à matéria:

“Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustenta-se que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. [...] O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente em seus princípios; [...] de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza. [...] Significa, acredito eu, fazer o Direito tão justo quanto possamos. Isso é o que significa acuidade em interpretação jurídica.[...]. Isso significa fazer o melhor do ponto de vista da in-

tegridade do Direito, torná-lo o mais íntegro possível (DWORKIN,1997).”

Ressalte-se que a teoria do referido jurista considera as consequências das violentas mudanças por que vem passando a sociedade, o que resulta na construção de uma nova e revolucionária ótica do direito. Nesse ponto, teorias que considerem essa modernização social, com toda a problemática daí advinda, e a incorporem em seus estudos, mostram-se mais pertinentes e aptas a fornecer soluções condizentes com a realidade que ora se vivencia.

Nesse quadro, a teoria construída pelo cientista de Harvard, que superou a excessiva influência do positivismo jurídico até então prevalecente, permite um melhor exame da constitucionalidade da impossibilidade de retorno do servidor apenas com demissão, naquelas específicas hipóteses, ao serviço público federal.

É importante reconhecer que a Constituição Federal erigiu, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito que institui. A Lei Maior, assim, conferiu ao homem a mais salutar importância, uma vez que o mais amplo amparo é a ele contemplado em vários dos seus mais relevantes dispositivos.

No artigo 5º, encontram-se elencados direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à preservação da integridade física e moral, dentre outros. Todos esses direitos, além de outros também de estatura constitucional, se originam do princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, o

próprio fim do Estado é o de tutelar e propiciar o desenvolvimento da pessoa humana, conforme lição de Dalmo de Abreu Dallari:

"[...] o fim no Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana (DALLARI, 2003)."

É de se destacar ainda a proteção conferida aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, previstas no artigo 1º, inciso IV, e no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, respectivamente. Acrescente-se a elas a proibição de penas de caráter perpétuo, estabelecida no mesmo artigo, em seu inciso XLVII, alínea "b".

Os influxos desses princípios constitucionais basilares no processo administrativo implicam a vinculação do poder disciplinar a parâmetros que assegurem a preservação da dignidade da pessoa humana. Outros exemplos de princípios também derivados do princípio da dignidade da pessoa humana são os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes da garantia do Devido Processo Legal.

Outro importante princípio é o da humanidade, ou da humanização das penas, previsto no artigo 5º, inc. XLIX da CF, que garante aos presos o respeito à sua integridade física e moral. Em decorrência dessa garantia constitucional de que a pena deve ser executada de

forma humanitária, tem-se a vedação de imposição de penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de morte, reservada quanto a esta última a possibilidade de aplicação em caso de guerra declarada.

De igual modo, o poder disciplinar deve guardar respeito aos princípios da motivação, da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, há de se considerar que a pena expulsória normalmente gera, além do desgaste moral, um desajuste financeiro ao apenado e a seus familiares, uma vez que o seu sustento advém da retribuição paga pelos cofres públicos para o desempenho de funções próprias de seu cargo.

Conquanto se admita que as decisões administrativas são, em sua maioria, tomadas com a justa e equilibrada comprovação dos fatos nos autos de um regular Processo Administrativo, não deve ser desprezada a possibilidade de que alguma delas pudesse redundar em condenação indevida. Ademais, as dificuldades para reinserção no mercado de trabalho privado, sobretudo por indivíduos mais próximos de sua meia-idade, ou além dela, podem levar, na prática, à aniquilação profissional do indivíduo, acarretando-lhe prejuízos incalculáveis, como também aos seus dependentes. Desse modo, a pena com o efeito colimado no parágrafo único do artigo 137, da Lei nº 8.112/90 pode vir a ser até mais gravosa ao apenado do que uma outra, aplicada na seara penal.

Ainda, a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo, no seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, dispõe sobre a proibição de sanções em

medida superior às necessárias ao atendimento do interesse público.

Por conseguinte, o parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 não deve ser interpretado isoladamente. Há, ao contrário, de se considerar a integridade do ordenamento jurídico, em seu aspecto sistêmico, contemplando especialmente os princípios estabelecidos na Constituição Federal, bem como o atual e amplo contexto social, como medida que permita que se resguardem simultaneamente o interesse público e os direitos do servidor.

Conclusão

Se o servidor que perde o seu cargo ou função por determinação judicial em sentença criminal pode retornar ao serviço público federal mediante nova aprovação em concurso público, após a regular reabilitação penal, não há qualquer argumento que justifique a vedação de retorno ao serviço público daquele servidor a quem se imputou uma penalidade no âmbito administrativo, por mais grave que tenha sido sua conduta. Se o Direito Penal, que existe para tutelar os mais valiosos direitos, permite o retorno, não pode o Direito Disciplinar, respeitados todos os importantes princípios e valores que guarda, deixar de fazê-lo.

Assim, o retorno, após cumpridos os requisitos para nova investidura, é uma oportunidade a que faz jus o servidor. Se o apenado no âmbito penal é, um dia, reabilitado, é preciso reconhecer também ao servidor penalizado na esfera administrativa o mesmo direito.

Isso porque não existem diferenças ontológicas substanciais entre as sanções administrativa e penal que justifiquem tal discriminação. Há ainda que se considerar que a alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º da CF abrange não somente as penas de caráter criminal, mas também quaisquer outras, inclusive disciplinares, permitindo-se firmar o entendimento de que têm, todas elas, seus fundamentos disciplinados pela Lei Maior.

Com efeito, a proibição da aplicação de pena com caráter perpétuo constitui um direito individual assegurado, no Brasil, desde a Constituição de 1934. Dessa forma, a interpretação literal do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/90 redundaria em grave violação da garantia explícita no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Carta Magna, além de uma rica gama de outros princípios constitucionais.

Com o intuito de fazer cessar o aludido vício de constitucionalidade, houve a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975, a qual alega violação ao artigo 5º, XLVII, “b”, por ausência de prazo para a proibição imposta. O STF e o STJ, em casos similares, como aquele referente à pena de inabilitação permanente para o exercício do cargo de administração ou gerência de instituições financeiras, já se manifestaram no sentido do afastamento do caráter permanente da pena, em face do que dispõe o dispositivo constitucional referido.

Assim, o parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado a partir de critérios que considerem o caráter sistêmico de toda a le-

gislação, especialmente no que responde a seu exame de constitucionalidade. Não deve, ao contrário, ficar alheio à incidência dos preceitos constitucionais que disciplinam a hipótese; a interpretação literal do retrocitado dispositivo encerraria na violação de uma série de graves princípios constitucionais, tais como os princípios da vedação de penas de caráter perpétuo e da dignidade da pessoa humana.

A inconstitucionalidade decorre da inexistência de prazo limite para a vedação de retorno do servidor ao serviço público federal. Essa inconstitucionalidade é passível de sanção caso o legislador futuramente venha a fixar um prazo para essa proibição. Enquanto isso não ocorre, a saída viável seria considerar o interstício de 5 (cinco) anos previsto no caput do artigo 137, em razão de ser esse o período máximo estipulado em sede da Lei nº 8.112/90.

Nesse interregno, a exegese do referido dispositivo deve contemplar os princípios constitucionais já ventilados, de forma a se permitir o respeito aos direitos assegurados pela CF também na seara administrativa. Seria um contras-

senso exigir que o servidor procurasse o Poder Judiciário a fim de fazer valer os seus direitos, estabelecidos e garantidos pela própria Constituição. Se assim o fosse, não residiria razão na garantia que se concede ao administrado do devido processo administrativo, em âmbito constitucional, uma vez que este teria de se submeter ao controle do Judiciário. Logo, cumpre aviventar a importância do poder de autotutela de que é dotada a Administração, do qual decorre a capacidade desta, de ofício ou mediante provocação, inclusive, de reapreciar os seus próprios atos, mediante exame sobre a legalidade e/ou mérito do ato.

Incumbe, dessa forma, não somente ao Poder Judiciário, mas principalmente à Administração, coadunar a proibição contida no parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 com o restante do ordenamento jurídico contemporâneo que rege a matéria. Fazer isso é orientar a interpretação da norma pela baliza estabelecida por alguns dos mais importantes princípios constitucionais; não fazê-lo seria negar aos administrados cada um dos direitos que se pretende firmar e garantir mediante a edificação do nosso Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm

BRASIL, Lei 8.112/90. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Disponível Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm

BRASIL, Lei 9.784/99. Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Disponível Internet via WWW. URL: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 24ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. Direito, Filosofia e Interpretação. Trad. Raíssa R. Mendes – Revisão: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cad. Esc. Legis., Jan./Jun. 1997.

FONTELES, Cláudio. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2003. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.stj.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2975&processo=2975>

MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com, e contra/Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cad. Esc. Legisl., Jul./Dez 1994.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, F. M. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Marcos Salles; BALSANELLI, Kleber Alexandre. Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) - Formação de Membros de Comissões. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2009. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPad/Arquivos/ApostilaTextoCGU.pdf>

VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.