

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>	

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

André Luís Schulz, Advogado, Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela UnB. Analista de Finanças e Controle da CGU-PR, Corregedoria Setorial do Ministério do Trabalho e Emprego, Corregedoria-Geral da União.

Introdução

Diante do atual modelo de Estado de Direito brasileiro, não há quem duvide da sujeição dos atos administrativos disciplinares ao crivo do Poder Judiciário. A grande pergunta é qual o limite desse controle. De acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

A problemática surge quando o Poder Judiciário reconhece sua incompetência para atuar no controle de mérito do ato disciplinar, mas mesmo assim se imiscui nas decisões disciplinares, sob a alegação de estar controlando apenas a legalidade do ato. Para

tal, utiliza-se do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 2º da Lei nº 9.784/99. Todavia, por vezes, extrapola essas questões de legalidade e passa, na verdade, a analisar indiscriminadamente todos os procedimentos disciplinares, inclusive alterando a sanção imposta pela Administração. Dessa forma, o Poder Judiciário anula a penalidade disciplinar desproporcional e determina a aplicação de uma penalidade “menos severa”, substituindo o julgamento realizado pela Administração Pública.

Pretende-se, com este artigo, investigar o campo de revisão das sanções disciplinares pelo controle jurisdicional de proporcionalidade, de forma que não implique uma invasão da esfera de competência da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

1. Controle jurisdicional da Administração Pública no Estado Democrático de Direito

Sabe-se que a Constituição Federal brasileira é a norma suprema e incontestável em um Estado Democrático de Direito. Sua supremacia e rigidez são pressupostos da legitimidade estatal que possibilitam ao Poder Judiciário, na qualidade de guardião da ordem jurídica, exercer o controle dos atos administrativos praticados no exercício da atividade pública (BONAVIDES, 2009, p. 301).

1.1. Separação dos Poderes

A Carta Magna, com o propósito de garantir o equilíbrio, a independência e a harmonia entre os poderes da República (Judiciário, Executivo e Legislativo), formou um sistema de controle e fiscalização mútuo, evitando-se, com isso, a supremacia de um poder sobre o outro (sistema de freios e contrapesos). Em outras palavras, esse sistema faz com que se limite o poder pelo próprio poder, assegurando a convivência harmônica entre eles, conforme estabelece o art. 2º da Carta Magna (MORAES, 2006, p. 481).

Nesse aspecto é que surge o tema da possibilidade do controle jurisdicional sobre os atos administrativos disciplinares, exurgindo não como uma exceção ao princípio da separação dos poderes – na medida em que permitiria a ingerência de um poder sobre o outro –, mas como importante instrumento a tornar efetivo todo o arcabouço de garantias contempladas pela Constituição Federal, especialmente considerando o atual panorama identificado pela alte-

ração nas relações do Estado com o cidadão, em que o perfil da Administração Pública restou cristalizado em princípios constitucionais definidores do seu regime jurídico.

1.2. Aspectos do controle jurisdicional

A expressão controle jurisdicional da Administração Pública abrange a apreciação efetuada pelo Poder Judiciário sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da administração (MEIRELLES, 2006, 702).

O controle jurisdicional é um controle externo, feito a posteriori, podendo ser repressivo ou corretivo. Assim, como nos demais procedimentos formais existentes no Poder Judiciário, este correrá com observância dos princípios do devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros (MEDAUAR, 2009, 403).

O sistema de jurisdição una, adotado pelo Brasil, é aquele no qual a Administração Pública se submete a uma jurisdição comum. Seu fundamento no direito brasileiro, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, reside na previsão constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXV, em que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (DI PIETRO, 2006, p. 712).

Em um Estado Democrático de Direito, em que todos estão sob o manto da lei, não é concebível que haja total liberdade para que o administrador público pratique ato discricionário, sem

quaisquer limites no que diz respeito ao seu mérito, ainda mais quando se encontra em total dissonância com a norma constitucional.

2. Processo administrativo disciplinar pela Lei Nº 8112/90

A atual Constituição Federal determina que o processo administrativo disciplinar seja um instituto do contencioso administrativo de mero procedimento de controle interno da administração, extinguindo-se a necessidade de sua existência prévia para ingresso em juízo, visando eliminar os abusos por vezes ocorrentes nos órgãos administrativos (CARVALHO FILHO, 2006, p. 811).

2.1. Processo Administrativo Disciplinar por falta funcional

O processo administrativo disciplinar é espécie do gênero processo administrativo e busca apurar, particularmente, os desvios funcionais que venham a ser praticados pelos agentes públicos ou pelos particulares que estejam submetidos ao regime jurídico administrativo.

Para a aplicação da sanção, torna-se necessária a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, conforme preceitua o art. 143 da Lei nº 8.112/90. A sindicância corresponde ao procedimento pelo qual se apura a responsabilidade do servidor identificado, por falta leve, podendo resultar em sanção de advertência ou suspensão de até 30 dias (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 64-65).

Por sua vez, o processo administrativo disciplinar consiste no conjunto or-

denado de formalidades a que a Administração submete o servidor público faltoso que cometeu falta grave não comportada em sede de procedimento sindicante (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 65).

Assim, tanto a sindicância como o processo administrativo disciplinar são instrumentos utilizados para viabilizar aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública.

2.2. Sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos federais

Para a aplicação de quaisquer penalidades disciplinares, deve ser instaurado processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar, em que serão assegurados ao servidor acusado os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Registre-se que o poder disciplinar, no que se refere à escolha da penalidade, em regra é vinculado, mas apresenta determinada dose de discricionariedade. A margem de discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares é mínima e somente se verifica em algumas hipóteses relacionadas à penalidade de suspensão (FURTADO, 2007, p. 988).

Em regra, são vinculadas as sanções disciplinares dotadas de elevado teor de restrição que impõem punições mais severas, tais como demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade (COSTA, 2002, p. 47-48).

Embora as infrações disciplinares possam ser descritas de maneira mais aberta, não tão tipificadas como as pe-

nais, não se furtando o administrador, em sua aplicação, de motivá-las adequadamente dentro do aspecto da legalidade, haja vista a égide do Estado Democrático de Direito.

Registre-se que os atos referentes ao arquivamento de procedimentos disciplinares, à imposição de penas e à absolvição devem ser motivados, isto é, a autoridade competente deve explicitar as razões de fato e de direito que levaram à decisão, com base nos elementos dos autos. Por isso a motivação da penalidade é de fundamental importância na garantia da ampla defesa e do contraditório, uma vez que permite o combate às situações de arbitrariedades.

Esse pensamento está em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 128 da Lei no 8.112/90, que dispõe: “O ato de imposição de penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”.

3. Controle principiológico

Os princípios são alicerces da ciência, causa ou base do ordenamento jurídico, apresentando suma importância para o Direito Administrativo na garantia do equilíbrio da bipolaridade liberdade do indivíduo e autoridade da Administração.

O domínio do direito no Estado Democrático é composto não apenas de regras, mas também de princípios jurídicos, conforme destaca Ronald Dworkin. O princípio, muito embora continue a existir no ordenamento jurídico, pode não prevalecer diante de de-

O princípio da proporcionalidade parte do pressuposto de que os atos praticados pelo Poder Público não podem ser desprovidos de uma finalidade, constituindo ferramenta substancial para o controle do arbítrio estatal.

terminadas condições (DWORKIN, 2002, p. 20-22).

3.1. Princípio da Proporcionalidade

A definição e o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade ainda não são consenso na doutrina e nem na jurisprudência. Buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. Consoante magistério de Paulo Bonavides, a sede material do princípio da proporcionalidade, defendida por diversos autores, é a que o aloja no Estado Democrático de Direito, dando-lhe, assim, sua mais plausível e fundamental legitimação (BONAVIDES, 2009, p. 398-400).

Nesse sentido, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, por meio de juízos comparativos de ponderação no caso concreto.

O critério de proporcionalidade transformou-se em regra jurídica, por força da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei no 9.784, de 29.01.1999), que, em seu art. 2o, parágrafo único, inciso VI, adquiriu indiscutível densidade normativa no direito brasileiro, conforme transcrição abaixo:

“Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de: [...] VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei no 8.112, de 11.12.1990) estipula, no seu artigo 128, que, na aplicação da sanção disciplinar, deve a autoridade competente levar em conta que “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”.

Depreende-se que o princípio da proporcionalidade parte do pressuposto de que os atos praticados pelo Poder Público não podem ser desprovidos de uma finalidade, constituindo ferramenta substancial para o controle do arbítrio estatal. Mesmo não existindo expressa disposição constitucional, a Lei Maior alberga esse princípio de forma implícita.

3.2. Subprincípios da proporcionalidade

Entende-se aqui que o princípio da proporcionalidade tem tanto assento legal quanto constitucional, o que significa dizer que o equacionamento dosimétrico dele decorrente se dirige ao legislador, ao administrador e ao intérprete do direito, com o fim de orientá-los para que não sejam arbitrários e carecedores de racionalidade. A proporcionalidade, tanto em nível constitucional quanto legal, assenta as suas fundamentais pilas em três subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (BARROS, 2003, p. 77).

O subprincípio da adequação determina que se averigue, no caso concreto, se a decisão restritiva (meio) do direito fundamental viabiliza o alcance da finalidade almejada. Trata-se de inquirir se a medida é apta, útil e apropriada para atingir a finalidade perseguida. Suzana de Toledo Barros levanta o seguinte questionamento, para verificar se a medida é adequada: “O meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?” (BARROS, 2003, p. 78).

No subprincípio da necessidade, deve ser verificado se a medida restritiva é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (BARROS, 2003, p. 81-82).

A proporcionalidade em sentido estrito, complementando os subprincípios da adequação e da necessidade, exige

uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim. Em outros termos, para se alcançar o fim perquirido, devem-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins (BARROS, 2003, p. 86-87).

Dessa forma, a decisão da autoridade administrativa estará condicionada aos subprincípios dispostos, sendo considerada proporcional uma sanção aplicada que apresente um caráter pedagógico e, ao mesmo tempo, contribua para a eficiência do serviço público, cujo escopo é o interesse público.

3.3. Princípio da proporcionalidade como hipótese de controle

O Poder Judiciário, em passado recente, quando suscitado a se manifestar sobre matéria disciplinar, não aplicava o princípio da proporcionalidade de forma adequada. E esse posicionamento ocorria mesmo diante da supremacia do dispositivo legal que impõe à Administração Pública o dever de obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 2º da Lei no 9.784/99). Mas, ao argumento de que essa conformidade constitui matéria de mérito, deixavam os juízes de considerar o princípio da proporcionalidade como sendo um dos componentes da legalidade do ato disciplinar (COSTA, 2002, p. 570-572).

Na aplicação das sanções disciplinares decorrentes de processo administrativo disciplinar, além de adequar proporcionalmente os meios que utiliza para alcançar os fins desejados pela lei na aplicação das medidas punitivas, não pode deixar de observar a vida funcional

do servidor processado, a natureza, a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Ignorar tudo isso é aplicar graves e injustas sanções ao servidor acusado em processo administrativo disciplinar, com evidências e provas a seu favor, e atenta contra as elevadas finalidades do processo administrativo, que não se compadece com punições desproporcionais, descabidas e injustas (COSTA, 2002, p. 72-77).

Atualmente, o Poder Judiciário vai aos poucos confirmando o real alcance de controle do ato disciplinar, cotejando-o com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, traçando contornos quanto à influência das provas na decisão final, quanto à repercussão dos antecedentes funcionais do acusado para fins de agravamento ou mitigação da pena, bem como quanto ao prejuízo ocasionado à Administração Pública (art. 128, da Lei no 8.112/90).

Enfim, ganha espaço a interpretação jurídica de que, em sede de procedimento disciplinar, não há mais preponderância da discricionariedade absoluta do ato, quando em voga a aplicação da penalidade disciplinar, conforme recente posicionamento do STJ sobre o assunto, por meio do MS 13.518/DF:

“[...] Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicas do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual

arbitrio, não se limitando, portanto, somente a aspectos formais” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

No âmbito do processo administrativo disciplinar, a proporcionalidade em sentido estrito deve ser motivadamente observada como condição de legitimidade sobretudo das sanções máximas aplicáveis (demissão, destituição e cassação de aposentadoria), em razão do cometimento de faltas funcionais tipificadas na Lei no 8.112/90.

A aplicação da sanção disciplinar não pode escapar à exigência de proporcionalidade, tendo em conta que deve haver congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados, e não de sua capitulação legal.

4. Atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade da sanção disciplinar

Serão de logo apresentados os principais argumentos sustentados por aqueles que admitem a atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade das sanções disciplinares para, em seguida, discorrer-se a respeito das razões que norteiam a corrente que não a admite.

4.1. Dos argumentos favoráveis à atuação substitutiva do Poder Judiciário

Uma vez constatado vício material no ato sancionador, o Poder Judiciário, ao verificar que a sanção disciplinar é desproporcional, deverá anulá-la, subs-

tituindo-a por outra que entender mais adequada, determinando que a Administração Pública aplique a penalidade definida. O argumento de que o princípio da separação dos poderes comprometeria tal constatação não se sustenta, pois a justificativa estaria respaldada no fato de não se estar diante de um ato discricionário, mas sim de ato vinculado, inexistindo, portanto, qualquer limitação à incursão do Poder Judiciário no âmbito do controle de legalidade das sanções disciplinares (PEREIRA, 2007, p. 148-149).

Algumas decisões corroboram esse entendimento. Uma delas foi prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível no 2001.84.00.003792-3, in verbis:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PROCURADOR DO IBAMA. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REVERSÃO PARA PENA DE SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE [...] Possibilidade de reversão da pena de demissão em suspensão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2007).

O Superior Tribunal de Justiça, no processo no 1998/0080437-4, por meio do RMS 10316/SP, também determinou a substituição da pena de demissão pela de suspensão, conforme transcrição abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO. CORREIÇÃO ORDINÁRIA. INQUÉRITO DISCIPLINAR INSTAURAÇÃO. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

VINCULAÇÃO. PORTARIA DE ENQUADRAMENTO. PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO. [...] A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades. Reconhecida pela comissão processante e reafirmado pela assessoria jurídica da autoridade administrativa a presença das circunstâncias atenuantes, frente aos bons antecedentes da indiciada e à ausência de prejuízo para o erário, deve ser assegurado o benefício de pena mais branda. Recurso ordinário provido. Segurança concedida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2000).

Nessa esteira, Beltrán de Felipe, quanto à possibilidade de substituição, pelo juiz, da pena imposta pelo administrador, assevera que a intensidade do controle dos atos administrativos é diretamente proporcional à densidade jurídica de sua regulação. Destarte, sempre que o ordenamento dotar o juiz de todos os critérios suficientes à integração do conteúdo do pronunciamento judicial, far-se-á possível a substituição, por este, das decisões administrativas anuladas. Poderá, pois, o juiz ordenar, na sentença, que a administração pratique determinado ato (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 202).

Flávio Henrique Unes Pereira compartilha do mesmo pensamento ao afirmar que “de todo modo, constata-se que é dever da Administração Pública impor a sanção disciplinar adequada, vez que não remanesce qualquer juízo de conveniência ou oportunidade quanto à matéria. Por conseguinte, o Judiciário, ao verificar que houve ilegali-

dade em tal imposição, deverá, além de anular o ato, especificar qual a penalidade adequada para o caso concreto e determinar que a administração a imponha” (PEREIRA, 2007, p. 145).

Em síntese, essa corrente entende que o Poder Judiciário, quando reconhecer a existência de desproporção na sanção disciplinar, ao anulá-la, deverá substituí-la por outra que entender mais adequada e determinar que a Administração aplique o respectivo ato sancionatório, sem que isso afronte o princípio da separação dos poderes.

4.2. Dos argumentos contrários à atuação substitutiva do Poder Judiciário

Outra corrente entende que não seria permitido ao Poder Judiciário, ao sindicarem um juízo de proporcionalidade, realizar a substituição da reprimenda disciplinar imposta, caso conclua pela existência de excesso, ou determinar que a Administração Pública aplique uma pena “menos severa” (COSTA, 2002, p. 105).

Parte da doutrina e da jurisprudência reconhece que cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que houver desproporção entre a medida aplicada pela administração e aquela prevista na Lei no 8.112/90, apenas declarar a nulidade do ato questionado. Mesmo que a título de vedação ao arbítrio, a possibilidade normativa de variação do grau da sanção objeto da conversão impede essa forma de controle judicial, sob pena de quebra do princípio da separação dos poderes (COSTA, 2002, p. 76-77).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mediante decisão proferida na Apelação Cível nº 270867/PB, determinou a anulação da demissão, por entender que houve afronta ao princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO. PUNIÇÃO EXCESSIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. POSSIBILIDADE. [...] Verificada a existência de desproporção na aplicação da pena disciplinar, deve ser declarada sua invalidade, já que se trata de ato nulo [...] (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o Mandado de Segurança no 10.828/DF, também anulou a sanção disciplinar de demissão, por entender que a punição administrativa não estava pautada no princípio da proporcionalidade, ante a insignificância da conduta do agente, conforme transcrição abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES DE ORDEM FORMAL AFASTADAS. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO [...] 6. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006).

Uma abordagem restritiva do problema foi dada por Régis Fernandes de Oliveira, quando afirma que “ao Judiciário não é dado efetuar dosagem da pena administrativa. O enquadramento realizado pela autoridade administrativa ou é legal – e eventual pretensão desconstitutiva da sanção será recusada – ou é ilegal e, pois incumbe ao Judiciário anular o castigo imposto. Vedado lhe é reduzir o montante da sanção, porque estaria substituindo o critério administrativo pelo judicial e haveria infração ao disposto no art. 2º da CF. Se a sanção imposta pela Administração Pública extrapola os limites legais, ao Judiciário apenas é dado eliminar a lesão ao direito individual do particular. Não lhe é dado reduzir o gravame. Se a Administração Pública desobedece ao princípio da proporcionalidade, causa lesão ao particular, esta deve ser retirada do mundo jurídico” (OLIVEIRA, 2005, p. 96-97).

Fábio Medina Osório, após acolher a possibilidade de que o princípio da proporcionalidade possa restringir os atos administrativos, ressalta que o controle não pode traduzir arbítrio judicial, sublinhando que “ao judiciário compete respeitar os legítimos espaços de movimentação das autoridades administrativas e legislativas, que podem possuir limites mais amplos de atuação”. Com essa afirmação, torna-se claro que o autor admite apenas a invalidação das sanções disciplinares desproporcionais pelo Poder Judiciário (OSÓRIO, 2000, p. 84).

Resta claro, para essa corrente, que não constitui prática muito ortodoxa a intromissão judicial na seara da Administração Pública – possibilitan-

do ou determinando a tomada de providências nos procedimentos disciplinares da exclusiva alçada desta –, uma vez que o processo de uma instância não deve reger o de outra. Em sua legítima função de controle de legalidade, compete ao Poder Judiciário inferir se o ato emanado do poder público é legal ou ilegal, proporcional ou desproporcional.

4.3. Posicionamento sobre o Tema

Sustenta-se neste artigo que é possível o controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar nos casos em que houver excesso praticado pela Administração Pública.

Em consonância com o pensamento até aqui desenvolvido, considera-se inexistir discricionariedade na aplicação da sanção disciplinar, ressalvadas as situações relacionadas à gradação da penalidade de suspensão e a sua conversão em multa. O direito não admite que a uma mesma conduta sejam, indiferentemente, imputáveis uma ou outra das sanções previstas no mandamento legal, uma vez que a uma mensuração da gravidade do fato corresponde uma gradação da severidade de punição. A fixação do montante da sanção imputável depende da valoração que a autoridade julgadora tenha feito da gravidade da conduta.

Ao valorar esta, a fim de qualificá-la como subsumida à hipótese legal, o administrador leva em consideração os elementos que devem ser observados para a fixação da punição (gravidade, natureza, danos, antecedentes). Ao julgar desproporcional a punição imposta pela autoridade administrativa a determinado

servidor, manifesta-se o juiz pela ilegalidade de tal punição, por não obedecida a gradação estabelecida para a conduta à qual foi imposta, e, nesse caso, o ato disciplinar deverá ser anulado.

Nesse sentido, não cabe a atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade da sanção disciplinar. Ao reconhecer a existência de desproporcionalidade da sanção disciplinar, o Poder Judiciário deverá apenas anular o ato sancionatório (portaria que aplicou a sanção disciplinar, e não todo o processo), sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a Administração Pública possa aplicar a penalidade adequada à infração administrativa, aproveitando-se os atos regularmente praticados no procedimento disciplinar e desde que ainda não tenha ocorrido a prescrição da aplicação da penalidade disciplinar.

O que o sistema jurídico veda, em razão do princípio da divisão dos poderes, é a mera substituição da reprimenda disciplinar imposta, operada por decisão judicial anulatória, por existência de desproporcionalidade ou determinação para que a Administração Pública aplique uma penalidade “menos severa”. Assim, é defeso ao Poder Judiciário, a pretexto de exercer o controle de legalidade do ato disciplinar, determinar que a Administração aja desta ou daquela maneira.

Conclusão

Constatou-se que o processo administrativo disciplinar instaurado em face dos servidores públicos federais não está, assim como tantos outros atos es-

tatais, imune à defendida sindicabilidade jurisdicional, uma vez que é assegurado constitucionalmente a todos o direito de acesso à justiça, podendo o Poder Judiciário anular eventuais excessos praticados pela Administração, cometidos sob o pretexto de aplicar as sanções disciplinares.

Restou demonstrado que a existência de independência entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, a previsão de uma razoável tipificação das condutas na Lei nº 8.112/90, a necessidade de motivação dos atos disciplinares, a discussão de interesses individuais que merecem proteção do Estado, tudo leva à conclusão de que é cabível o controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar, pois há potencial lesividade a direitos fundamentais.

Ademais, a Administração Pública deve estrita obediência ao princípio da legalidade, em face de a Constituição Federal consagrar sua formação sob a forma de Estado Democrático de Direito. Assim, essas sanções, aplicadas com o intuito de sancionar os servidores públicos federais que cometem faltas funcionais, poderão ser revistas judicialmente nos casos em que a Administração Pública não se atenha aos princípios constitucionais e administrativos que

norteiam sua atividade, sobretudo o princípio da proporcionalidade.

Conquanto o princípio da proporcionalidade possa induzir a ideia dosimétrica entre falta e sanção, não significa que possa o Poder Judiciário, em sua incursão jurisdicional de legalidade, substituir a sanção imposta pela Administração Pública, nem determinar que esta aplique uma pena “menos severa”, sob pena de fulminar o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna.

Conclui-se que os seguintes limites deverão ser observados quando do controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar: (a) ao Poder Judiciário somente é legitimado aferir se houve ou não proporcionalidade disciplinar na aplicação do ato punitivo; (b) constatando-se que a sanção é desproporcional, não poderá substituí-la ou modificá-la por outra, devendo apenas anular o ato sancionatório (portaria que aplicou a sanção disciplinar, e não todo o processo), sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a Administração Pública possa aplicar a penalidade adequada à infração administrativa, aproveitando-se os atos regularmente praticados no procedimento disciplinar e desde que ainda não ocorrida a prescrição da aplicação da penalidade disciplinar.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed., São Paulo: RT, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prática do Processo Administrativo. 6a ed., São Paulo: RT, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3a ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13.518/DF, Terceira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 05.12.2008, DJe de 19.12.2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares – O alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Quinta Região, Apelação Civil no 2001.84.00.003792-3, Quarta Turma, Rel. Desembargador Barros Dias, DJU de 25.01.2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 10316/SP. Sexta Turma. Rel. Ministro Vicente Leal. Julgado em 11.04.2000, DJU de 22.05.2000.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Quinta Região. Primeira Turma, Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde, Rel. p/acórdão Desembargador Federal Frederico Azevedo, DJU em 10.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 10.828/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 28.06.2006. Publicado no DJU de 02.10.2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Disciplinares. 2a ed., São Paulo: RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2000.