



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO CEARÁ
CURSO DE DIREITO PÚBLICO – “TURMA II”**

CLAUDIANA MAPURUNGA PINHEIRO

**APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS SANÇÕES DISCIPLINARES DA
LEI 8.112/90**

**FORTALEZA
2014**

CLAUDIANA MAPURUNGA PINHEIRO

**APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS SANÇÕES DISCIPLINARES DA
LEI 8.112/90**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito Público da Escola da Magistratura
do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do Título de Especialista em
Direito Público.**

**Orientador: Prof. Me Giuliano Menezes
Campos.**

**FORTALEZA
2014**

CLAUDIANA MAPURUNGA PINHEIRO

**APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS SANÇÕES DISCIPLINARES DA
LEI 8.112/90**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito Público da Escola da Magistratura
do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do Título de Especialista em
Direito Público.**

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Me. Giuliano Menezes Campos
Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC).**

**Prof. Me. Daniel Gomes de Miranda
Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC).**

**Prof. Esp. Zainito Holanda Braga
Universidade de Fortaleza (UNIFOR).**

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo proceder a uma análise crítica acerca da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade aos processos administrativos disciplinares, considerando as peculiaridades das sanções previstas na Lei 8.112/90, especialmente as penas expulsivas. O enquadramento da sanção disciplinar e a dosimetria da pena são analisados, especialmente nos casos que envolvem as penas capitais, trazendo à colação o entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias a respeito da aplicação do princípio. A origem, o contexto histórico a aplicação do aludido princípio no ordenamento jurídico brasileiro é abordado de uma forma objetiva no primeiro capítulo. O Estatuto contendo os deveres, as proibições, e as sanções que devem ser aplicados ao servidor faltoso, ainda a temática do poder disciplinar da Administração Pública e as fontes subsidiárias da Lei são objetos de discussão numa segunda etapa do trabalho. Numa terceira etapa foram feitas considerações acerca dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares, dos ritos e das fases que compõem o processo, para uma melhor compreensão do enquadramento e dos parâmetros de dosimetria da pena a fim de se identificar quais as etapas do processo administrativo apresentam-se mais propícias à aplicação do princípio em busca de uma pena mais justa e proporcional.

Palavras-chave: Processo Administrativo disciplinar; Proporcionalidade; Penas Capitais; Administração Pública.

ABSTRACT

This monograph aims to undertake a review of the possibility of applying the principle of proportionality to administrative disciplinary proceedings analysis, considering the peculiarities of the sanctions provided for by Law 8.112/90, especially expulsive feathers. The framework of disciplinary action and dosimetry pen are analyzed, especially in cases involving capital punishment, bringing into play the understanding of doctrine and homelands regarding the application of the principle jurisprudence. The origin, the historical context the application of the principle alluded to the Brazilian legal system is approached in an objective way in the first chapter. The statute containing the duties, prohibitions, and penalties to be applied to the faulty server, still the subject of disciplinary powers of the Public Administration and subsidiary sources of law are subjects of discussion in the second stage of labor. In a third step considerations were made on apuratórios procedures for disciplinary offenses, the rites and stages that make up the process for a better understanding of the framework and parameters of dosimetry pen in order to identify which stages of the administrative process presented particularly conducive to the application of the principle in search of a more just and proportionate punishment.

Keywords: Administrative disciplinary process; Proportionality; Sentencing Capital; Public Administration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	08
2. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES AO SERVIDOR NO CONTEXTO DA LEI 8.112/90 E FONTES INTEGRATIVAS	14
2.1 O Estatuto dos servidores públicos civis da união: deveres, proibições e sanções disciplinares.....	14
2.2 Do poder disciplinar da Administração Pública	18
2.3 Fontes integrativas do regime disciplinar da lei 8.112/90	19
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO LIMITADOR DO ESTADO	23
3.1 Considerações acerca dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares	23
3.2 Ritos e Fases Processuais do Processo Administrativo Disciplinar de acordo com o Estatuto.....	26
3.3 Enquadramento previsto na lei 8112/90 e parâmetros de dosimetria da pena e a incidência do princípio da proporcionalidade	34
3.4 Etapas do PAD mais favoráveis à incidência do princípio da proporcionalidade	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	46

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 todo o ordenamento jurídico passou a sofrer uma releitura à luz de sua força normativa. Os princípios constitucionais propiciam a expansão da incidência da Constituição, e os diversos ramos do Direito devem adequar-se à realidade constitucional e como não poderia deixar de ser, também o Direito Administrativo Disciplinar, passando o controle jurisdicional da Administração a priorizar os direitos e garantias individuais perante o poder público.

O princípio da proporcionalidade ou “mandamento da proibição do excesso”, vem alcançando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico pátrio, considerado como um dos mais importantes princípios norteadores da Constituição em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Malgrado sua crescente importância para a doutrina e jurisprudência pátrias, tal princípio não tem sido aplicado em sua plenitude ao Processo Administrativo Disciplinar - aqui nos referimos particularmente ao PAD, da Lei 8112/90, Estatuto que trata sobre o Regime Jurídico dos servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais - o que é fortemente perceptível quando da aplicação das penas expulsivas aos servidores.

Este trabalho pretende contribuir para o aprimoramento da Lei 8.112/90. Para tanto, analisa-se a possibilidade de aplicação do princípio em destaque aos processos administrativos disciplinares, sobretudo naquelas infrações que implicam em penalidade de demissão, em razão da gravidade da pena, buscando evitar penalidades desarrazoadas e injustas, em face do Estado Democrático de Direito, norteador da Administração Pública nos dias atuais.

A atualidade do tema justifica-se em decorrência das mudanças ocorridas na Teoria do Direito, em especial no Direito Administrativo Disciplinar, onde também se impõe uma mudança de paradigmas, buscando a superação do positivismo jurídico, o que traz para o centro das discussões a juridicidade dos princípios, como já foi dito, agora convertidos em pedestal normativo sob os quais se estruturam todo o arcabouço jurídico das Constituições Contemporâneas.

Além da repercussão teórica do tema, ele pode contribuir para uma reflexão acerca do posicionamento da Administração quanto à condução dos processos que implicam em aplicação de penalidades, quanto à adequação das penas impostas, considerando que o

princípio da proporcionalidade já com aceitação em vários julgados pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina brasileira, pode contribuir para um debate acerca da revisão do dispositivo legal, de forma que os processos disciplinares sejam conduzidos de maneira adequada.

Portanto, no primeiro capítulo, analisa-se o princípio da proporcionalidade, sua origem, o contexto histórico, aplicação no âmbito da doutrina e jurisprudência pátrias, para ao final, situá-lo no contexto da sanção disciplinar.

A temática da aplicação das penalidades, prevista no Estatuto, incluindo os deveres e as proibições impostos ao servidor, bem como, o poder disciplinar da administração, e ainda as normas que subsidiam a aplicação da Lei 8.112/90 são objeto de discussão no segundo capítulo, considerando sua importância para o desenvolvimento do tema proposto.

O terceiro e, último capítulo tem como tema o Processo Administrativo como limitador do Estado, nele, são encontradas as considerações necessárias acerca dos procedimentos apuratórios das faltas disciplinares, dos ritos sumário e ordinário e das fases processuais previstas no Estatuto.

O enquadramento da sanção disciplinar e a dosimetria da pena são ainda objeto de análise nesse capítulo, com especial ênfase na aplicação das penas capitais porque traz a lume o entendimento esposado pela jurisprudência e doutrina pátrias acerca da possibilidade ou não da aplicação do juízo de proporcionalidade.

Por fim, ainda no referido capítulo faz-se alusão às etapas do PAD mais propícias à incidência do princípio em busca de uma pena mais adequada e proporcional ao ilícito praticado.

2. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade, além de princípio constitucional constitui-se em cânone de interpretação da Constituição, sendo considerada como um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, com amplo emprego não só na jurisprudência no Brasil, como em outros países como Espanha, Alemanha, França, África do Sul, Canadá, Portugal, Colômbia e Itália.

No Brasil o princípio desenvolveu-se com o advento da Constituição Federal de 1988, sob influência da teoria constitucional germânica. Tem sido empregada com o objetivo de preservar os direitos fundamentais, coincidindo o mesmo com a essência e objetivo da própria Constituição.

Atualmente, verifica-se que ao longo desses últimos dez anos os casos julgados com amparo na “regra da proibição do excesso” sofreram aumento considerável, sendo a proporcionalidade utilizada de forma mais analítica ampliando a previsibilidade de atuação do judiciário, fruto do reconhecimento da importância do aludido princípio pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Barros¹ esclarece que o surgimento deu-se em decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, momento em que é formulado com o objetivo de controlar o poder do monarca, chamado poder de polícia, limitado quanto aos fins a serem perseguidos e quanto aos meios empregados. A doutrina é quase uníssona em concordar a respeito desse fato histórico que alavancou o surgimento.

No direito administrativo, seu emprego consagrou-se como uma evolução do princípio da igualdade, ligando-se à idéia de pena ou sanção.

Entretanto, a maneira como se deu sua sedimentação e migração para o direito constitucional restou condicionada ao sistema adotado a partir da formação dos estados modernos, não por acaso, mas fruto das lutas pela proteção aos direitos humanos, reflexo dos movimentos surgidos na Europa Continental e na América, que perduraram por todo o século XVIII.

Após a II Guerra Mundial o princípio foi transplantado do campo administrativo para o campo constitucional, passando a ser utilizado também para controle da constitucionalidade dos atos legislativos, sobretudo dos que restringiam direitos fundamentais.

¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.37.

Segundo a doutrina o princípio tem origem e desenvolvimento relacionados à garantia do *due process of law*, do direito anglo-saxão, cuja matriz remonta à cláusula *law of land*, inscrita na Magna Carta, de 1215 e atualmente consagrado através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, momento em que passou a fundamentar a Jurisprudência da Suprema Corte daquele país².

Cumpra acrescentar que o princípio, como construção dogmática do direito alemão corresponde ao princípio da razoabilidade no direito norte-americano, sendo que na América desenvolveu-se mais de meio século antes, em virtude da maior liberdade que os juízes tinham para criar o Direito.

Na Inglaterra por sua vez, é conhecido como princípio da irrazoabilidade, contudo, Silva³ esclarece que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinam-se apenas a afastar os atos absurdamente irrazoáveis, todavia, para ser considerado desproporcional não é necessário que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.

O fato é que na doutrina pátria, estudiosos do direito constitucional e demais ramos do direito aos poucos certificam-se da necessidade de se reconhecer e empregar o princípio, que também é chamado de “mandamento da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*).

É importante destacar a importância da razoabilidade no controle dos atos abusivos da Administração, não importando a natureza que estes tenham. O fundamento é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes administrativos que exorbitem os limites adequados, que possam desviar-se dos objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado.

Em nossa Constituição não há previsão expressa do mencionado princípio à diferença de outros países, como, por exemplo, Portugal onde a Constituição Portuguesa de 1974, em seu art. 18, trata da “força jurídica” dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais, em especial no inc. II – “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.256.

³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p.29, abr. 2002.

protegidos”.⁴ Na segunda parte da norma acima transcrita, observa-se que a essência e destinação do princípio é a de preservar os direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal tem fundamentado o princípio, na cláusula do devido processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, XXXIV, da CF), com ampla aceitação na doutrina constitucional.

Há ainda justificativas que servem de fundamento para o emprego do princípio, como a cláusula que consagra a garantia de direitos implícitos decorrentes do regime constitucional (art. 5º, § 2º, CF) - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”. Além do mais há outras justificativas baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto o mais importante é reconhecer que o uso da proporcionalidade pode ser extraído de preceitos constitucionais diferentes e do sistema constitucional considerado em sua globalidade.⁵

Existem também questionamentos acerca da natureza principiológica da proporcionalidade, entendem alguns doutrinadores que a expressão princípio, embora largamente utilizada, não opera como verdadeiro princípio, ou seja, no sentido de “mandado de otimização”, mas sim como regra, utilizada sob a lógica do “tudo ou nada”. Há ainda aqueles que defendem a atuação da proporcionalidade como um “postulado aplicativo”, uma vez que não possui conteúdo próprio.

O fato é que mesmo ante essas divergências doutrinárias em torno da natureza do princípio, há razoável aceitação no ordenamento pátrio, fundamentada nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No Brasil, há uma tendência a se confundir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o que pode ser observado na jurisprudência, sobretudo na da Suprema Corte.

Ao que parece o STF vem adotando a denominação clássica “princípio da proporcionalidade” desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle de constitucionalidade – nesse caso, como em outros julgados, não há uma aplicação do princípio da proporcionalidade em toda a sua essência, com análise ordenada de seus subprincípios, o que há verdadeiramente é uma aplicação do princípio da razoabilidade.

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: RCS, 2007, p.77.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 468.

Processo: ADI 855 PR⁶. **Relator:** Ministro Octávio Galotti. **Julgamento:** 06/03/2008. **Partes:** Confederação Nacional do Comércio – CNC; Governador do Estado do Paraná – Júlio César Ribas Boeng; Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. **Ementa:** Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.

Ainda quanto à forma de utilização na jurisprudência do STF, Silva⁷ explica que não raramente é utilizado como mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico desprovido de sistematização, pois não é utilizado em suas três vertentes sistematicamente, mas sim correspondendo apenas à exigência de adequação, que é a primeira das três sub-regras da proporcionalidade.

Ademais, uma parcela significativa de doutrinadores também utiliza uma expressão como sinônima da outra, frise-se ainda que, tal confusão também pode ser percebida em relatórios de comissões do Poder Legislativo.

Contudo, para uma melhor compreensão do alcance e sentido dos dois princípios faz-se necessário que seja realizada a diferenciação entre razoabilidade e proporcionalidade.

Percebe-se que a doutrina aponta no sentido de que a razoabilidade tem maior amplitude que a proporcionalidade, logo “sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades, ao passo que o inverso ocorrerá com a razoabilidade: será limitada por demais”.⁸

Bergmann Ávila⁹ para quem também o “dever” de proporcionalidade não se identifica com o de razoabilidade, explica que mais importante que impor qualificação diferenciada para os deveres de proporcionalidade e razoabilidade é verificar a diferença dos métodos envolvidos na aplicação de cada um deles, considerando que o método da

⁶ ADI 855 – PR. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749526/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-855-pr>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p.31-32, abr. 2002.

⁸ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.45.

⁹ BERGMANN 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.I, n.4, julho, p.30-31, 2001. “O doutrinador vê o princípio como “postulado normativo aplicativo”, e refere-se a ele não como princípio, mas como dever de proporcionalidade, conceituando-o como “postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados”.

proporcionalidade consiste em referir-se a bens jurídicos ligados a um fim, ao passo que o método utilizado pela razoabilidade é um juízo referente à pessoa atingida.

Dessa forma o princípio da proporcionalidade, compreendido “como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídico e faticamente possível” possui conteúdo que se divide em três elementos ou subprincípios ou ainda “princípios parciais” (*Teilgrundsätze*), como já foi visto, quais sejam: “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (*Abwägungsgebot*), “princípio da adequação”, e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (*Gebot des mildesten Mittels*)¹⁰.

O “conjunto” desses elementos confere a densidade necessária para a sua utilização, dessa forma, um ato estatal qualquer só será compatível com o princípio da proporcionalidade se atender ao mesmo tempo os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se primeiramente observar se a medida atende o subprincípio da adequação, em caso positivo, passa-se a seguir ao subprincípio da necessidade, mais uma vez favorável à validade do ato, recorre-se ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Importante observar o respeito à ordem de aplicação desses subprincípios sob pena de afronta ao aludido princípio.¹¹

O subprincípio da adequação ou “idoneidade” requer ao mesmo tempo, que os fins perseguidos pelo Estado sejam legítimos e que os meios adotados para a consecução desses fins sejam aptos, ou seja, há análise de coerência entre os meios empregados pelo Estado e os fins a ser atingidos.

O subprincípio da necessidade impõe, que dentre várias medidas possíveis capazes de promover com igual intensidade a finalidade perseguida, o Estado deverá optar sempre pela que seja menos gravosa. Assim, sempre que restar demonstrado que uma restrição menor a um direito ou interesse juridicamente protegido atingiria o mesmo objetivo pode-se invalidar a medida excessiva.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, requer que seja realizada uma análise de comparação entre os custos e os benefícios da medida em questão, analisando seus efeitos negativos e positivos, logo, é necessário verificar se o grau de

¹⁰ GUERRA FILHO, Op cit., 2007, p.88.

¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 468.

afetação decorrente da medida adotada pode ser justificado pelo nível de realização do interesse ou bem juridicamente protegido.

Esse subprincípio pode-se apresentar igualmente válido quando o princípio da adequação e exigibilidade não for suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada, por isso, é complementar aos dois outros “princípios parciais” acima citados, conforme explica Barros¹²:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido [...].

Malgrado a Constituição Federal não o trazer de forma explícita, percebe-se sua existência como norma implícita como já se mencionou, da mesma forma como são destacados os princípios da igualdade, do devido processo legal em seu aspecto substantivo, da razoável duração do processo e da representação proporcional.

Quanto a sua aplicação ao Processo Administrativo Disciplinar - PAD, no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei 8.112/90 não o contempla de forma explícita, contudo, a Lei 9784/99, artigo 2º, dispositivo que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, e que se aplica de forma subsidiária ao aludido processo. impõe obediência dentre outros princípios, ao princípio supracitado - “A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Ainda assim, a Comissão de sindicância ou do PAD, na condução dos procedimentos disciplinares poderá entender que tal princípio, a eles não se aplicam e ainda que dessa maneira não pensasse, questionamentos quanto á possibilidade de extensão a todas as sanções discriminadas na Lei sempre podem surgir.

Em face dessas considerações é que esse trabalho busca analisar em quais tipos de sanção previstas no Estatuto é permitida a aplicação do princípio em comento e como a doutrina e a jurisprudência se posicionam a esse respeito.

Para tanto, inicialmente torna-se indispensável esclarecer alguns aspectos fundamentais acerca dos deveres e proibições estabelecidos pelo estatuto, do poder disciplinar

¹² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.84.

da administração e das espécies de sanções aplicáveis aos servidores públicos federais, bem como, das fases em que se desenvolve o PAD, para finalmente, proceder à análise de quais as etapas do processo administrativo que são mais propícias à incidência do princípio.

2. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES AO SERVIDOR NO CONTEXTO DA LEI 8.112/90 E FONTES INTEGRATIVAS

2.1 O Estatuto dos servidores públicos civis da união: deveres, proibições e sanções disciplinares.

A lei 8.112/90 dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das fundações públicas federais, dentre outras questões afetas ao servidor, cuida esse diploma legal, no Título IV - do Regime Disciplinar - estabelecendo deveres, proibições, responsabilidades e penalidades e no Título V, que trata do Processo Administrativo Disciplinar, estabelece as diretrizes para a sua condução.

O Regime disciplinar no âmbito do dispositivo legal compreende os deveres, contemplados no artigo 116¹³, e as proibições previstas no art. 117¹⁴ e, estabelece as penalidades disciplinares, a saber: advertência, suspensão, demissão, destituição de função ou cargo em comissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

¹³ Lei 8.112, art.116. I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II – ser leal às instituições a que servir; III – observar as normas legais e regulamentares; IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V – atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) as requisições para a defesa da Fazenda Pública; VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X – ser assíduo e pontual ao serviço; XI – tratar com urbanidade as pessoas; XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

¹⁴ *Ibidem*, art. 117. I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; III - recusar fé a documentos públicos; IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político, VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X – ser assíduo e pontual ao serviço; XI – tratar com urbanidade as pessoas; XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

¹⁴ *Ibidem*, art. 117. I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; III - recusar fé a documentos públicos; IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político, VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo de XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

A advertência é a sanção mais branda, constitui-se em admoestação verbal ao servidor, não chegando sequer a ser registrada nos seus assentamentos funcionais, ao passo que a repreensão configura uma censura da conduta mais enérgica, efetuada por escrito passando a constar dos assentamentos funcionais do transgressor.

Na suspensão, o transgressor afasta-se obrigatoriamente do cargo, por certo período que não pode ultrapassar 90 (noventa) dias, com a perda do vencimento referente ao tempo e o prazo do afastamento influi na contagem do tempo de serviço.

A multa é sanção de natureza pecuniária, constituindo-se em obrigação de pagar ao Estado, não possui natureza autônoma podendo substituir a penalidade de suspensão, caso seja conveniente para a Administração Pública.

Na destituição do cargo em comissão ocorre a perda do cargo por servidor comissionado por falta de exação no cumprimento dos deveres funcionais e será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e demissão, de acordo com o art. 135, da Lei.

A cassação de disponibilidade é aplicada ao servidor que não assume no prazo estipulado pela lei a função em que for aproveitado ou que transgride norma à qual deveria se submeter, embora na inatividade.

A cassação de aposentadoria, por seu turno, deverá ser imposta aos servidores inativos que, no período de atividade possam ter praticado transgressões puníveis com a demissão.

E finalmente, a pena de demissão, à qual consiste em expulsão forçada do servidor do cargo por ele ocupado, por seu rigor, somente deve ser aplicada nos casos de alta gravidade.

As faltas disciplinares, a depender do grau de relevância da falta cometida, podem ser classificadas em leves, graves e gravíssimas.

As leves são as que trazem um mínimo de prejuízo para a administração, como é o caso da advertência, embora a conduta reiterada do servidor possa culminar em faltas graves, podendo implicar em suspensão do transgressor, uma vez que causam danos ao serviço, o que requer sanção mais severa.

As faltas graves de acordo com Costa¹⁵ são as que por comprometerem o “prestígio” e a “disciplina” interna do órgão causam danos à Administração.

¹⁵ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a, p.196.

Por fim, as infrações gravíssimas são as que causam danos tão elevados de maneira que podem acarretar a pena de demissão.

O desrespeito aos deveres funcionais estabelecidos nos incisos do artigo 116 e as proibições estabelecidas nos incisos I a VIII e XIX, do art. 117, bem como, a inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique a aplicação de pena mais grave poderá implicar na aplicação da pena de advertência.

No caso de infrações médias, capituladas no art. 117, incisos XVII e XVIII e no art. 130, § 1^o¹⁶, o Estatuto prevê exclusivamente a pena de suspensão. O art. 130 prevê ainda a pena de suspensão para os casos de reincidência de faltas punidas com advertência, como também para os casos que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão.

As infrações graves descritas no art. 117, incisos IX a XVI, bem como previstas no art. 132¹⁷, incisos II, III, V, VII, IX e XII, da Lei, cominam ao servidor a pena de demissão.

Saliente-se que o art. 137 do Estatuto prevê a incompatibilização de ex-servidor demitido ou destituído do cargo em comissão, para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 05 (cinco) anos, por infringência dos incisos IX e XI, do artigo 117¹⁸.

E enfim, as infrações gravíssimas, estatuídas nos incisos I, IV, VIII, X e XI, do art. 132¹⁹, para as quais deve se aplicar a pena de demissão ou destituição do cargo em comissão, com mais rigor, impedindo o retorno do servidor aos quadros da administração em definitivo, em clara aplicação de pena de caráter perpétuo, contrariando preceito constitucional, previsto no art. 5^o, inciso XLVII, "b".

Portanto, analisando detidamente as sanções delineadas pela Lei 8.112/90, as penas de demissão e destituição de cargo em comissão, e ainda, a cassação de aposentadoria são as penas mais rigorosas, posto que, além de retirar o servidor do cargo, podem em alguns casos, impedi-lo de retornar temporária ou definitivamente aos quadros da Administração.

¹⁶ Lei 8.112/90. Art. 130, §1^o. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente [...]

¹⁷ Lei 8.112/90. Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou função pública.

¹⁸ Art. 132 incisos: IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto à repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

¹⁹ Art. 132, Inciso I - crime contra a administração pública; IV - improbidade administrativa; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; X - lesão aos cofres públicos, XI - corrupção.

A sanção ou pena disciplinar pode ter função preventiva ou repressiva. No primeiro caso, a sanção prevista constitui-se em ameaça fazendo com que o servidor se abstenha de transgredir as normas disciplinares e no segundo caso, de cunho mais grave, visa punir o servidor, uma vez que já ocorreu a transgressão.

Desnecessário lembrar que, exceto as sanções de caráter expulsivo, todas as demais têm por objetivo a educação ou mesmo a reeducação do servidor punido, além do mais o escopo primordial é a regularidade do serviço público, como bem jurídico tutelado, destinando-se ainda a “resguardar o prestígio da administração pública perante a coletividade beneficiária dos seus serviços”.²⁰

A depender da linha adotada pelo regulamento disciplinar podem-se adotar três entendimentos quanto ao aspecto da infração disciplinar, a saber: quase que absoluta atipicidade, relativa tipicidade e quase que absoluta tipicidade.

Pode-se dizer que a transgressão disciplinar, do Estatuto em comento é em regra relativamente atípica, e somente é típica, em casos excepcionais, contudo, não se pode deixar de verificar que esta regra aplica-se tão somente aos casos de punições mais leves, o que não implica, de forma alguma, punição arbitrária, mas apenas que o motivo da punição não necessariamente está prévio e rigorosamente estabelecido em lei.

Costa²¹ em seus ensinamentos aponta para o entendimento da “quase que absoluta tipicidade”, do regime adotado pelo Estatuto, o que deixa à administração uma diminuta potestade discricionária, tendo em vista que somente nos casos de advertência poderá ocorrer a flexibilização, o que não se aplica para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e outras de maior gravidade, que requerem maior precisão no correlacionamento da conduta e o tipo traçado pela norma, em razão da gravidade da conduta.

O controle dos abusos ou distorções que possam advir desse poder discricionário concedido ao administrador para aplicação das penalidades, poderão em muitos casos, serem substancial e concretamente feito através dos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, com base nos seus elementos de adequação, exigibilidade ou máxima do meio mais suave.

²⁰ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a, p.200-201.

²¹ *Ibid.*, 193-195.

2.2 Do poder disciplinar da Administração Pública

As tarefas atribuídas ao Estado Contemporâneo tornam-se cada vez mais complexas, sobretudo em decorrência das transformações por que tem passado o Estado desde o final do século XX, culminando com o surgimento do Estado Gerencial.

Tais transformações, frutos da globalização, requerem uma reformulação do papel do Estado e dão mostras de que as reformas administrativas são uma realidade constante no mundo globalizado, decorrência do capitalismo.

O Estado Gerencial que tem como um de seus pilares o princípio da eficiência, requer que os serviços prestados pela Administração por intermédio de seus servidores sejam eficientes e tenham a máxima efetividade.

Dessa forma, a Administração pública entidade abstrata, incapaz de realizar por si só o desempenho das tarefas administrativas, incumbe a realização dos serviços aos seus agentes, servidores públicos, que por sua vez têm o dever de realizá-los segundo as regras legais, éticas ou morais.

Contudo, como seres humanos que são, esses servidores estão sujeitos a falhas, e podem praticar ou deixar de praticar atos que a depender de sua intensidade ou dimensão podem afetar a boa prestação dos serviços públicos.

Com o objetivo de garantir a prestação adequada desses serviços o Estado estabelece normas de caráter disciplinar que decorrem diretamente do poder disciplinar que lhe é atribuído, o que lhe impõe o dever de apurar as irregularidades cometidas pelos seus servidores em razão do exercício do cargo ou função e, se for o caso aplicar-lhes as sanções cabíveis.

A Administração sabedora da infração disciplinar tem a obrigação de apurar a responsabilidade, assim como aplicar a penalidade devida. Convém assinalar também que sua omissão poderá ensejar ilícitos penais, tipificados no Código Penal Brasileiro, a título de ilustração podemos citar, o delito de condescendência criminosa, capitulado no art. 320. Portanto, o seu exercício constitui-se mesmo como “dever de autoridade”²².

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.122.

2.3 Fontes integrativas do regime disciplinar da lei 8.112/90

Na Administração Pública Federal o processo administrativo disciplinar encontra base legal na Constituição Federal e regulamentação na Lei 8.112/90, nos títulos IV - Do Regime Disciplinar e V - Do processo administrativo disciplinar, artigos 143 a 182.

Contudo, referido dispositivo apresenta lacunas relativas ao processo que requerem a integração por meio de outras legislações, dentre as quais destaca-se a Lei 9784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, por força do artigo 69, que dispõe “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

Aplica-se também de forma subsidiária ao PAD a Lei 8429/92, Lei de improbidade Administrativa (LIA), que além de estabelecer disposições para responsabilizar agentes públicos por atos de improbidade, contribui com aspectos específicos para o processo administrativo disciplinar, estabelecendo os atos de improbidade e cominando as penas a serem aplicadas a cada espécie de sanção.

E como o regime disciplinar é parte componente do Direito Administrativo este não poderia deixar de prescindir dos princípios setoriais normativos e informativos daquele ramo do direito, como: princípio da finalidade pública; da autoexecutoriedade; da autotutela; da especialidade; da continuidade dos serviços públicos; da igualdade dos administrados face à Administração Pública; da presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo; da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; da vinculação do ato administrativo aos motivos declinados, da hierarquia e da oficialidade, além de outros.

Pelo princípio da finalidade pública a “A administração só existe e se justifica para atender a um fim público, que é o resultado que se busca alcançar com a prática do ato, e que consiste em satisfazer, em caráter geral e especial, os interesses da coletividade”.²³ O administrador ao se desviar de um interesse público para outro interesse público afronta o princípio da finalidade pública, considerando que a atividade administrativa é vinculada a um fim determinado.

O princípio da autoexecutoriedade consiste na possibilidade de a Administração executar por seus próprios meios o ato Administrativo, sem necessitar da ingerência do Poder Judiciário.

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.45.

Pelo princípio da autotutela entende-se o poder-dever que possui a administração para rever seus próprios atos, anulando os ilegais e revogando os que deixarem de ser convenientes e oportunos. Vale lembrar que no âmbito Federal, a Lei 9784/99, no art. 53, afirma esse poder-dever “A administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

O princípio da Continuidade dos serviços, dado o caráter de essencialidade dos serviços públicos, impede que os mesmos sofram solução de continuidade, comportando raras exceções.

Pelo princípio da igualdade do Administrado, a administração tem por obrigação agir com impessoalidade, em busca da promoção do bem comum, acolhendo de forma indistinta e objetiva os interesses da sociedade. Tratando a todos os administrados de forma isonômica.

Pelo princípio da presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo depreende-se que os atos administrativos gozam de presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade, logo, tidos como válidos e legais até que se prove o contrário.

O Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado quer dizer que, em ocorrendo conflito entre o interesse da sociedade e o interesse do particular o que deve prevalecer é o interesse público, tradicionalmente a doutrina sustenta que este princípio, juntamente com o princípio da legalidade constituem os pilares básicos do regime jurídico administrativo.

Princípio da vinculação do ato administrativo aos motivos declinados – Ao apresentar os motivos que ensejaram à prática do ato, o administrador condiciona a validade do ato a existência desses motivos, ainda que o ato seja discricionário.

O Princípio da hierarquia tem a ver com o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes administrativos, em razão desse escalonamento dá-se a chamada relação hierárquica²⁴. Do sistema hierárquico decorre o poder de comando de agentes superiores sobre outros de hierarquia inferior.

Em decorrência da hierarquia é que ocorre a fiscalização das atividades desempenhadas por agentes de hierarquia inferior por autoridade superior; é concedido, ainda, ao agente de hierarquia superior o poder de rever atos praticados por agentes de menor hierarquia, quando em desacordo com as disposições legais.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p.67.

A hierarquia impõe também o dever de obediência aos servidores públicos no cumprimento de deveres e atos administrativos, exceto os manifestamente ilegais; bem como permite ainda, aos superiores hierárquicos a aplicação de reprimendas sanções disciplinares dentro dos limites da competência estabelecida.

Pelo princípio da oficialidade, fica assegurada à administração por *sponte propria* a possibilidade de instaurar processo administrativo independente de provocação do interessado, bem como impulsioná-lo, adotando as providências necessárias e legais para sua instrução e ainda, promover a revisão do processo, se for o caso.

A lei 9784/99 menciona essas hipóteses em três artigos, a saber, a primeira delas por ocasião do art. 5º quando da instauração do processo “o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”, a segunda no art. 29, “As atividades de instrução [...] realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias” e ainda, na terceira, por ocasião do art. 65, quando diz que “Os processo administrativos de que resultem sanções, poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes, suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”.²⁵

Não se pode ainda deixar de considerar como fonte integrativa do regime disciplinar os princípios gerais do Direito, por força da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que é aplicável a todos os ramos do Direito.

Saliente-se também, que as “formulações”²⁶ do extinto Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP), órgão assessor do Presidente da República na definição de diretrizes referentes à política de pessoal civil da União, hoje substituído pela Secretaria de Administração (SEAD), possuem caráter obrigatório, por força do art. 116, inciso III, Decreto-Lei nº 200/67. Logo essas formulações constituem importante fonte para o Direito Disciplinar Federal.

Possuem também positividade normativa, na esfera federal os Pareceres da Advocacia Geral da União (AGU), desde que aprovados pelo Presidente da República, em razão dos disposto no art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93, que instituiu a AGU, em substituição à Consultoria-Geral da República.

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **DOU** de 11 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 11 fev. 2014.

²⁶ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a, p.75.

Vale ressaltar, também, que os pareceres da extinta CGU, com força normativa continuam a ter vigência, exceto se houver colisão com novos entendimentos provenientes da AGU.

Ademais, em decorrência da força normativa da Constituição aplicam-se ainda ao PAD os princípios insculpidos no art. 37, como: legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência, além dos princípios processuais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, de presunção de não culpabilidade, dentre outros.

O princípio da legalidade administrativa comporta dois sentidos, num primeiro momento diz respeito à supremacia da lei sobre os atos da Administração, num segundo momento ele se refere à reserva de lei, ou seja, a atuação do agente público para ser legítima deve estar previamente estabelecida em lei. A idéia da “vinculação positiva da Administração” á lei é o que tem prevalecido no âmbito jurídico brasileiro.²⁷

O princípio da impessoalidade comporta o sentido de igualdade (isonomia) e o de proibição de promoção pessoal, no primeiro sentido representa a própria aplicação do princípio da igualdade, que impõe tratamento isonômico aos administrados, no segundo sentido, o agente público não pode se valer da máquina administrativa para se promover em detrimento do interesse público.

O princípio da publicidade impõe que a Administração Pública divulgue seus atos, com o objetivo de conferir maior transparência às suas atividades, e assim o povo, que é o titular do poder, possa exercer um maior controle social sobre os atos administrativos.

O princípio da moralidade – este princípio requer que a conduta do agente público esteja de acordo com a ética, com a honestidade, com os bons costumes e com o bom senso, a prática do ato não deve estar só de acordo com os ditames da lei, mas também deve estar de acordo com os padrões éticos de probidade, boa-fé e decoro.

E por fim, o princípio da eficiência inserido na Constituição, por ocasião da EC nº 19/98. A idéia de eficiência encontra-se intimamente relacionada com a necessidade de se “obter resultados”, o que é condizente com a Administração do Estado Gerencial, para esse mister deverá a administração agir de forma rápida e eficaz de maneira a obter um bom rendimento em suas atividades.

Acrescente-se também que, ante a inexistência de norma especial regendo a matéria, ainda pode-se fazer uso subsidiário das normas do processo penal e do processo civil.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2013, p.72.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO LIMITADOR DO ESTADO

3.1 Considerações acerca dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares

Dispõe o art. 143, do Estatuto que “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado, ampla defesa”²⁸.

A transgressão disciplinar cuja pena implique em advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias poderá ser processada mediante sindicância, sem, contudo descurar de conceder ao servidor acusado o mais amplo direito de defesa.

Impõe-se ressaltar que mesmo que os estatutos disciplinares silenciem a respeito do procedimento apuratório nenhuma punição disciplinar será imposta sem que no mínimo se proceda a uma sindicância ou outro meio apuratório qualquer para que se possibilite ao servidor acusado as garantias constitucionais que lhe são inerentes.

A sindicância é procedimento preliminar e não possui um rito obrigatório, instaurada com o objetivo de se obter informações e esclarecimentos necessários ao esclarecimento dos fatos denunciados de maneira a permitir que a autoridade competente possa decidir sobre as medidas disciplinares que se aplicarão ao caso.

Desse procedimento poderá resultar aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, instauração de um processo disciplinar, ou se for o caso, o seu arquivamento quando insubsistentes os motivos que motivaram a instauração.

O prazo de conclusão é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, se assim entender a Administração, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 146, do Estatuto.

De acordo com Costa²⁹ há no Regime Jurídico do Servidor Federal três espécies de sindicância, a saber: a inquisitorial, a conectiva e a autônoma.

Não havendo indícios suficientes para se sustentar uma acusação, os fatos podem ser investigados inquisitorialmente, uma vez que sem a acusação formal não se poderá constituir relação processual válida, padece de nulidade o ato disciplinar que não atende às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **DOU** de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

²⁹ COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática** 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011b, p.321.

A sindicância inquisitorial, não bastasse o descumprimento das garantias constitucionais do devido processo legal, por ser realizada sob sigilo e de forma discricionária, e não possuir um rito preestabelecido, apresenta completo caráter inquisitorial.

Em suma, não se concebe como, num Estado Democrático de Direito, se possa aplicar penalidade por mais leve que seja somente com base em sindicância inquisitorial.

Uma vez comprovada a autoria das irregularidades investigadas poder-se á proceder à abertura de uma sindicância autônoma ou, se for o caso, de um processo disciplinar observando a gravidade das infrações cometidas.

Em sentido oposto, em ocorrendo o arquivamento, nada obsta que posteriormente a sindicância possa ser desarquivada se surgirem comprovações da existência das irregularidades, desde que naturalmente não tenha ocorrido a prescrição das penalidades.

A sindicância autônoma, por seu turno, é instaurada em razão de uma acusação formal contra um ou mais servidores e serve de base para a aplicação das penalidades de advertência e de suspensão de até 30 (trinta) dias.

Já a sindicância preparatória possui as mesmas características da autônoma, podendo transformar-se em processo disciplinar ordinário ou sumário, ultrapassando os limites da autônoma em razão da gravidade da conduta investigada, ou seja, aquelas condutas que, em tese, podem ensejar as penas de suspensão superior a 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou ainda, destituição de cargo em comissão.

A respeito ainda dos diferentes tipos de sindicância, Alves³⁰ esclarece:

Os estatutos, normalmente, se referem à sindicância, simplesmente, o que deveria ser compreendido como o expediente legítimo que a administração tem para realizar investigações. Mas em determinado momento, esses diplomas asseguram o exercício do contraditório e da ampla defesa, descaracterizando, por conseguinte, o seu caráter meramente informativo, como é o inquérito policial em relação à ação penal.

[...]

É verdade que há estatutos que trazem uma clara distinção entre sindicância de natureza investigatória e sindicância com caráter processual, da qual poderá brotar aplicação de pena. Outros são genéricos e cabe ao bom senso das autoridades e dos membros de comissão identificar o tipo de terreno que irão trilhar.

Em suma, a sindicância, em sua acepção original, nada mais é que um procedimento utilizado para elucidar fatos relacionados com o serviço público, não necessariamente tem a ver com fatos que envolvam aplicação de pena a funcionário. Logo, a sindicância está para o processo disciplinar, assim como o inquérito policial está para o

³⁰ ALVES, Léo da Silva. **Sindicância e Processo Disciplinar em 100 soluções**. v.1. Brasília: Cebrad, 2008a, p.58.

processo penal. Em suma, quaisquer outras circunstâncias que venham a afetar a regularidade do serviço público podem ser esclarecidas por meio de sindicância.

Trata-se de um procedimento cujo objetivo resume-se a responder duas questões fundamentais: se há irregularidade ou não no fato ocorrido e se há presunção de autoria.³¹

Sua função é investigar, esclarecer e orientar a autoridade administrativa mediante relatório, sendo que, como já se comentou acima a sua conclusão nem sempre implicará em processo administrativo disciplinar.

Cretella Júnior³² explica que há “sindicância sem processo” e “há processo sem sindicância”, na primeira ocasião ocorre o arquivamento da denúncia, porque nada foi apurado de positivo contra alguém, na segunda ocasião, por ocasião da natureza da falta e pelas circunstâncias ocorridas houve a necessidade de se instaurar o processo administrativo, sem que fosse necessário abrir a sindicância.

O processo administrativo disciplina, por seu turno é o instrumento formal do contencioso administrativo, mero procedimento de controle interno criado com objetivo de apurar e punir as infrações praticadas pelos servidores, seu objetivo é “apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido”.³³

De acordo com Alves³⁴ o “processo administrativo disciplinar é o instrumento utilizado na regra como próprio para viabilizar a aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública direta, autárquica, ou no seio das fundações públicas”.

Para Reis³⁵ é o mecanismo estabelecido na lei para o controle das atividades dos servidores, no que se refere ao descumprimento de suas obrigações, ao desrespeito às proibições e à realização de fatos capituláveis como crimes ou contravenções pela legislação penal ou por leis especiais, com reflexo no âmbito administrativo.

É espécie do gênero Processo Administrativo, e constitui garantia fundamental prevista no art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna com a dupla função de resguardar os direitos dos envolvidos.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.93.

³² CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Disciplinar**. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.66.

³³ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **DOU** de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 07 dez. 2013.

³⁴ ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes da sindicância e processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999b, p.51.

³⁵ REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo Disciplinar**. Brasília: Consulex, 1999, p.100.

É procedimento obrigatório nos casos de aplicação de penalidade de suspensão por mais de 30 dias, cassação de aposentadoria e disponibilidade, destituição de cargo em comissão, bem como, demissão, em atendimento ao disposto no art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal e art. 146 da Lei 8.112/90.

3.2 Ritos e Fases Processuais do Processo Administrativo Disciplinar de acordo com o Estatuto

O Processo administrativo estabelecido na Lei 8.112/90 compreende os ritos ordinário e sumário. O rito ordinário encontra previsão nos capítulos IV e V, arts. 121 *usque* 182, o sumário encontra-se previsto no art. 133, incisos I, II e III.

O rito sumário é adotado nos casos de apuração das transgressões disciplinares de acumulação ilícita de cargo, abandono de cargo e inassiduidade habitual, somente adotado para esses casos, uma vez que tais transgressões por sua natureza, não requerem maior tempo para a produção de provas, logo, mais célere que o ordinário, que tem por objetivo a apuração de fatos mais complexos e de difícil esclarecimento requerendo uma maior dilação probatória.

Entretanto, não se quer dizer que não serão produzidas as provas necessárias á elucidação dos fatos, se assim fosse incorrer-se-ia em ofensa ao devido processo legal, nada impede que seja procedido de uma fase apuratória mais consistente, se for necessário à elucidação dos fatos.

Dessa forma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 7464, com o seguinte teor:

STJ -Processo MS 7464/DF, MS 2001/0045029-6, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 31/03/2003 p. 144.

[...] - A intenção do legislador - ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual - foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei nº 8.112/90 - art. 133, § 8º - prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar. (grifos nossos).

Ao tomar conhecimento da acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, deverá a autoridade notificar o servidor, através de sua chefia para que no prazo improrrogável de 10 (dez) dias apresente sua opção por um dos cargos.

Saliente-se que este prazo somente começa a contar da data em que o servidor acusado de acumular o cargo ilicitamente tenha tomado ciência da acusação que lhe é feita,

contudo, o mesmo tem direito a realizar a opção até o último dia do prazo para a defesa, presumindo sua boa-fé, presunção que não admite prova em contrário (*jure et de jure*), de acordo com o § 5º, art. 133, III, do dispositivo legal.

Diante da ocorrência de uma das transgressões acima citadas deverá a autoridade competente proceder à apuração imediata dos fatos, instaurando processo sumário.

O rito do processo sumário compreende as fases de instauração, instrução sumária (que por sua vez, divide-se nas subfases de indicição, defesa e relatório), e julgamento.

Inicia-se o procedimento sumário com a lavratura da portaria de instauração, da mesma forma como ocorre com os outros processos disciplinares, ela deverá constituir a comissão que irá atuar no processo, designar o presidente, identificar o acusado, fazendo menção de uma forma sucinta, mas clara, da ocorrência disciplinar.

Na fase da instrução, até porque, com já se viu as infrações apuradas por meio desse procedimento, em tese possuem uma materialidade facilmente demonstrável, pode-se em princípio, dispensar a produção de provas exceto nos casos em que o acusado se for o caso necessite argüir a falsificação de documentos relevantes à apuração de faltas ao serviço, por exemplo, o que vai requerer a realização de perícia documentoscópica, e outras diligências que se fizerem necessárias ou até mesmo a audiência de testemunhas³⁶.

Após a defesa escrita do acusado, peça de fundamental importância para o processo, deverá ser elaborado relatório final circunstanciado concluindo pela inocência ou culpabilidade do servidor.

Por fim, procede-se o julgamento que deverá ser realizado pela autoridade competente, a lei concede um prazo de 05 (cinco) dias, contados do dia seguinte ao recebimento do processo, para proferir decisão, embora não seja prazo cogente.

No mais, aplicar-se-ão ao processo sumário, subsidiariamente, as normas do processo ordinário desde que as disposições legais expressas para aquele rito não se choquem com as deste.

No rito ordinário pode-se vislumbrar a existência de três fases processuais, a saber: a instauração, o inquérito administrativo (que por sua vez divide-se em instrução, defesa e relatório) e a fase de julgamento pondo fim ao processo.

A fase de instauração do PAD no rito ordinário também se inicia com a publicação de Portaria, mediante ato exclusivo da autoridade com competência através de

³⁶ COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011b, p.345-346.

regimento ou lei, devendo designar a comissão disciplinar, indicar os fatos irregulares o objeto do processo e a individualização do(s) acusado(s).

Na fase de inquérito, a Comissão irá apurar os fatos utilizando-se de todos os meios de provas admitidos em direito, é nessa fase que a comissão colherá ou produzirá, sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os elementos possíveis e suficientes que lhe possibilitem formar e exprimir a convicção acerca da autoria e materialidade dos fatos questionados ou até mesmo acerca da inexistência deles.

No que tange às três subfases do inquérito, estas correspondem, de forma sucinta, o período de produção de provas, a apresentação de defesa escrita pelo servidor indiciado e a manifestação final da Comissão Disciplinar através do Relatório.

A subfase da instrução é importante pela coleta de provas necessárias à elucidação dos fatos, é nessa etapa, a partir da Notificação Prévia que o servidor indiciado é convidado a participar, desde o início, de todos os atos do processo, passando então a ser denominado de acusado.

Ao final dessa subfase, caso se conclua pela culpa do servidor acusado, a comissão elaborará o Termo de Indiciação, onde deverão constar os fatos irregulares que lhe são imputados, bem como, as provas produzidas para se chegar à conclusão.

Apesar de o art. 143, da Lei 8.112 enunciar diretrizes processuais traçadas pela Constituição Federal, no sentido de assegurar ao acusado a “ampla defesa”, apontando para a necessidade de atendimento dos princípios constitucionais, um lapso na redação da aludida Lei deixou de considerar que ninguém pode ser processado sem prévio conhecimento, o que não deixa de ser mais um ponto frágil da Lei.

Assim, visando suprir tal lacuna, a Advocacia Geral da União³⁷ mediante uma interpretação vinculante tornou necessária a comunicação inicial da instauração do processo ao servidor, no âmbito da Administração Federal:

PARECER N° GQ-55 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 10/02/93) - Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercer o direito assegurado no art. 156 da Lei n° 8.112, de 1990. Na hipótese em que ressaia da apuração dos fatos a culpabilidade de servidor não acusado, no mesmo processo, deverá ser imediata e expressamente

³⁷ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer Vinculante n° GQ-55**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Download/publicacoes/Caderno2.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

notificado quanto a esse aspecto e à faculdade ínsita ao art. 156, supramencionado, assegurando-se-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa [...]. (grifo nosso)

Grave omissão do Estatuto, pois como se sabe a ampla defesa é garantia constitucional consagrada no art. 5º, inc. LV, como garantia fundamental do processo judicial e administrativo, e no art. 41³⁸, § 1º, inc. I, e II e art. 247 como garantia do processo administrativo de que resulte perda do cargo de servidor estável.

Por outro lado, o contraditório, como desdobramento da ampla defesa garante ao acusado o direito de produzir provas necessárias á formação da convicção do julgador, sendo condição necessária para a legitimidade do processo.

Repise-se que a produção de provas não pode ser iniciada, sem que antes tenha havido a notificação do servidor acusado, sob pena de nulidade absoluta do processo, nesse sentido posicionou-se também o Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 21.726-RJ.

MS 21.726/RJ – Rio de Janeiro- Mandado de Segurança; Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Ementa: demissão de servidor estável: processo administrativo com garantia de ampla defesa: diversidade radical entre os sistemas do antigo estatuto (L. 1.711/52) e da vigente lei do regime único (L. 8.112/90). Ao contrário do que sucedia sob a L. 1.711/52, a L. 8.112/90 distinguiu nitidamente o procedimento unilateral e inquisitivo da sindicância (art. 143) do processo disciplinar dela resultante (arts. 145, III e 148), o qual se desenvolve integralmente sob os ditames do contraditório (arts. 153, 156 e 159 e par. 2.), o que impõe, sob pena de nulidade, que, antes de que se proceda a instrução, seja o acusado chamado ao feito. (grifo nosso)

A subfase da defesa inicia-se com a formalização regular do ato citatório, a partir desse momento o servidor acusado passa a denominar-se indiciado, o qual tem o prazo legal de 10 (dez) dias para oferecer a defesa escrita, podendo ser prorrogado pelo dobro, caso haja pluralidade de indiciados, o prazo de 20 (vinte) dias será comum para todos os indiciados.

Importante salientar que a falta de defesa técnica por advogado não constitui ofensa à Constituição, conforme dispõe a Súmula Vinculante nº 05³⁹, do Supremo Tribunal Federal, embora não se possa descurar do fato de que em alguns casos a presença de um

³⁸ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 05**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

advogado pode ser de extrema valia para a defesa do acusado, como bem observa o Manual de PAD⁴⁰ da Controladoria Geral da União, *in verbis*:

Os limites dessa Súmula Vinculante devem ser bem entendidos, porque, embora o só fato de o acusado não se fazer representar por advogado no processo disciplinar não acarrete a nulidade, isto não quer dizer que o advogado sempre será dispensado, tampouco que a ampla defesa não seja um direito assegurado ao acusado. Quer dizer que, em regra, não é necessário um advogado. E que a ampla defesa continua ainda assim garantida, com a ausência da defesa técnica.

[...] Pode acontecer, com efeito, de a comissão se ver diante de um processo que imputa uma falta funcional que consiste em questão eminentemente jurídica, complexa, a um servidor que não tem conhecimentos bastantes para se defender. E, não possuindo condição sócio-econômica de contratar às suas custas um advogado, deverá a comissão diligenciar que tenha acesso à defesa técnica. Num caso como esse, repita-se excepcional, a defesa técnica será essencial para garantir a ampla defesa. (grifo nosso).

Dessa forma, defende-se o acusado dos fatos que lhe foram imputados no Termo de Indiciação, podendo requerer a realização de diligências necessárias à sua defesa, desde que não sejam meramente protelatórias.

Findo o prazo para apresentação da defesa, sem que o indiciado a tenha apresentado, será considerado revel, em razão disso a administração deverá nomear-lhe um defensor dativo concedendo-lhe igual prazo para defesa.

A comissão processante, depois de concluída as diligências pertinentes e apresentadas as razões escritas do indiciado, dá por encerrada a fase da defesa e prossegue com a elaboração do Relatório Final, devendo, para tanto, proceder com justiça, seriedade e imparcialidade, no cotejo dos fatos imputados ao acusado com cada aspecto apresentado pela defesa.

Costa⁴¹ em seus ensinamentos aponta para três importantes funções que possui o relatório da comissão, a saber: a informativa, a opinativa e a conclusiva.

No que diz respeito à função informativa deverá o mesmo conter todos os dados e elementos, bem como todas as providências tomadas no desenrolar do processo, de forma resumida, naturalmente, com o objetivo de auxiliar a autoridade julgadora na compreensão dos fatos investigados.

Em sua função opinativa poderá trazer as sugestões de melhoria que a Administração poderá adotar a fim de coibir a prática de infrações da mesma natureza.

⁴⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar – 2013**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

⁴¹ COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011b, p.262.

E por fim, a função conclusiva diz respeito à obrigação que tem a comissão processante de se manifestar de maneira categórica pela existência ou não da irregularidade apurada e, sobretudo, pela inocência ou culpabilidade do servidor envolvido e ainda indicar a pena a ser aplicada no caso de comprovada responsabilidade do(s) envolvido(s).

Repise-se que o Relatório Final deverá ser elaborado de forma clara e objetiva apontando conclusivamente, como já se ressaltou, pela inocência ou responsabilidade do indiciado e uma vez finalizado o processo este deverá ser remetido à autoridade julgadora para que proceda à fase de julgamento.

Nessa última fase de decisão a autoridade competente irá julgar o processo à luz dos elementos do relatório e dos demais fatos ali contidos, saliente-se como bem observa Carvalho Filho⁴² em sua doutrina que “Em primeiro lugar trata-se de ato administrativo que, para ser válido e eficaz precisa estar dotado de todos os seus requisitos de validade (a competência, a forma, a finalidade, o objeto e o motivo)”.

Com isso poderá a autoridade julgadora acatar os fundamentos e a opinião da comissão processante, logo o ato decisório terá como motivo os fundamentos do relatório e como objeto a punição sugerida, Carvalho Filho⁴³ acrescenta ainda que “Se o servidor impugnar a validade desse ato por alguma razão de legalidade, deverá identificar alguns aspectos do ato dentro do próprio relatório”, daí a exigência de um relatório minucioso e bem elaborado.

Todavia, pode ocorrer que o julgador discorde dos termos do relatório elaborado pela comissão e decida aplicar a sanção, quando o relatório seja pela absolvição do indiciado, ou de absolver, quando o relatório opina pela aplicação da pena, ou ainda decidir pela aplicação de sanção diversa da estabelecida pela comissão, podendo ser mais grave ou mais leve.

Carvalho Filho⁴⁴, no que se refere à aplicação de pena mais grave (*reformatio in pejus*), ressalta que pelo fato de a autoridade julgadora não estar vinculada à opinião da comissão processante, nada a impede de aplicar sanção mais severa, corroborando esse entendimento traz à colação decisão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵ “é lícito à autoridade administrativa competente divergir e aplicar penalidade mais grave que a sugerida no relatório

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p.982-983.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, Op cit., 2012, p.982-983.

⁴⁵ MS 8.184-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 10.3.2004 (Informativo STJ, nº 201, mar. 2004) e MS 25.736-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 11.3.2008 (Informativo STF, nº 498, mar. 2008).

da comissão disciplinar. A autoridade não se vincula à capitulação proposta, mas sim aos fatos” é também o entendimento do Supremo tribunal Federal.

De posse dos autos a autoridade competente terá o prazo de 20 (vinte) dias para proferir sua decisão⁴⁶. Contudo, o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo⁴⁷, pois o prazo não é peremptório.

Caso a autoridade instauradora do processo seja competente para aplicar a penalidade e ainda havendo prazo legal para fazê-la, ela deverá proceder à aplicação da pena, o que não poderá ocorrer se a proposta do relatório for contrária à prova dos autos. Do contrário deverá remeter os autos do processo à autoridade competente para que o faça.

Mister se faz esclarecer que nos casos de aplicação da pena de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e conversão da exoneração em pena de demissão a autoridade julgadora deverá ouvir seu Órgão de Assessoramento Jurídico, em obediência ao art. 1º, incisos I e II, do Decreto nº 3035/99⁴⁸.

No âmbito disciplinar vige o princípio do livre convencimento, ou seja, a autoridade julgadora a partir da análise das provas carreadas aos autos, sistema da livre apreciação da prova e considerando que as apurações foram corretamente realizadas e que foram esgotados todos os meios legais de provas com o intuito de se conhecer a verdade material, poderá não acatar o relatório da comissão quando entendê-lo contrário às provas acostadas nos autos, contudo sua decisão deverá ser fundamentada.

Da mesma forma, ao constatar a existência de nulidade insanável no bojo do processo, a autoridade julgadora deverá invalidá-lo, determinando a abertura de um novo processo e constituindo uma outra comissão processante.

Aliás, ainda no que concerne ao sistema de julgamento estabelecido pela Lei 8112/90, merece acolhida a crítica de Costa⁴⁹ para o fato de que a “mesma autoridade que determina a abertura do processo, que escolhe e designa os componentes da comissão, nomeia defensor dativo ao indiciado revel, e pressiona, quando quer, os trabalhos da instrução” seja a

⁴⁶ Lei 8112/90, art. 167, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm, acesso em 01/02/2014.

⁴⁷ art. 169, § 1º. Da Lei 8112/90.

⁴⁸ Decreto 3035/99, de 27/04/99, Art. 1º Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico (grifo nosso), praticar os seguintes atos: I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores; II - exonerar de ofício os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo ou converter a exoneração em demissão (grifo nosso).

⁴⁹ COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011b, p.267-268.

mesma que julga no processo, o que pode retirar do servidor acusado qualquer garantia de um julgamento imparcial, assim “constitui incomensurável abertura para dar vazão aos sentimentos de ódio, perseguições e vingança que nutrem determinados chefes em desfavor de vítimas indefesas”.

Há críticas não só da doutrina como também daqueles que laboram nas comissões de processo disciplinar quanto à falta de clareza acerca dos ritos processuais do Estatuto. Muitas vezes, os órgãos e entidades da Administração Federal adotam ritos diferenciados, o que pode prejudicar a garantia ao devido processo, inviabilizando, assim, a defesa do acusado.

Importante salientar que a definição clara do rito processual e da forma como será conduzido o processo permite que a Administração inicie e conclua com eficiência o processo e proporciona ao acusado uma melhor organização em sua forma de defesa. Ademais, não se pode mesmo olvidar que a desobediência ao rito traçado pela norma estatutária põe em risco a validade do processo.

A despeito das críticas acerca dos ritos do processo administrativo também merece acolhida, as relativas à sindicância disciplinar, da qual também decorre a aplicação de penalidades, e que também apesar de ser alçada à condição de processo, a lei não prevê nenhum rito a ser seguido para realizar o seu procedimento.

Somente o rito sumário utilizado por ocasião das infrações de apuração de abandono de cargo, inassiduidade habitual e acumulação de cargos, é que possui etapas mais detalhadas, contudo, as mesmas muitas vezes não são condizentes com os caminhos verdadeiros que o aludido rito percorre.

Feitas as necessárias considerações acerca dos ritos e etapas processuais estabelecidos no Estatuto passa-se agora à análise do enquadramento do ilícito administrativo e dos parâmetros de dosimetria da pena, considerando a importância que eles tem para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.3 Enquadramento previsto na lei 8112/90 e parâmetros de dosimetria da pena e a incidência do princípio da proporcionalidade

No direito penal cuja dogmática erige-se em torno do postulado da tipicidade cerrada e da legalidade estrita, o que se justifica pela importância dos bens jurídicos tutelados⁵⁰ como a vida, por exemplo, e por ser assim os ilícitos penais são descritos de uma

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. 6. ed. rev. atual. e ampl., 2006, p.248. “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de

forma precisa e individualizada, tanto no aspecto objetivo quanto no subjetivo, requer a infração penal que exista absoluta correspondência entre o tipo penal e a conduta do agente.

Embora ambos façam parte do direito público punitivo geral, configurando matéria de reserva de lei, e estando sujeitos a certas exigências daquele gênero como: obediência ao devido processo legal; não comportar analogia, exceto *in bonam partem*; somente admitir interpretação estrita, e dever de observância ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, apresentam grandes diferenças em suas regras e postulados.

No direito disciplinar, diverso do direito penal as normas substantivas definidoras de transgressões disciplinares são de modo geral impregnadas de conceitos indeterminados, vagos e imprecisos, logo são as que mais proporcionam oportunidades de cometimento de arbitrariedades.

No ilícito administrativo não há absoluta correspondência entre a definição legal como hipótese e a transgressão praticada pelo servidor, somente em casos excepcionais é considerada típica, explica Marcelo Caetano⁵¹:

Pode normalmente ser qualificada como infração disciplinar qualquer conduta de um agente que caiba na definição legal: a infração disciplinar é atípica. Só em certos casos a lei define as condições de existência da infração, criando então um tipo. As infrações disciplinares não são, pois, típicas: as leis especificam fatos que podem ser considerados infrações, mas nem essa especificação é taxativa, nem constitui a descrição rigorosa do tipo de condutas puníveis. Os preceitos que referem fatos disciplinarmente puníveis são indicativos, meras normas de orientação para servirem de padrão ao intérprete.

O Direito disciplinar em contraposição ao conceito de tipicidade penal adotado no direito penal estruturou seu sistema punitivo em torno do conceito de enquadramento administrativo⁵².

Note-se que ao se falar em enquadramento do ilícito disciplinar está se falando, ao mesmo tempo na própria penalidade.

A existência no ordenamento disciplinar desses conceitos jurídicos vagos e indeterminados pode dar margem a enquadramento em diversas condutas praticadas pelo

titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso jurídico-penalmente protegido”.

⁵¹ CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.395-396.

⁵² PASTORE, Alexandre Mariano e RIBEIRO, Marcelo de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da Controladoria Geral da União**, n.8, p.15, out. 2010.

servidor o que possibilita um certo grau de discricionariedade ao aplicar a norma ao caso concreto.

À guisa de exemplo, pode-se citar o inciso I, artigo 116⁵³ da lei 8.112, onde se percebe que diversas condutas poderiam ensejar o enquadramento do descumprimento do dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”, que podem sujeitar o transgressor à penalidade de advertência ou até de suspensão. Da mesma forma, também são diversas as condutas que dão oportunidade de enquadramento no inciso IX, do artigo 117⁵⁴, neste último caso, configurando a pena de demissão.

Costa⁵⁵ em sua doutrina explica que os atos que veiculam sanções de advertência, repreensão e suspensão abrigam maior discricionariedade na aplicação das sanções o que se justifica por serem menos graves os efeitos de suas punições, apesar de abranger da mesma forma outros aspectos de fundamental interesse para a manutenção da disciplina e do aprimoramento da atividade funcional dos órgãos da administração pública, e acrescenta, seria quase impossível prever, taxativamente, todos os fatos prejudiciais ao serviço público.

Lessa⁵⁶ ao referir-se à discricionariedade que permeia aquelas espécies de atos punitivos, ressalta que nas transgressões leves, de menor potencialidade ofensiva, a regra é a atipicidade (art, 129, da 8.112/90), uma vez que os elementos motivo e objeto podem estar no âmbito da atividade discricionária.

Importante alertar que também a indeterminação das circunstâncias agravantes e atenuantes pode acarretar certa discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares, e por não haver parâmetros para uma interpretação razoável da lei, mesmo ante a utilização de critérios de razoabilidade, de suficiência, de gradação da penalidade para atingir um resultado tido por adequado poderá cada aplicador da norma chegar a um resultado diverso com desvios de padrões acima dos limites aceitáveis.

Atente-se ainda para o momento do enquadramento do fato, pois é indispensável aferir a intencionalidade do servidor, ou seja, se o ato foi praticado de forma dolosa ou culposa, uma vez que um enquadramento realizado sem considerar o elemento subjetivo da ação (dolo ou culpa) pode trazer como consequência uma aplicação injusta de penalidade, sobretudo no caso das penas capitais.

⁵³ Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo.

⁵⁴ Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

⁵⁵ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a, p.105.

⁵⁶ LESSA, Sebastião José. **Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.179.

Infere-se que os ilícitos configuradores da pena de demissão pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, ou seja, o servidor deve ter agido com intenção ou, ao menos, assumir o risco de produzir o resultado, excepciona-se dentre os referidos casos o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (“proceder de forma desidiosa”), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.

Em princípio, analisando-se as sanções administrativas e as infrações previstas no Estatuto tem-se que a tipificação da infração leva ao enquadramento da pena, contudo, a questão não é tão simples quanto parece, antes de sugerir a penalidade, outros elementos deverão ser considerados quando do exame de realização da dosimetria da pena para que se chegue a penalidade mais adequada ao caso, em atendimento ao quanto dispõe o art. 128, da Lei 8.112/90⁵⁷, combinado com o art. 2º, VI, da Lei 9784/99⁵⁸, *in verbis*:

Art. 128 - 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.

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 (grifo nosso).

Parágrafo único. Nos Processos administrativos serão observados, entre 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.

Tais dispositivos legais configuram em sua melhor essência os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Entretanto a vinculação entre o enquadramento e a penalidade comporta ponderação no que diz respeito à aplicação da penalidade de advertência ou suspensão, pois conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, cabe a medida de suspensão, sem necessidade de ter havido a reincidência, para os casos puníveis com a advertência, em função dos elementos do art. 128, combinados com os artigos 129⁵⁹ e 130⁶⁰, da Lei.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **DOU** de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **DOU** de 1 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.com/civil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

⁵⁹ Art. 129 – A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, I a VIII e XIX, e de inobservância do dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

É corrente o entendimento na doutrina no sentido de que tais ponderações não podem ser aplicadas às penas capitais, considerando que a autoridade julgadora nos casos do art. 132, cuja penalidade estritamente vinculada é a demissão, não comporta abrandamento da pena com base nos critérios do art. 128, justificando-se pela taxatividade da Lei 8112/90 quanto às hipóteses previstas para o caso.

Da mesma maneira, não se encontrando o ilícito capitulado numa das hipóteses do art. 132, e uma vez configurada hipótese de pena de demissão, não há previsão legal para que a autoridade julgadora atenuar a pena para suspensão ou advertência.

Dessa forma o entendimento é no sentido da não possibilidade de aplicação da dosimetria da pena, considerando os elementos do art. 128 da Lei a não ser para os casos das sanções de advertência e suspensão como já se afirmou, que são penas mais brandas. Aqui algumas jurisprudências dos tribunais superiores atestam esse entendimento:

STF – RMS 24901, Rel. Ministro Carlos Brito, DJ: 11/02/2005.

Ementa: [...] Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei 8.112/90, e 11, inciso VI, da lei nº 8.429 [...]. (grifo nosso).

STJ - MS 9116 Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ: 10/11/2003.

Ementa: [...] Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Violação. Não ocorrência [...] 2. Não se demonstra, de plano, violação ao princípio da proporcionalidade se no procedimento administrativo conclui-se pela prática de condutas ilícitas a que a lei comina pena de demissão [...]. (grifo nosso).

STJ - MS 8526 Rel. Hamilton Carvalhido, DJ:02/02/2004.

Ementa: [...] 3. Inexiste a violação do princípio da proporcionalidade [...], quando, mesmo considerada a circunstância atenuante dos muitos anos de serviço prestados ao INSS, bem como os bons antecedentes funcionais do impetrante, em estrita observância ao artigo 128 da Lei 8.112/90, a autoridade administrativa decide pela demissão, por ter sido a infração cometida de altíssima gravidade, revelando a necessidade de rigor da Administração e aplicação de sanção exemplar. 4. ordem denegada. (grifo nosso).

STJ - MS 7491, Relator: Fernando Gonçalves, DJ: 04/03/2002.

Ementa: [...] 3. Não fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a imposição de pena de demissão aos servidores se, ao final do processo administrativo, resta demonstrada a prática da conduta prevista no art. 117, inciso X, da Lei 8.112/90, qual seja, participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário, nos termos do art. 132 daquele dispositivo legal. 4. Segurança denegada. (grifo nosso)

⁶⁰ art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

A Advocacia Geral da União⁶¹, órgão de Consultoria e Assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, também sustenta esse entendimento através dos pareceres nº 177 e 183, ambos de natureza vinculante:

Parecer GQ - 177. [...] Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato...

Parecer nº GQ – 183. Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990.

Também nesse sentido é o entendimento da Controladoria-Geral da União - órgão central que tem dentre suas competências a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e das Unidades de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar⁶²:

Para aqueles que militam na seara do direito disciplinar, é corrente o entendimento que para as penas capitais não há possibilidade de atenuação, não havendo possibilidade de aplicação da dosimetria da pena, como é possível para as sanções de advertência e suspensão. Para as penas mais brandas, entende-se que a aplicação da dosimetria deve ser feita, até mesmo em razão do previsto no art. 128 da Lei nº 8.112/90 que determina [...].

[...] Entretanto, para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, o entendimento majoritário aponta no sentido da inadequação da aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, considerando a inexistência de comunicação entre as penas capitais e as penas de advertência e suspensão (grifo nosso).

Contudo, além dos aspectos vinculados ou regradados do ato disciplinar, o mesmo deve comportar obrigatoriamente o juízo de proporcionalidade, pois é ele que requer absoluta e adequada correspondência dosimétrica entre a infração cometida e a penalidade a ser aplicada.

Costa⁶³ em seu escólio sustenta que “Essa correspondência dosimétrica deve predominar, com mais forte razão, na seara do direito punitivo geral. Deve-se, pois observar

⁶¹ Os Pareceres da Advocacia da União aprovados pelo Presidente da República vinculam a administração pública federal, conforme o disposto no § 1º, do art. 40, da Lei complementar 73/93.

⁶² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar – 2013**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ GuiaPAD/Arquivos/ Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2014.

⁶³ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a, p.110.

precisa (ou pelo menos aproximada) equivalência entre o fato imputado e a punição infligida”. (grifo nosso).

Nesse sentido também é o entendimento de Mattos⁶⁴ para quem:

Jamais a sanção administrativa disciplinar poderá representar um ato de força ou de arbitrariedade contrário ao fundamento legal de sua própria validade, porquanto a mesma deverá guardar conformidade com a prova dos autos e ser proporcional à infração cometida pelo servidor público.

Pastore e Ribeiro⁶⁵ acerca da importância do princípio para o processo disciplinar diz que o mesmo realça o “aspecto teleológico” da punição, agindo como um limite à discricionariedade na avaliação dos motivos determinantes, requerendo que os mesmos sejam adequados, compatíveis e proporcionais, de maneira que o ato atinja a finalidade pública a que se destina. (grifo nosso).

O STJ já vinha trilhando caminho no sentido de aplicar o princípio em comento ao servidor indiciado em infração punível com a pena de demissão, comprovada ausência de dano ao erário, ou em virtude de sua baixa lesividade e não constando em seus antecedentes funcionais nenhuma das penalidades previstas no artigo 127, da Lei 8112/90, conforme demonstrado em jurisprudência;

STJ - MS 7.005/DF, Relator Min. Jorge Scartezini, 3ª Seção, DJ 04.02.2002, p. 272

[...] 3 - No mérito, deve a autoridade competente, na aplicação da penalidade, em respeito ao princípio da proporcionalidade (devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor), observar as normas contidas no ordenamento jurídico próprio, verificando a natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor. Inteligência do art. 128, da Lei nº 8.112/90. (grifo nosso) 4 - Ademais registro que, por se tratar de demissão, pena capital aplicada a um servidor público, a afronta ao princípio supracitado constitui desvio de finalidade por parte da Administração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita à revisão pelo Poder Judiciário. Deve a dosagem da pena, também, atender ao princípio da individualização inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida. 5 - Precedente da 3ª Seção (MS 6.663/DF). 6 - Preliminares rejeitadas e ordem concedida para determinar que sejam anulados os atos que impuseram a pena de demissão às impetrantes, com a conseqüente reintegração das mesmas nos cargos que ocupavam, sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a administração pública aplique a penalidade adequada à infração administrativa que ficar efetivamente comprovada. (grifo nosso)

⁶⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.105.

⁶⁵ PASTORE, Alexandre Mariano e RIBEIRO, Marcelo de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da Controladoria Geral da União**, n.8, p.14, out. 2010.

STJ - MS 10.825/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, DJ 12.06.2006, p. 430.

[...] mostra-se desnecessária a anulação do processo, complexo e extenso, à míngua de demonstração de efetivo prejuízo e considerando que a comissão processante formou convicção com fundamento em outros elementos probatórios, inclusive de natureza documental, não sendo as testemunhas as únicas a fundamentarem sua conclusão. 4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros). (grifos nossos) 5. Caso em que, não obstante as irregularidades praticadas no tocante à comprovação de despesas com passagens, para fins de percepção de auxílio-transporte, segundo apurado em processo disciplinar, a baixa lesividade ao erário, em razão da conduta do impetrante, conduz à necessidade de aplicação de penalidade menos gravosa. Precedente. 6. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar sua reintegração ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados. (grifo nosso)

STJ - MS 13.791/DF Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJ 5/04/2011.

[...] Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Revelia. Nomeação de defensor dativo. Processo administrativo disciplinar formalmente regular. Aplicação da sanção demissória à servidora pública com mais de 30 anos de serviço, sob o fundamento de abandono de cargo. Ar t. 132, II, da lei 8.112/90. Inobservância da regra de ouro da proporcionalidade. Antecedentes funcionais favoráveis. art. 128 da lei 8.112/90.

[...] 5. Embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal - não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), eis que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais). (grifo nosso) 6. Assim, incide em ilegalidade o ato demissório do Servidor Público que ostenta mais de 30 anos ininterruptos de serviço, sem qualquer punição administrativa, dando-se à sua ausência ao trabalho por 42 dias (de 23.7.2007 a 3.9.2007) o valor de abandono de cargo, punível com a demissão (art. 132, II da Lei 8.112/90); as sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária ou automática, senão vinculadas às normas e, sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador. (grifo nosso)

Saliente-se que apesar do entendimento esposado pela AGU e CGU no sentido de aplicar os princípios somente na ocorrência de infrações de advertência e suspensão, conforme disposto nos Pareceres GQ-177 e GQ-183, e Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, não é este o posicionamento defendido neste trabalho, que partilha de entendimento já sedimentado na doutrina e na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de utilização dos princípios também para os casos das penas capitais.

O STJ, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.523-DF, posicionou-se por unanimidade pela ilegalidade dos Pareceres GQ-177 e GQ-183 da AGU:

Direito administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Penas de suspensão e demissão. Bis in idem e reformatio in pejus. Ocorrência. Vedação. Súmula 19/STF. Pareceres GQ-177 e GQ-183, da advocacia-geral da união. Ilegalidade. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado [...]. 3. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula 19/STF). 4. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. (grifos nossos) 5. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar. 6. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado – (Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, DJe 04/06/2009). (grifo nosso)

Demais disso, verifica-se que tanto doutrina quanto jurisprudência posicionam-se em sentido contrário às orientações determinadas pela AGU e CGU, por não entenderem consentânea com os ditames de um Estado Democrático de Direito, violando dessa forma os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Após tais considerações, impende destacar as etapas do Processo Administrativo Disciplinar mais favoráveis à incidência do princípio em questão, com o objetivo de proporcionar uma pena mais adequada e proporcional ao ilícito praticado.

3.4 Etapas do PAD mais favoráveis à incidência do princípio da proporcionalidade

Atente-se para a peculiaridade do enquadramento do ilícito disciplinar, pois este representa, quiçá, um dos momentos mais importantes para a incidência do princípio em questão, talvez mais ainda do que no próprio julgamento e aplicação da penalidade, porque é o enquadramento que vincula a penalidade.

Existem dois momentos no curso do PAD, ambos por ocasião do enquadramento em que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem-se fazer presente.

Um deles ocorre por ocasião da indicição - período que medeia a instrução e o relatório final da comissão processante, apesar de externar um juízo de convicção preliminar, essencial para a defesa do acusado, é nessa fase que se formalizará a acusação contra o mesmo, delimitando os termos de sua defesa e até mesmo do seu julgamento.

Na presente fase do processo, a lei ainda não exige que seja indicada a hipótese legal na qual o acusado incidiu (dentre aquelas dos arts. 116, 117 e 132 da lei nº 8.112/90). Porém, é usual e recomendado que já seja feito esse enquadramento, porque auxilia na defesa pelo indiciado. Este enquadramento, entretanto, poderá ser alterado no Relatório Final, visando uma melhor adequação da conduta às definições

legais do Direito Disciplinar, onde afinal também predomina o ensinamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal.⁶⁶

Verifique que nessa ocasião formaliza-se o primeiro juízo envolvendo o enquadramento legal dos fatos apurados no correr da investigação, assim, apurado o ato irregular só resta à comissão, diante dos diferentes enquadramentos que em princípio lhes possam ser apresentados, enquadrá-lo naquele que melhor o comporte, sem, contudo deixar de considerar as circunstâncias envolvidas no caso, como ânimo do servidor, antecedentes funcionais, agravantes e atenuantes, e ainda outras que se apresentam no caso concreto, ou seja, as circunstâncias do art. 128, que nada mais são do que a aplicação do juízo de proporcionalidade.

Num segundo momento, a comissão processante por ocasião da elaboração do Relatório Final circunstanciado, nos termos do art. 165⁶⁷ da lei 8112, após apreciação da defesa escrita apresentada pelo acusado, deverá, de posse já de todas as provas necessárias e suficientes e da defesa escrita do acusado, contrapor os argumentos apresentados pela defesa com o conjunto probatório carreado ao processo.

Nesse ínterim procedimental, o juízo de proporcionalidade se apresentará com mais assertividade do que na anterior fase de indicição, afinal trata-se de relatório circunstanciado do que se apurou no processo, contendo, inclusive, exame e apreciação detalhada de todos os argumentos da defesa escrita, demonstrando-se que o acusado teve suas alegações levadas em consideração. Tal feição dialética facilitará a análise e a aplicação dos critérios de proporcionalidade, uma vez que o posicionamento do conselho instrutor poderá ser corroborado com os argumentos escritos pela defesa.⁶⁸

É nessa etapa onde a comissão é legalmente obrigada a enquadrar o fato, considerando todos os parâmetros do art. 128, em busca da punição adequada ao ilícito disciplinar, que a aplicação do princípio assume grande proporção.

Ainda que as circunstâncias do art. 128 atuem apenas de forma horizontal, quantificando a pena para um enquadramento já definido elas contribuirão para a realização de um enquadramento razoável e para uma punição proporcional, assim entende o órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal – CGU.

⁶⁶ Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar – 2013**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

⁶⁷ Art. 165 – Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

⁶⁸ PASTORE, Alexandre Mariano e RIBEIRO, Marcelo de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da Controladoria Geral da União**, n.8, p.16, out. 2010.

A rigor, os parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, atuam apenas de forma horizontal, quantificando a pena para um enquadramento já definido - ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado e de atuar verticalmente na definição do enquadramento. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares [...] e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível [...] e esses dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em conta todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e nesse rumo concluir o seu relatório⁶⁹. (grifos nossos).

[...] Mais do que simplesmente apontar para o julgador, à vista do caso concreto, todos os parâmetros indicadores de dosimetria de pena elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para que este apenas os sopesse na quantificação da punição, deve mesmo a comissão, de certa forma, antecipar seu emprego, permitindo que eles permeiem a conclusão do seu relatório, antes da fase de julgamento - embora, formalmente, esses parâmetros atuem sobre a aplicação da pena e apenação não seja matéria da comissão. (grifo nosso).

Saliente-se ainda que, além desses dois momentos acima mencionados, a autoridade julgadora, por ocasião da aplicação da pena, poderá ainda alterar o enquadramento do ilícito disciplinar, podendo absolver, atenuar ou até mesmo agravar a pena, de acordo com o parágrafo único, do artigo 168⁷⁰ da lei 8.112, como já se mencionou antes.

Em linhas pretéritas salientou-se que a margem de discricionariedade da autoridade julgadora provém dos ilícitos cujo enquadramento sujeita o servidor às penalidades de advertência e suspensão, nesse contexto, pode ocorrer a migração da penalidade de advertência para a de suspensão, bem como pode ainda a autoridade julgadora graduar a quantidade de dias de suspensão, de um a noventa dias. Entretanto, em casos de reincidência cabe apenas a penalidade de suspensão, ficando a discricionariedade restrita ao *quantum* da pena.

Relembre-se que aquele conjunto de parâmetros apenas atua horizontalmente na dosimetria da pena aplicável à conduta, naquelas duas situações descritas acima (advertência e suspensão) em que cabe certa discricionariedade, não sendo capazes de desconfigurar o fato em si, ou seja, de alterar verticalmente o enquadramento e, por conseguinte, fazer a pena cabível migrar de advertência ou suspensão para pena capital ou vice-versa. Ademais, restam tão-somente essas duas aplicações previstas expressamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90, já que a advertência e as penas expulsivas não comportam nenhum tipo de gradação ou quantificação.⁷¹

⁶⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União – CGU. **Apostila de Treinamento 2009**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

⁷⁰ Art. 168 – O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário à prova dos autos. Parág. Único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

⁷¹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Op cit., 2009.

Não se pode olvidar que nesse processo de aplicação da penalidade a autoridade competente, pelo princípio do livre convencimento deve lançar mão também das circunstâncias do art. 128, “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” não se vinculando a indicação, e nem ao Relatório Final da Comissão para inocentar ou condenar o servidor, atenuar ou agravar a penalidade num juízo de proporcionalidade em busca da pena mais adequada e proporcional.

Contudo, para as penas capitais, configurada a pena expulsiva, o entendimento previsto na Lei é de que não há juízo de ponderação, ou seja, não há espaço legal para que a autoridade julgadora atenuar para enquadrá-la em suspensão ou advertência, mesmo que o servidor possua todas as atenuantes para o caso.

CONCLUSÃO

Com o advento do neoconstitucionalismo, fase pós-positivista, os princípios passaram a ocupar um lugar de destaque nos textos das Constituições modernas. O reconhecimento da normatividade da Constituição, e de sua superioridade hierárquica exige que haja adequação de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional.

No âmbito de um ordenamento constitucionalizado o Direito Administrativo Disciplinar, assim como todo o Direito Administrativo necessita de uma nova visão de legalidade administrativa, uma vez que não mais se aceita a idéia da Administração vinculada estritamente às regras estabelecidas nas leis, mas sim ao próprio Direito, incluindo os princípios e regras, estabelecidos na própria Constituição, o que é consentâneo com a consagração do princípio da juridicidade, tal princípio impõe respeito ao Direito como um todo, sobretudo pela efetiva aplicação dos princípios constitucionais.

A própria lei 9784/99, consagra a idéia de juridicidade em seu “Art. 2º (...). Parágrafo único - Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito”. (grifo nosso).

A Constituição Federal, no artigo 37, impõe a obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis quando da aferição da dosimetria da pena a ser imposta ao servidor.

O regime jurídico contemplado pela Lei 8.112/90 regula as atividades, define os deveres, bem como as proibições e estabelece as penalidades a serem aplicadas nos casos de transgressões disciplinares e o art. 128, daquela Lei determina que na aplicação das penas sejam consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos produzidos, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, circunstâncias indicadoras da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

A Lei 9784/99, em seu artigo 2º - dispositivo que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, impõe obediência ao aludido princípio - “A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Vê-se que, além de alçado a princípio constitucional converte-se em dever pelo artigo 2º da Lei 9784/99. Logo, sua incidência estende-se ao Direito Disciplinar, devendo ser

aplicado em suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, quando da aplicação das penas disciplinares, indistintamente.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade ocupa cada vez mais espaço no ordenamento jurídico pátrio, e assume função primordial no processo administrativo disciplinar evitando condutas desarrazoadas da autoridade administrativa na aplicação das penalidades disciplinares, assim entende a jurisprudência do STJ, que “Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “exigência de *adequação* da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* da restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito* , pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado (Suzana de Toledo Barros)”.⁷²

Contudo, a Administração Federal, com base nos opinativos da AGU e da CGU, em cega obediência à estrita literalidade da Lei 8.112/90, entende pela não aplicação do princípio às penas capitais, por entendê-las estritamente vinculadas.

Também não há previsão legal para que a autoridade julgadora atenuar a pena para suspensão ou advertência, dessa forma não se aplicam a elas as circunstâncias do art. 128, o que pode acarretar como consequência penalidades desarrazoadas ou desproporcionais atos contaminados pelo vício de finalidade e em completo desacordo com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, cujo objetivo maior é a dignidade da pessoa humana.

O entendimento esposado pela 3ª Seção do STJ reafirma os ditames constitucionais quanto à obrigatoriedade de aplicação do aludido princípio às penas expulsivas, contrariando os opinativos da AGU e CGU, demonstrando bem que a atuação da administração ao aplicar a pena capital não deve se pautar exclusivamente nas regras estabelecida na lei, mas sim no próprio Direito, nele incluindo as regras e princípios estabelecidos na Constituição, essa sim é uma concepção pós-positivista do princípio da legalidade ou “princípio da juridicidade” o que marca a passagem de uma administração impositiva para uma administração cidadã.

⁷² STJ - MS 10.825/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, DJ 12.06.2006, p. 430.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Sindicância e Processo Disciplinar em 100 soluções**. v.1, Brasília: Cebrad, 2008a.

_____. **Questões relevantes da sindicância e processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999b.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BERGMANN 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.I, nº 04, julho 2001.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **DOU** de 1 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.com/civil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **DOU** de 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **DOU** de 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

_____. Advocacia Geral Da União. **Parecer Vinculante nº GQ-55**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/Download/publicacoes/Caderno2.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 05**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar – 2013**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ GuiaPAD/Arquivos/ Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____. Controladoria-Geral da União – CGU. **Apostila de Treinamento 2009**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009a.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011b.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n° 19.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: RCS, 2007.

LESSA, Sebastião José. **Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2013.

PASTORE, Alexandro Mariano e RIBEIRO, Marcelo de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da Controladoria Geral da União**, n.8, p.15, out. 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. 6. ed. rev. atual. e ampl., 2006.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo Disciplinar.** Brasília: Consulex, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **RT**, São Paulo, ano 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 1. reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 468.