

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE DEMISSÃO

Ana Shirley da Silva¹

Edinaldo Benício de Sá Junior²

RESUMO

Discute-se acerca da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nos processos administrativos disciplinares quando da apuração resultar na penalidade administrativa de demissão. Tem-se que, apesar das evoluções legislativa, jurisprudencial e doutrinária do nosso ordenamento jurídico administrativo, persiste um embate diante do momento oportuno para aplicação dos referidos princípios, qual seja, se do enquadramento da conduta ou da aplicação da penalidade de forma a permitir a modificação da penalidade de demissão. Busca-se analisar as questões controversas entre os órgãos estatais de controle e fiscalização e os tribunais brasileiros, tentando encontrar uma forma possível acerca da correta utilização dos princípios objetos deste estudo.

Palavras-chave: Processo Administrativo disciplinar. Razoabilidade. Proporcionalidade. Penalidade de demissão.

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF REASONABILITY AND PROPORTIONALITY IN THE DOSIMETRY OF THE ADMINISTRATIVE DISMISSAL PENALTY

ABSTRACT

This work is aimed to discuss about the application of the principles of the reasonableness and proportionality in disciplinary administrative process when the investigation results in the administrative dismissal penalty. Despite the legislative, jurisprudential and doctrinaire evolution of our juridical administrative system, we have to persist on facing up the problem at an auspicious moment for the application of the referred principles, which encloses the behaviour or the application of the penalty, which allows the chance of the dismissal penalty. The work still reviews the controversial between the State Inspection Institutions and the Brazilian courts, trying to find a possible way about the correct utilization of the principles as objects of this research.

Keywords: Disciplinary Administrative Process. Reasonability. Proportionality. Penalty of dismissal.

¹ Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: anashirleysilva@yahoo.com.br.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do RN (UNI-RN). Professor de Direito da Graduação do Centro Universitário do RN (UNI-RN). E-mail: beniciodesa@outlook.com.

1 INTRODUÇÃO

É bem verdade que os princípios são considerados como máximas em um ordenamento jurídico. É irrefutável, portanto, a ideia sobre a sua importância e utilidade, uma vez que prevalecem, inclusive, em detrimento de muitas regras jurídicas. Não parece apropriado fazer ponderações quanto à aplicação de determinados princípios, especificamente quanto aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Conquanto não restem dúvidas de que os princípios norteiam o ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação é de extrema importância para a harmonia do sistema jurídico, não há o que se falar em mitigação de algum princípio, qualquer que seja. Notadamente no ramo do Direito Administrativo, isso implica dizer que aquele princípio ora posto em uma posição onde acarrete a redução do seu impacto, deixa de surtir o efeito desejado pela administração pública caso fosse aplicado da maneira adequada e no momento oportuno.

O presente estudo busca apresentar uma perspectiva acerca do debate que envolve a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria da penalidade administrativa de demissão no âmbito da administração pública federal, especialmente em qual momento devem ser observados, e dessa forma, demonstrando o impacto que a não observância desses princípios acarreta ao serviço público federal.

É de fundamental importância a abordagem acerca da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando a dosimetria da pena administrativa implicar em demissão para o servidor público no âmbito da administração pública federal. De fato, parece óbvio que esses princípios são sempre aplicáveis em processos administrativos disciplinares, sobretudo quando a penalidade a ser proferida seja a demissão sob pena de invalidade dos atos praticados pela administração pública.

Adentrando ao objeto do presente estudo, percebe-se um grande embate entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ e os órgãos de controle e assessoramento da administração pública federal, uma vez que tanto a Controladoria Geral da União – CGU quanto a Advocacia Geral da União – AGU asseveram que os princípios da razoabilidade e principalmente da proporcionalidade sejam aplicados na ocorrência de infrações cujas penalidades sejam a advertência e suspensão.

Doutro lado, o STJ manifesta seu entendimento de forma divergente, pois aduz que os referidos princípios também devem ser aplicados para infrações cuja penalidade seja a demissão. Ressaltando que a aplicação da proporcionalidade ocorra no momento do enquadramento do tipo legal, de forma a não gerar a demissão do servidor. Para isso, o STJ

considera os pareceres vinculantes QG 177 e QG 183 manifestamente ilegais, pois que esses pareceres reforçam a compulsoriedade da penalidade expulsiva, caso se caracterize infração constante do art. 132 da Lei nº. 8.112/90, impossibilitando a autoridade julgadora graduar a penalidade, sob risco de nulidade do ato.

Assim, a partir do tema proposto, estabeleceu-se como objetivo geral: demonstrar a possibilidade da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria da penalidade administrativa de demissão no âmbito da administração pública federal. E como objetivos específicos: determinar o momento oportuno para serem verificados e analisar o impacto da não observância dos princípios supracitados para o serviço público.

Como procedimento metodológico, adotou-se, exclusivamente, a pesquisa bibliográfica mediante a consulta a livros, periódicos, artigos publicados a respeito do tema e sites dos órgãos da administração pública federal. Trata-se de uma pesquisa de cunho exploratório, com vistas a uma maior familiarização com o tema, uma vez que ainda é pouco explorado. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, tendo em vista a averiguação de uma hipótese a ser analisada sobre o problema abordado.

De início, no presente trabalho, apresenta-se o Processo Administrativo Disciplinar quanto a sua finalidade, considerando ser ele um instrumento pelo qual a administração pública se vale para exercer seu poder-dever de apurar qualquer indício de irregularidade por parte de seus administrados, sejam eles agentes públicos ou qualquer que mantenha uma relação jurídica com a administração.

Diante da importância de se apresentarem os princípios que regem o processo administrativo de uma forma geral, evidenciam-se aqueles que embasam o Processo Administrativo Disciplinar, instrumento esse que busca a apuração de fatos que, se devidamente comprovados, acarretam prejuízos tanto para a administração quanto para os demais administrados.

Avançando na questão objeto dessa pesquisa, busca-se determinar a finalidade e a força do poder disciplinar da administração pública como também a finalidade da pena aplicada aos servidores como um instrumento não somente de punição, mas de prevenção de ocorrência de outros ilícitos. Quando se trata da penalidade de demissão imposta aos administrados, o presente estudo busca evidenciar uma possível mitigação da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em face dessa penalidade e os efeitos que a não aplicação dos referidos princípios pode acarretar para o serviço público, incorrendo em prejuízo para os administrados.

2 A RAZÃO DE SER DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: GARANTIA DE PROTEÇÃO AOS ADMINISTRADOS E EFICÁCIA DOS FINS PREVISTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conquanto não seja o objetivo essencial deste trabalho examinar minuciosamente todas as nuances relativas ao instituto do Processo no campo do Direito, é importante destacar alguns pontos para um entendimento satisfatório do tema proposto. Importante de fato, é o estudo da finalidade do Processo Administrativo Disciplinar. Propõe-se, pois, desvendar seu conceito e demonstrar a razão pela qual é utilizado no âmbito administrativo, traçando um panorama claro entre esse instituto e a sua importância para a Administração Pública.

É certo que, como no Processo Civil assim como no Processo Penal, o Processo tem como atributo principal ser o instrumento capaz de legitimar o Poder Estatal em busca de uma tutela justa, assim também ocorre no âmbito administrativo. Tendo em vista que, para isso, faz-se necessário percorrer um caminho composto por atos processuais que devem estar fundamentados em normas até culminar em uma decisão.

Em se tratando da etimologia, a palavra processo tem o sentido de “avançar, mover adiante”. Portanto, um processo, em qualquer assunto que seja, implica num conjunto ordenado de passos em um determinado espaço de tempo com a finalidade precípua de alcançar um objetivo.

Seguindo o sentido da origem do termo processo, pode-se dizer que é uma palavra relacionada com percurso, caminho e tem um significado de atividade que segue adiante, que avança ou caminha em frente, ou seja, uma atividade que visa atingir um objetivo, e em termos jurídicos não é diferente, pois a finalidade que se deseja é um resultado da relação jurídica entre as partes que integram o processo.

Porquanto, pode-se dizer que o processo, no âmbito do direito, é uma relação jurídica composta por algumas pessoas, as quais exercem várias atividades que buscam determinado resultado. Então, a ideia do processo pressupõe uma função dinâmica, de forma que os atos e os comportamentos dos sujeitos que a compõem se apresentam em uma sequência ordenada, perseguindo o objetivo a que se destina o processo.³

O processo é considerado como um instrumento da jurisdição, ou seja, é a ferramenta fundamental para solução da lide. Por meio do processo, os magistrados analisam, fundamentam e decidem o conflito existente entre as partes, e assim, desempenham seu poder

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, p. 985, 2014.

jurisdicional. No caso, o processo judicial representa a relação jurídica na qual incide a função jurisdicional. Inclusive, apesar de ser o mais notório, não é a única modalidade de processo, ou seja, existem outras categorias.⁴

Isso quer dizer que dependendo da natureza da função estatal teremos um tipo de processo. Assim, caso a função principal exercida seja a de legisferar, então teremos um processo legislativo que também vai apresentar uma relação jurídica entre sujeitos e órgãos, e o objetivo desse processo será a promulgação de uma lei. De sorte que se a sentença é o que se busca no processo judicial, a lei será o que se busca no referido processo legislativo.

E no caso de a função estatal ser a administrativa, o que resultará em um processo administrativo na relação jurídica, que, da mesma forma, deve conter todas as características do processo em geral, cuja finalidade é ser o instrumento de busca de solução para um problema ou questão pertinente ao interesse da administração pública.

O conceito de Processo Administrativo é amplamente explicado pela doutrina e tem como uma de suas definições a de ser um instrumento que formaliza uma sequência ordenada de atos praticados tanto pelo Estado como por particulares com o fim de ser determinada uma vontade final da administração.

Doutrinariamente discute-se os conceitos de processo e procedimento administrativo, de sorte que, processo é considerado o meio de solução de conflitos ou lide; já procedimento, seria a sequência de atos do processo, ou seja, trata-se da via formal pela qual se desenvolvem as ações administrativas.

Dessa forma, há uma considerável controvérsia acerca de qual terminologia utilizar, se processo administrativo ou procedimento administrativo. Partindo do ponto de vista prático e não sendo este o objetivo do presente artigo, torna-se desnecessária essa diferenciação, já que, neste caso, ambas terão o mesmo sentido: processo ou procedimento é uma sucessão de atos concatenados à realização de um fim. Frisa-se que cada ato conserva a sua finalidade própria e, ordenados, tendem a um objetivo comum.⁵

Assim, o processo administrativo é considerado um instituto de evidente importância no sistema jurídico e se traduz num verdadeiro instrumento de favorecimento da garantia de

⁴ Idem, 30. ed. São Paulo: Atlas, p. 1214, 2016.

⁵ SAMPAIO, Clara Meira Costa. **Princípios aplicáveis ao processo administrativo**. Análise do princípio da motivação. Conteúdo Jurídico. Brasília, 04 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48405&seo=1>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

conformidade com o princípio da segurança jurídica e alcança, na verdade, todas as situações que envolvam "a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas".⁶

Tomando por base esse conceito, percebe-se que o Processo Administrativo busca uma determinada finalidade, pois assim como o processo legislativo visa à produção da lei; o processo judicial visa à produção da sentença, e o processo administrativo tem como objetivo a produção de um ato administrativo.

No entanto, esse objetivo é de cunho genérico, tendo ainda, o processo administrativo, objetivos específicos caracterizados pelas devidas providências a serem adotadas pela Administração por meio do ato administrativo final, mediante ações práticas, seguindo determinada ordem cronológica.

E no presente estudo será o processo – que possui como um dos objetivos específicos, o ato punitivo em relação ao servidor, ou seja, busca averiguar as situações irregulares ou ilegais praticadas em desfavor da Administração e, caso elas se positivem, ensejam a aplicação de penalidades – o objeto a ser estudado.

O Processo com objetivo punitivo pode ser interno, quando a apuração tem pertinência com a relação funcional entre o Estado e o servidor público, e externo, quando a verificação tem em mira a relação entre o Estado e os administrados em geral. O processo com objeto punitivo interno denomina-se de Processo Administrativo Disciplinar e será mais bem especificado adiante.

Nos dias atuais, a norma que regula processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal é a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Ela institui normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito Federal, e visa proteger o direito dos administrados e a um melhor alcance dos fins da Administração.⁷

A Lei n.º 9.784/99 é, então, aplicável de forma geral aos processos que tramitam junto a Administração Pública Federal, tanto direta quanto indireta, e abrange o Poder Executivo e os órgãos dos demais poderes. Isto quer dizer que, os processos administrativos que tenham lei específica, não são regidos por ela, como é o caso do processo disciplinar, processo de licitação, entre outros, conforme previsto em seu art. 69, e em sendo assim, a

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, p. 985, 2014.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, p. 699, 2014.

referida lei só será aplicada subsidiariamente, prevalecendo a lei própria dos processos administrativos específicos.⁸

Consoante o exposto anteriormente, a partir de agora, inicia-se o estudo do Processo Administrativo Disciplinar propriamente dito. É por ele que a administração pública exerce seu poder-dever para apurar as infrações funcionais e aplicar penalidades aos seus agentes públicos e àqueles que possuem uma relação jurídica com a administração.

O Processo Administrativo Disciplinar, em sentido amplo, utiliza-se de dois instrumentos de apuração e eventual punição dos servidores: a sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar propriamente dito (PAD). O papel da sindicância de ser o instrumento preliminar de apuração de faltas mais graves e também de apuração e punição de faltas mais leves. Assim, já se vê que da sindicância podem resultar sanções, motivo pelo qual se deve respeitar à risca a ampla defesa do sindicado. Já o PAD serve para apurar os fatos de forma mais profunda que a sindicância e, se for o caso, punir o servidor pela prática de faltas mais graves.⁹

Portanto, o Processo Administrativo Disciplinar - PAD é o instrumento apto a averiguar qualquer indício de irregularidade, ilegalidade praticada por ser servidor público cuja prática decorra do exercício de suas atribuições do cargo ou que tenha qualquer relação com as mesmas atribuições.

Tal procedimento tem previsão estabelecida pela Lei n.º 8.112/1990 que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores da Administração Federal, o qual prevê as devidas apurações, quanto aos atos ilícitos praticados, garantido sempre os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais são a base do devido processo legal.

A Lei n.º 8.112/1990 estabelece ainda a aplicação da devida penalidade administrativa a qual é cominada caso seja constatada a prática do ato ilícito. Esse ato ilícito ensejará, tanto quanto seja necessário, a aplicação das penalidades administrativas de advertência, suspensão ou demissão, tudo de acordo com o caso concreto. E o presente estudo, tem por objetivo analisar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando a penalidade administrativa a ser cominada seja a pena de demissão.

⁸ BRASIL. **LEI Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 29/01/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

⁹ SCATOLLNO, Gustavo. TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo.** 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 495, 2016.

3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS E NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Torna-se importante neste ponto, apresentar uma abordagem sobre os Princípios que fundamentam o Processo Administrativo e, para isso, convém mais ainda propor uma digressão a respeito do conceito de princípio e demonstrar sua importância para o ordenamento jurídico.

A discussão a respeito dos princípios não é recente, ocupa o cenário dos debates no direito há algum tempo, visto que os jusnaturalistas e juspositivistas já travavam essa polêmica. Para os jusnaturalistas, os princípios jurídicos eram verdadeiras máximas, dotados de verdades sólidas; já para os positivistas, representavam instrumentos que deveriam ser utilizados quando houvesse insuficiência da lei.¹⁰ Porém, há de se ressaltar que, apesar de considerados altamente valorativos, para os jusnaturalistas os princípios não possuíam qualquer eficácia sintática normativa, eram apenas reconhecidos como ideal de justiça. No positivismo, os princípios tinham função apenas complementar, de suprir as lacunas da lei.¹¹

Com o advento do pós-positivismo jurídico, outros pensadores, como Ronald Dworkin¹² e Robert Alexy¹³, passaram a atribuir maior importância não somente às leis, mas aos princípios do direito. Então, atualmente os princípios ocupam lugar de destaque no ordenamento, graças, entre outros, aos dois grandes pensadores supracitados, que colocaram os princípios como normas jurídicas, ao lado das regras.

Dworkin identifica dois critérios para distinguir princípios e regras. O primeiro critério é a distinção a partir de um ponto de vista lógico onde as regras são de natureza “*all-or-nothing-fashion*” (tudo ou nada), isto é, a regra é aplicada ou não é aplicada; enquanto os princípios não determinam por completo uma decisão, mas, apenas servem de razões que favorecem uma decisão ou outra.

¹⁰ LEONEL, P.O. The constitutional principles of public administration and the practical world in Administrative Law. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, Jul 2013. p. 151.

¹¹ TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹² Filósofo do Direito norte-americano. As últimas posições acadêmicas por ele ocupadas foram a de professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law. É conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e Filosofia Política.

¹³ Filósofo do direito alemão contemporâneo. Graduado em direito e filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais* - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito.

O segundo critério proposto por Dworkin diz respeito a uma dimensão que os princípios possuem, mas as regras, não; chamada a *dimensão do peso* (*dimension of weight*). Isto quer dizer que um princípio será aplicado em detrimento de outro, a depender da importância ou peso relativo que tem em relação ao outro quando os dois colidem em um caso concreto. Já com as regras, havendo conflitos, uma delas deverá ser invalidada, e isso não ocorre com os princípios, pois ambos os princípios colidentes permanecem válidos.

Alexy apresenta uma maior precisão conceitual: as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização. Desse modo, para ele, os princípios, pregam que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁴

Sabendo-se que o Direito Administrativo não é codificado como em outros ramos do direito, a função precípua das leis, caberia, nesse caso, aos princípios. Pois bem, partindo da premissa de que em todos os ramos do direito há princípios que regem e influenciam sobremaneira o ordenamento jurídico, também não haveria de ser diferente com o Direito Administrativo. A doutrina afirma que um princípio é como um mandamento nuclear de um sistema, sendo um verdadeiro alicerce que fundamenta diferentes tipos de norma. E mais, caso seja violado, torna-se esse ato mais grave do que violar uma norma, implica uma grande ofensa ao ordenamento jurídico vigente. Seria, pois, uma forma grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade.¹⁵

Dessa forma, o Direito administrativo, como ramo de direito público, trata de princípios e regras que disciplinam a função administrativa - que é o dever que o Estado tem de atender ao interesse público, à coletividade - e que abrange entes, órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela Administração Pública na consecução do interesse público.¹⁶

A Administração Pública está subordinada aos princípios de Direito Administrativo e, principalmente, aos princípios básicos previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, já amplamente explicitados pela doutrina.

Especificamente em relação ao Processo Administrativo, a Lei n.º 9.784/99, editada com a finalidade de regular os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, apenas em caráter subsidiário, isto é, quando não houver lei específica, em seu art. 2º,

¹⁴ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 48, n. 192, p. 99, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, p. 54, 2014.

¹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 6, 2014.

caput, lança mão de princípios que devem nortear todo processo administrativo, são eles: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em se tratando do princípio da legalidade, este prevê que toda a atividade do administrador deve estar pautada nas prescrições da lei, sem as quais, tornam-se inválidas e sujeitas a sanções. Aqui, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, diferentemente do que ocorre no âmbito particular, onde é lícito fazer o que a lei não proíbe.

O princípio que impõe ao administrador que os atos a serem praticados devem ser para o seu fim legal é denominado de princípio da finalidade. E este fim legal nada mais é do que o que a norma de Direito indica expressamente, e de forma impessoal. A finalidade, portanto, deve ser pública e isso impede que o administrador busque outro interesse quer seja próprio ou de terceiros.¹⁷

Outro princípio deveras importante para administração pública é o da motivação. É por meio dele que o administrador justifica a prática de seus atos, ou seja, expõe seus motivos de fato e de direito capazes de autorizar tal prática. Vale ressaltar que não é qualquer ato que demanda a motivação, pois para isso, depende de autorização expressa da lei. A Lei nº 9.784/1999 exige a motivação para os casos previstos no art. 50, fora estes, não há o que se falar em motivação.¹⁸

Sobre o princípio da razoabilidade, pode-se dizer que por meio dele não se permitem os excessos e na prática dos atos administrativos deve haver coerência entre os fins e os meios. Por esse princípio, quando a administração pública atua, deve ter como parâmetros critérios aceitáveis do ponto vista racional, ou seja, no âmbito dos processos administrativos há de ser observada a adequação entre meios e fins.

A Lei Federal n.º 9.784/99, no artigo 2º, Parágrafo Único, Inciso VI, consagra o princípio da proporcionalidade ao: a) exigir adequação de fins e meios; e b) vedar o estabelecimento de obrigações, restrições e sanções superiores ao estritamente necessário. Tem como objetivo principal o de nortear a administração pública, pois seus atos somente são validados se exercidos com extensão e intensidade proporcionais para o fiel cumprimento da finalidade do interesse público a que estiverem vinculadas.

A Lei n.º 9.784/99 também dispõe sobre o princípio da moralidade, a qual tem por significado a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fê” (art. 2º p.u. IV).

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, p. 95, 2014.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 29/01/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

Isso implica dizer que o administrador público, na prática dos atos administrativos, jamais deve se afastar do elemento ético de sua conduta.¹⁹

O princípio da ampla defesa, além de ser um princípio constitucional contido no art. 5º da CF também é um princípio infraconstitucional contido na Lei Federal n.º 9.784/99. O art. 2º, parágrafo único, inciso X, impõe que nos processos administrativos seja assegurada a ampla defesa. Portanto esse princípio garante ao indivíduo o direito de se defender previamente antes de qualquer decisão que venha a prejudicá-lo.

Outro princípio constitucional é o contraditório, o qual dispõe que ninguém pode ser processado e julgado sem ter amplo conhecimento dos fatos relatados nesse processo e dos motivos que deram ensejo a sua instauração, serve, portanto, para que a parte contrária possa contestar os fatos alegados em seu desfavor e que possa prejudicá-lo.²⁰

Também importa apresentar o princípio da segurança jurídica. Esse princípio é considerado como um dos fundamentos do Estado de Direito tendo como objetivo primordial trazer estabilidade jurídica. Por meio da Lei n.º 9.784/99, o princípio veda “*aplicação retroativa de nova interpretação*” (art. 2º, parágrafo único, inciso III, parte final). Caso ocorresse essa irretroatividade, afrontaria até mesmo o princípio da moralidade administrativa.

O princípio do interesse público, que também pode ser denominado de supremacia do interesse público ou da finalidade pública, prevê que toda a atuação do Estado deve ser pautada no interesse coletivo, de sorte que o interesse público é o que deve prevalecer sobre o interesse particular.

Por fim, sobre o princípio da eficiência, apontado como o mais moderno da função administrativa, pois foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da emenda constitucional n.º 19²¹ de 4 de junho de 1998, alterando o art.º 37. A doutrina acentua que este princípio traduz o exercício da atividade administrativa com presteza, perfeição e rendimento funcional.²² Portanto, são esses os princípios apontados na Lei n.º 9.784/99 como norteadores do processo administrativo. No entanto, mais adiante, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade serão amplamente abordados, tendo em vista sua relevância para o presente estudo.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, p. 94, 2014.

²⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, p. 705, 2014.

²¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Emendas Constitucionais. 05/10/1988. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, p. 102, 2014.

4 O PODER DISCIPLINAR E AS PENAS APLICADAS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS PREVISTAS NO ART. 127 DA LEI Nº. 8112/1990

Em se tratando do tema de penalidades administrativas, torna-se importante enfatizar que o Direito Administrativo Disciplinar está inserido no Direito Administrativo e tem a função precípua de regulamentar a relação entre a Administração Pública e os servidores. Diante disso, apresenta-se neste capítulo o conceito de Direito Administrativo Disciplinar e seus desdobramentos.

A regulamentação de que trata o Direito Administrativo Disciplinar é uma forma de garantia para o serviço público ser o mais eficiente possível, para que apresente um bom desempenho, assim como impor disciplina àqueles que lhe são subordinados, garantindo o cumprimento da legislação pertinente sob a previsão de pena a ser aplicada.

O Direito Administrativo Disciplinar permite que a administração pública exerça seu poder disciplinar. Esse poder disciplinar pressupõe o poder de aplicar sanções após as devidas apurações de ilícitos que estejam sob a égide da disciplina imposta pela administração pública. O poder disciplinar em si é um instrumento para o contínuo aprimoramento da prestação dos serviços públicos e, em havendo qualquer indício de irregularidade, busca a punição mais adequada.²³

Isso implica afirmar que, por esse poder disciplinar, a administração pública detém a prerrogativa de controlar todos os atos administrativos e caso ocorra alguma desconformidade com a lei, deve apurar a verdade e punir os agentes envolvidos, quaisquer que sejam. Pois de fato, esses agentes envolvidos podem ser tanto servidores quanto qualquer outro agente que esteja sujeito ao poder disciplinar da administração pública, tratando-se assim, de uma supremacia especial exercida pelo Estado sobre todos que mantenham qualquer vinculação em relação de qualquer natureza com a administração pública.²⁴

Vale destacar que o referido poder disciplinar consiste em um dever, do qual a Administração não pode se desincumbir, ou seja, havendo o cometimento de falta disciplinar ou violação de deveres funcionais, há, portanto, o dever de averiguar as irregularidades e aplicar a penalidade prescrita em lei, adequada ao caso concreto.

Importante frisar que o poder disciplinar inerente à Administração Pública tem relação primordial com a possibilidade de aplicação das penas, porém, de forma

²³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Ed. JusPodium, p. 122, 2016.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

discricionária, tem a possibilidade, dado o caso concreto, de analisar qual é a punição mais adequada de acordo com o rol permitido em lei.

Nessa perspectiva, tem-se como instrumento essencial do Direito Administrativo Disciplinar, o chamado Processo Administrativo Disciplinar, o qual tem como objetivo a apuração das faltas disciplinares cometidas por servidores públicos no exercício de suas funções; e uma vez cometida as faltas, são aplicadas sanções disciplinares a tais servidores.

As sanções disciplinares estão previstas em lei e têm sua classificação de acordo com a gravidade e o prejuízo causado tanto à Administração Pública quanto aos demais administrados. Considerando o objetivo central desse trabalho, será abordada especialmente a penalidade de demissão que decorre exclusivamente das faltas consideradas graves.

A legislação fundamental do Processo Administrativo Disciplinar é a Constituição Federal de 1988, e conseqüentemente tem como base os princípios que regem a Administração Pública. Porém, vale-se de outras fontes, buscando assim, subsídio nos princípios processuais para aplicação de normas disciplinares e ainda nas normas de Direito Civil e Penal.²⁵

O Processo Administrativo Disciplinar fundamenta-se em seis princípios básicos, considerados de maior relevância, sendo necessária sua observância juntamente com os princípios básicos da Administração Pública, quais sejam: princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa do contraditório, princípio do informalismo moderado, princípio da verdade real, princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, princípio da motivação.

O princípio do devido processo legal é um princípio basilar, sobremaneira importante, ou seja, fundamenta os demais princípios inerentes ao processo administrativo. Sua previsão está contida no art. 5º, inciso LIV. O objetivo, então, é proporcionar uma garantia de que haverá um processo com todas as etapas previstas na legislação e com as garantias constitucionais.

A ampla defesa e o contraditório estão explícitos na CF/88, no art. 5º, LV, que exprime a garantia de o indivíduo participar do processo em igualdade de condições, permitindo um equilíbrio entre as partes envolvidas, ou seja, entre a Administração Pública e

²⁵ RODRIGUES, Raphael Silva; GUIMARÃES, Flávia Álvares. A Interpretação da Falta Grave no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar: Uma Visão Principiológica. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**, Belo Horizonte, v. 14, nº 25, jul/dez. 2015, p. 385.

o administrado. Nessa convicção, nota-se um controle em relação a atos abusivos, permite a apresentação de contraposições, provas e um julgamento apropriado.²⁶

O princípio do informalismo moderado está previsto no art. 2º, par. único, IX, Lei federal n.º 9.784/99. Tem como parâmetro permitir que o processo administrativo seja o máximo possível de formas simples, sem exageros formais e que transmita elementos suficientes para se obter grau de certeza, assim como segurança e respeito aos direitos dos administrados.²⁷

Em outras palavras, o princípio do informalismo moderado deixa transparecer que o conteúdo é o que mais importa, que não há necessidade de um formalismo extremo, ou seja, os ritos e formas devem ser simples e atuar primordialmente em favor do administrado, deixando de lado exigências excessivamente rígidas e assim considerar as manifestações oriundas do administrado.

Apesar de o princípio da verdade real não estar explícito na Constituição Federal de 1988 como aplicável ao processo administrativo, tem-se percebido sua grande utilização no âmbito disciplinar. Esse princípio tão somente prevê que o Processo Administrativo Disciplinar esteja fundamentado na busca da verdade real, ou seja, não se limite apenas aos fatos relatados no processo pelos participantes.

Nesse sentido, a Administração pública, deve empreender esforços em busca de dados, informações, ou seja, obter provas e/ou documentos sobre os fatos narrados sem ficar adstrito ao que fora enunciado pelos envolvidos, e dessa maneira, deve atuar de ofício ou por provocação, para assim estar plenamente certa dos fatos reais.²⁸

Sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, trata-se de um princípio constitucional previsto art. 5º, inciso LVII e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, há uma presunção de inocência até prova em contrário. É, portanto, uma garantia individual, refletido em favor do acusado.

²⁶ VELOSO JÚNIOR, José Ribamar. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497>. Acesso em: 15 mai. 2017.

²⁷ OLIVEIRA, Maryana Abdala de. O processo administrativo e o princípio do formalismo moderado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1483, 24 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10191>>. Acesso em: 15 mai. 2017

²⁸ MELLO, Rogério Luís Marques de. Da verdade real no Processo Administrativo Disciplinar militar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1009, 6 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8205>>. Acesso em: 15 maio 2017.

Em relação ao princípio da motivação, o art. 50 da Lei nº 9.784/99 prevê que todos os atos administrativos sejam motivados, isto é, especifiquem os fatos e os fundamentos utilizados no caso concreto. Por Motivação, tem-se que significa as razões fáticas e jurídicas que foram empregadas para fundamentar o ato administrativo, e essas razões devem ser esclarecidas, isto é, de conhecimento dos interessados e dos demais administrados.

Nesse contexto, o Processo Administrativo Disciplinar, ao imputar a penalidade administrativa aos seus subordinados, deve levar em conta os princípios acima mencionados, pois ele é o instrumento basilar utilizado pela Administração para averiguar as condutas dos servidores, conferindo-lhes a responsabilização disciplinar.

Essa infração disciplinar pode ocorrer tanto no exercício da função quanto fora, conquanto guarde correlação com ele. A averiguação é iniciada por notícia de conduta irregular de servidor público, decorrente da não observação de seus deveres funcionais ou das vedações impostas pelas normas disciplinares.²⁹

As penalidades administrativas aplicadas aos servidores variam de acordo com a gravidade. A pena de advertência decorre da não observância de deveres funcionais sendo considerada menor gravidade. Por sua vez, a pena de suspensão é ocasionada por violação das proibições de normas disciplinares, e caso se constate prejuízo ao erário, poderá culminar em multa. E a pena de demissão é oriunda de falta gravíssima, pois se torna incompatível com as atribuições do cargo.

A pena aplicada ao servidor público deve ter como objetivo primordial a prevenção, isto quer dizer, que o intuito é buscar evitar o cometimento de faltas disciplinares por outros servidores, porém deve ser vista como uma forma de correção, ou seja, que esse caráter corretivo, preste-se como forma de reeducar o servidor infrator.

Diante disso, demanda-se que a Administração Pública, ao adotar medidas de punição, faça-o com a garantia de que sua aplicação esteja na medida necessária e obtenha a finalidade desejada; ou seja, a administração pública deve se pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que adote a medida realmente necessária e na devida intensidade, de forma a atingir a real finalidade da pena, observando ainda, todas as circunstâncias que ensejaram a prática do ato ilícito, sejam ela atenuantes ou agravantes.³⁰

²⁹ RODRIGUES, Raphael Silva; GUIMARÃES, Flávia Álvares. A Interpretação da Falta Grave no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar: Uma Visão Principiológica. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**, Belo Horizonte, v. 14, nº 25, jul/dez. 2015, p. 397.

³⁰ FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no direito administrativo disciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: a. 36 n. 141 jan/mar. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-10.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

5 A MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE DEMISSÃO

A demissão é considerada a penalidade mais grave imposta pela Administração Pública. Ela decorre de uma conduta ilícita, no exercício do cargo efetivo, e que é passível de punição tal que não comporta, em tese, a imposição de outra penalidade menos danosa para o servidor público.

Nessa perspectiva, importa demonstrar a possibilidade da utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando a sanção administrativa a ser aplicada seja a demissão, ou seja, diante do caso concreto, haja a possibilidade de se levar em conta as circunstâncias atenuantes.

Tem-se que as hipóteses em que se aplica a penalidade administrativa de demissão sejam as constantes no art. 132, da Lei n.º 8.112/90³¹ e em sendo tipificada a infração, há de ser aplicada a pena correspondente. Isso ocorre para que haja um desestímulo para práticas de condutas que afetem ou prejudiquem a atuação da administração pública e também aos demais administrados.

Sabe-se que para cada infração disciplinar há uma pena a ser cominada, ou seja, se for constatada a tipificação, há de haver a correspondente penalidade. No entanto, é necessário levar em conta outros aspectos que poderão afetar a dosimetria da pena, a qual deve ser adequada ao ilícito praticado pelo servidor público.

Esses ditos aspectos estão prescritos na Lei nº. 8.112/90 que dispõe da importância de ser levado em consideração tanto a natureza quanto a gravidade da infração, assim como danos ou prejuízos dela decorrentes, e mais, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Pois bem, como a demissão é proposta quando ocorre uma falta grave, é necessário levar em consideração uma questão: como se verifica, de fato, que o ilícito disciplinar deve ser tipificado como falta grave? Esse questionamento surge porque muitas regras que definem o ilícito disciplinar apresentam tipificações abertas, vagas e flexíveis. Isso, importa dizer, que

³¹ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

se trata de regras que não têm parâmetros que possibilitem delimitar tais condutas, como é o caso da falta grave, prevista em diversos textos normativos.³²

Quando se trata de Processo Administrativo Disciplinar, a averiguação das faltas disciplinares deve estar imbuída de todos os eventos fáticos e os fundamentos legais que amparam a aplicação da sanção adequada ao caso. O objetivo disso é garantir que todo o processo guarde estreita sintonia com o princípio de legalidade.

Como corolários do Direito Administrativo, tem-se que quando da averiguação da falta disciplinar, deve a Administração Pública se prover de considerações a respeito da aplicação dos princípios da razoabilidade e a proporcionalidade ao final da apuração pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, ou seja, também devem ser observados no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar.

A importância que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possuem no âmbito do processo disciplinar diz respeito à aptidão para limitar o poder discricionário da Administração. Essa limitação deixa transparecer que Administração observa, na prática de seus atos, principalmente, no poder disciplinar, a utilização de critérios razoáveis e proporcionais.

A proporcionalidade nada mais é do que uma adequação entre o meio escolhido e o fim desejado. Ou seja, por esse princípio, verifica-se se é possível um meio menos gravoso de se aplicar a sanção e que possa surtir o mesmo efeito diante da motivação da Administração no caso concreto, a fim de demonstrar como se alcançou a dosimetria da pena.³³

A razoabilidade, por sua vez, permite que a Administração, ao aplicar a sanção, tenha agido conforme a razão, o bom senso, e principalmente, sem exageros. Isso implica dizer que na análise da dosimetria da pena administrativa, há de se levar em conta, o agir com prudência, sem arbitrariedade.

Porém, o entendimento da Controladoria Geral da União – CGU, é de que havendo a comprovação e tipificação de alguma hipótese contida no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, a autoridade julgadora não dispõe de margem de discricionariedade para abrandar a pena, no

³² RODRIGUES, Raphael Silva; GUIMARÃES, Flávia Álvares. A Interpretação da Falta Grave no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar: Uma Visão Principiológica. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**, Belo Horizonte, v. 14, n.º 25, p. 399, jul-dez. 2015.

³³ BARCELLI, Celso Tarcísio. **Dosimetria da sanção disciplinar**. Disponível em: <<http://barcellijuridico.blogspot.com.br/2014/01/dosimetria-da-sancao-disciplinar.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

entanto, para o correto enquadramento da pena, é necessária a adequação entre o fato configurado e o texto legal e também exige que a conduta tenha sido dolosa.³⁴

Para a CGU só poderá haver atenuação da pena na ocorrência de faltas disciplinares cujas sanções cominadas sejam puníveis com advertência ou suspensão. Em outras palavras, para a CGU, a Administração estará perfeitamente cumprindo o *múnus* público caso se decida pela aplicação da penalidade de advertência em lugar da pena de suspensão. No entanto, isso não ocorre caso a pena a ser aplicada seja a de demissão.

Vê-se nesse entendimento a não consideração do que está disposto no art. 128, da Lei nº. 8.112/90 e no art. 2º, da Lei nº. 9.784/99, pois que não se pode adotar postura genérica, sem considerar cada situação, cada caso concreto, ou seja, a penalidade aplicada deve ser individualizada.

É preciso que a Administração Pública se revista dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em todas as suas condutas, principalmente quando se trata de aplicação de uma penalidade que ensejará a demissão de um servidor. Isso requer uma punição correspondente e uma dosimetria apropriada entre a infração praticada e a penalidade aplicada.

Corroborando o enunciado acima, a jurisprudência afirma que se não houve prejuízo ao erário e não sendo encontrado nenhum tipo de penalidade do art. 127, da Lei nº. 8.112/90 nos antecedentes funcionais pode a Administração Pública se valer do princípio da proporcionalidade para que seja aplicada uma penalidade proporcional à infração praticada.³⁵

Evidente que, ao se aplicarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso concreto, possibilita o descarte da aplicação da pena de demissão, porém, continua valendo a aplicação de pena ao servidor indiciado, pois agiu em desconformidade às normas, e assim, a autoridade se valerá de outra pena de menor prejuízo.

Nesse sentido, a doutrina afirma que uma vez comprovada a infração disciplinar, mesmo sendo considerada grave, mas não tenha causado prejuízos de grande monta ao erário,

³⁴ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Penalidades**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/penalidades#13>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

³⁵ SANTOS, Jefferson Medeiros dos. Pena de demissão no processo disciplinar: razoabilidade e proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3438, 29 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23120>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

poderá a Administração Pública, ao analisar a dosimetria da pena, aplicar penalidade de suspensão, não demissão.³⁶

Não diferente da CGU, a Advocacia Geral da União – AGU, também coaduna do entendimento de que na ocorrência de infração grave cuja penalidade seja a demissão, não seja possível a atenuação da pena. Em termos simples, o item 13.5 do Manual de Processo Administrativo Disciplinar³⁷ da CGU, aduz que, para as penas capitais, é impossível atenuação, portanto sem possibilidade de aplicação da dosimetria da pena, como acontece com as sanções de advertência e suspensão.

Tal entendimento da AGU decorre das conclusões dos pareceres nº 177/98 e 183/98, os quais foram aprovados pela presidência da república e, por conseguinte são chamados de pareceres vinculantes, ou seja, são de observância obrigatória por toda a administração pública. Por meio desses pareceres, de fato, a autoridade julgadora, não possui discricionariedade para graduar a pena, se o ilícito estiver configurado nas hipóteses do art. 132 da Lei n.º 8.112/90.

Porém, o STJ vem confirmando a possibilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serem utilizados em todos os casos, quer seja para infrações cuja penalidade seja advertência e/ou suspensão, como também nos casos em que a pena seja a de demissão.

Essa afirmação foi asseverada em Parecer nº 00128/2017³⁸ da Procuradoria Federal junto ao IFRN, onde o Chefe da Procuradoria Federal daquele órgão, aduz que é perfeitamente viável adequar o que dispõe os art. 128 e 132 da Lei n.º 8.112/90 com o que preceitua o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, ele afirma que é possível aplicar a proporcionalidade quando do enquadramento do ato delituoso e não da aplicação da pena.

O que ele quer dizer é que, diante do caso concreto, a autoridade julgadora, pautada em juízos de proporcionalidade deve alterar o enquadramento dos fatos narrados aos tipos administrativos de modo a enquadrar a prática faltosa a tipos que não ensejam a penalidade de demissão. Assim, tem-se que é possível a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria da penalidade que enseja a demissão.

³⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Ed. JusPodium, p. 122-2016, 2010.

³⁷ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, março 2016. Pág. 302. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

³⁸ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer nº 00128/2017/PF/PFRIOGRANDE DO NORTE/PGF/AGU**. Natal, jun. 2017.

6 EFEITOS DA NÃO APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE DEMISSÃO

Parece natural a ideia da utilização de razoabilidade e proporcionalidade no Processo Administrativo Disciplinar, no entanto, torna-se importante destacar os entendimentos da ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO – AGU e da CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – CGU a esse respeito. Para esses órgãos de controle e fiscalização, os referidos princípios não serão sempre aplicáveis.

À AGU compete a representação da União no campo judicial e extrajudicial, sendo-lhe, ainda, reservadas as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do poder executivo, nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988. Doutro lado, a CGU é responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

Antes de adentrar na discussão supracitada, importante se faz demonstrar os riscos da não utilização dos princípios em questão, pois a ausência deles implica principalmente a invalidação dos atos da administração, assim como o caso de uma penalidade administrativa de demissão imposta sem a devida observância desses princípios causa um prejuízo também ao administrado.

Assim, o ato administrativo sem a devida medida, pode gerar a ruína do serviço público, ao invés de garantir a perfeição e a regularidade. Consoante entendimento doutrinário, o ato administrativo considerado fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade além de gerar vício de moralidade também importa em vício de legalidade.³⁹

A razoabilidade, quando incluída como um dos princípios basilares, garante a invalidade de atos que não tenham coerência no âmbito dos processos administrativos, entre o objeto e o motivo. Em síntese, deve haver compatibilidade entre o fato, objeto da punibilidade e a sanção administrativa.⁴⁰

Por sua vez, a proporcionalidade, vem garantir a adequação entre a conduta ilícita e a pena a ser aplicada e, principalmente, com o fim que se deseja. É mediante a proporcionalidade que se espera da administração pública a aplicação da penalidade na

³⁹ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, p. 109, 2009.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, p. 54, 2009.

medida certa, principalmente quando diante da conduta não se vislumbra um maior prejuízo, podendo ser aplicada penalidade menos gravosa.

Por esse princípio, a administração pública tem sua discricionariedade mantida sob controle, isso implica dizer que o objeto primordial da proporcionalidade é evitar as desmedidas, os excessos do agente público. Essa discricionariedade da administração, nada mais é do que a impossibilidade de regulamentação, pela lei, de todos os atos praticados pelo administrador público no exercício de sua função.⁴¹

Acontece que somente há duas hipóteses em que a administração pública pode dispor da discricionariedade ao aplicar as sanções disciplinares, ou seja, há uma possibilidade de gradação. A primeira diz respeito à aplicação da pena de suspensão, que pode ser de até 90 dias.

Nesse caso, pode haver uma ponderação da pena conforme preceitua o art. 128 da Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A pena poderá ser aplicada variando de um até noventa dias, como também pode haver de um dia, de dez dias, de trinta dias etc. A outra situação ocorre quando há substituição da suspensão por multa, nos termos do art. 130 § 2º.

É manifesto o entendimento de que a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios que devem nortear a aplicação das penalidades no âmbito dos processos administrativos disciplinares sob pena de nulidades dos atos administrativos. Pois, uma vez necessária a aplicação de penalidade, há de haver a compatibilidade entre motivo e a sanção adequada.

Quando se trata da penalidade demissão, observa-se que a Lei nº. 8.112/90, não disponibiliza discricionariedade para administração. Assim, a demissão acaba por tornar-se um ato vinculado, pois uma vez ocorrendo em um dos incisos do artigo 132, há de se aplicar a penalidade correspondente. Vê-se, que a Administração não tem discricionariedade para utilizar o princípio da proporcionalidade após o enquadramento da conduta ilícita.

Portanto, tem-se o cerne da questão quando não há um entendimento pacífico acerca do tema. Pois, segundo a CGU e a CGU os princípios da razoabilidade e proporcionalidade só deverão de fato ser aplicados quando da ocorrência de infrações cujas penalidades sejam a advertência ou suspensão.

⁴¹ SANTILLI, Edryanne Braz. **A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar nos casos de demissão**. Brasília, 2013.

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem de forma contrária, ou seja, no que concerne ao princípio da proporcionalidade, deve também ser aplicado para as infrações cuja penalidade seja a demissão. Ressalta-se, porém, que a proporcionalidade deve ocorrer no momento do enquadramento do tipo legal para um tipo que não gere a demissão do servidor.⁴²

A AGU, em seu pareceres vinculantes QG 183 e QG 177, destaca, de forma bem contundente que é compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei n.º 8.112, de 1990 assim ressalta a impossibilidade da autoridade instauradora do processo atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem manifestando posicionamento divergente da AGU e da CGU em algumas de suas decisões. É corrente a intervenção do Poder Judiciário no âmbito dos processos administrativos disciplinares em face das sanções aplicadas. Nesse caso, o poder judiciário intervém de modo aplicar o princípio da proporcionalidade previsto em lei, alterando a decisão constante do Processo Administrativo Disciplinar.⁴³

Desse modo, segundo CGU, essa interferência do poder Judiciário fere o princípio da separação dos poderes. Porém é correto o entendimento de que deve haver essa intervenção pelo Judiciário e que não afronta esse princípio da separação dos poderes, pois é dever do Judiciário o controle dos abusos de poder e ilegalidades. Vê-se aqui um grande embate a respeito do tema.

No entanto, é corrente o entendimento de que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional demonstra compatibilidade com o princípio da separação dos poderes. Essa intervenção do judiciário pode ocorrer no momento em que atos administrativos de caráter discricionário possam resultar em alguma lesão ou ameaça a direito. Assim, entende-se que, nesses casos, é admissível o controle jurisdicional, tendo por base o princípio da legalidade, os princípios gerais da Administração, ou ainda os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, com o objetivo de fazer cessar o ato lesivo.⁴⁴

De forma contrária ao entendimento da AGU e CGU, o STJ, declarou que os pareceres da AGU são manifestamente ilegais. Essa afirmação ocorreu mediante o Mandado

⁴² MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de Processo Disciplinar**. 1. ed. Brasília: Fortium Editora, p. 54, 2008.

⁴³ SANTILLI, Edryanne Braz. **A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar nos casos de demissão**. Brasília, 2013.

⁴⁴ AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão. **Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União**. Ano VI, Brasília: jul. 2011.

de Segurança n.º 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima. O referido Mandado de Segurança afirma que os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, 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 ao tornar compulsória a aplicação da pena de demissão quando caracterizada alguma das infrações disciplinares do art. 132 da Lei n.º. 8.112/90.

Ocorre que diante do caso concreto, a não observância da razoabilidade e proporcionalidade em caráter compulsório como bem pretende o entendimento da AGU e CGU em relação a penalidade de demissão, em muitos casos, não podem deixar de ser considerados em face estritamente da legalidade.

A aplicação pura da lei não deve prosperar ao ser aplicada mesmo diante da constatação do enquadramento da conduta ilícita, vez que, em relação à penalidade de demissão, pode ocorrer de mostrar-se desmedida. Essa constatação encontra respaldo na perceptível ilegalidade dos pareceres GQ- 177 e GQ- 183 da Advocacia-Geral da União, pois manifestamente impedem a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em detrimento da lei.

Quando não são considerados esses princípios, tende-se a um aumento no número de demissões de servidores públicos federais. No período de 2012 a 2016, houve um número considerável de demissões. Conforme anexo A, verifica-se um total de 2.162 (dois mil cento e sessenta e seis) agentes públicos efetivos penalizados com demissão, o que corresponde a uma média de 432,6 (quatrocentos e trinta e dois virgula seis) servidores por ano. Faz-se necessário uma análise profunda acerca dessa questão.

Se a Lei n.º 8.112/90 prevê que na aplicação das penalidades deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e também os antecedentes funcionais,⁴⁵ então, quanto a penalidade de demissão, é necessário que se faça uma profunda interpretação do disposto no art. 128, da Lei n.º. 8.112/99, quando implicitamente apresenta a necessidade de considerar a razoabilidade e a proporcionalidade na dosimetria da penalidade administrativa.

⁴⁵ FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no direito administrativo disciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: ano 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-10.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2017.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verifica no decorrer do presente trabalho, há no cenário jurídico um forte embate acerca da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria da penalidade administrativa de demissão de servidores da administração pública federal, sobretudo verifica-se um impasse no momento adequado à aplicação dos referidos princípios, se do enquadramento do fato típico ou da aplicação da penalidade a ser imposta.

Inicialmente, conclui-se que existe uma possível mitigação da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contrariando o que aparentemente tem-se por óbvio, de que são sempre aplicados nas ocasiões que necessitem de sua aplicação. No entanto, essa mitigação ocorre quando a administração pública não leva em consideração que os princípios supracitados devem ser também aplicados quando no momento da imposição da penalidade seja cominada a pena de demissão, pois somente os considera nos casos em que ensejem as penalidades de advertência ou suspensão.

Ocorre que quando não se observa a aplicação dos princípios descritos acima de maneira adequada e no momento oportuno, há um considerável prejuízo à administração pública, pois o ato praticado sem a devida medida, causa a ruína, a imperfeição e irregularidade do serviço público, gerando um elevado número de demissões. Tem-se por verdadeiro que o ato praticado fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade importa tanto em vício de moralidade quanto de legalidade.

Nesse contexto, verifica-se que a aplicação oportuna dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade permite uma modificação da sanção a ser aplicada aos servidores públicos federais que se tornaram protagonistas em processos administrativos disciplinares, cuja infração comine em demissão. Logo, tem-se por observado que deve haver um momento propício para os referidos princípios serem considerados, pois, caso ocorra a aplicação em momento posterior não há liberalidade para se aplicar pena menos gravosa.

Nesse limiar, surge a necessidade de encontrar uma pacificação acerca do tema, pois tanto a Advocacia Geral da União – AGU como a Controladoria Geral da União – CGU têm por certo a não possibilidade de graduação da penalidade administrativa de demissão nos casos enquadrados no art. 132 da Lei n.º 8.112/90, somente permitindo atenuar as penalidades que se enquadrem em advertência ou suspensão. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que é possível aplicar a razoabilidade e proporcionalidade em todos os casos, qualquer que seja a pena cominada, se advertência, suspensão ou demissão.

E nesse sentido, o STJ vem intervindo e alterando decisões oriundas dos processos administrativos disciplinares de forma a aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tal intervenção vem acarretando forte desentendimento entre os poderes, pois segundo a CGU a interferência do judiciário fere o princípio da separação dos poderes. No entanto, o judiciário vê a interferência como válida, pois, entende que é lícito controlar os abusos de poder e as ilegalidades, nesse caso, advindas do poder executivo.

Não se pode olvidar que a Administração Pública tem prerrogativa para praticar qualquer ato que esteja dentro da legalidade, no entanto, importa ressaltar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade também não podem ter reduzidos os seus efeitos quando necessitarem ser aplicados. Especificamente em relação ao princípio da proporcionalidade, um importante efeito gerado por ele é permitir uma maior flexibilidade quando postas em análise determinadas decisões por parte de um administrador público, isto é, quando se verificam os motivos de fato e de direito que levaram a autoridade administrativa tomar determinada decisão mediante um caso concreto.

De um lado, o princípio da legalidade serve como limitador à atuação da administração, pois é precípua o dever de observar e respeitar as leis e doutro lado, o princípio da proporcionalidade estabelece a aplicação da adequação, necessidade e equilíbrio em sentido estrito, para que o administrador pratique os atos da melhor forma e em consonância com o interesse público.

Percebe-se a força do princípio da proporcionalidade como limite à atuação discricionária da administração pública, pois cada vez mais a jurisprudência vem se utilizando desse princípio como meio de moderação dos atos. Vislumbra-se, assim, ser possível a utilização dos princípios da legalidade e da proporcionalidade para analisar o ato administrativo discricionário, de modo que o prejuízo a qualquer um deles implicará excesso em relação ao mérito administrativo e assim, será passível de controle.

Dessa maneira, considerando que as consequências advindas da não aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria da penalidade administrativa de demissão dos servidores no âmbito da administração pública federal ocasionam invalidação dos atos da administração, como também acarreta um aumento no número de servidores demitidos, tendo gerado nos últimos 05 (cinco anos) uma média de 432,6 (quatrocentos e trinta e dois vírgula seis) servidores demitidos ao ano. Isso ocasiona tanto uma deficiência na prestação do serviço público como um impacto social e econômico negativo, sendo válida, portanto, a proposição de um consenso a respeito do tema, em especial quanto ao momento da utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer nº 00128/2017/PF/PFRIOGRANDE DO NORTE/PGF/AGU**. Natal, Jun. 2017. Disponível na sede da Reitoria do IFRN no situada à Rua Dr. Nilo Bezerra Ramalho, 1692, Tirol, Natal/RN – CEP: 59015-300.

AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão. **Revista da CGU Edição Especial – Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União**. Ano VI, Brasília: jul. 2011. 376 p.

BARCELLI, Celso Tarcísio. **Dosimetria da sanção disciplinar**. Disponível em: <<http://barcellijuridico.blogspot.com.br/2014/01/dosimetria-da-sancao-disciplinar.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Emendas Constitucionais. 05/10/1988. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 29/01/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Ed. JusPodium, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Manual De Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, março 2016. Pág. 302. Disponível

em:<<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>.
Acesso em: 30 mai. 2017.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Penalidades**. Disponível em
<<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/penalidades#13>>.
Acesso em: 29 mai. 2017.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Izaías Dantas. A Finalidade Da Pena No Direito Administrativo Disciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: v. 36, n. 141, p. 119-128, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-10.pdf>.
Acesso em: 16 maio 2017.

LEONEL, P.O. The constitutional principles of public administration and the practical world in Administrative Law. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo: v. 5, n. 2, p. 151, jul. 2013.

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

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MELLO, Rogério Luís Marques de. Da verdade real no Processo Administrativo Disciplinar militar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina: ano 11, n. 1009, 6 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8205>>. Acesso em: 15 maio 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Maryana Abdala de. O processo administrativo e o princípio do formalismo moderado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina: ano 12, n. 1483, 24 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10191>>. Acesso em: 15 mai. 2017

RODRIGUES, Raphael Silva; GUIMARÃES, Flávia Álvares. A Interpretação da Falta Grave no Âmbito do Processo Administrativo Disciplinar: Uma Visão Principiológica. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – De Jure**, Belo Horizonte: v. 14, n 25, p. 385, jul./dez. 2015.

SANTILLI, Edryanne Braz. **A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar nos casos de demissão**. Brasília, 2013.

SANTOS, Jefferson Medeiros dos. Pena de demissão no processo disciplinar: razoabilidade e proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3438, 29 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23120>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

SAMPAIO, Clara Meira Costa. **Princípios aplicáveis ao processo administrativo**. Análise do princípio da motivação. Conteúdo Jurídico, Brasília: 04 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48405&seo=1>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

SCATOLLINO, Gustavo. TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 48, n. 192, p. 99, out/dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

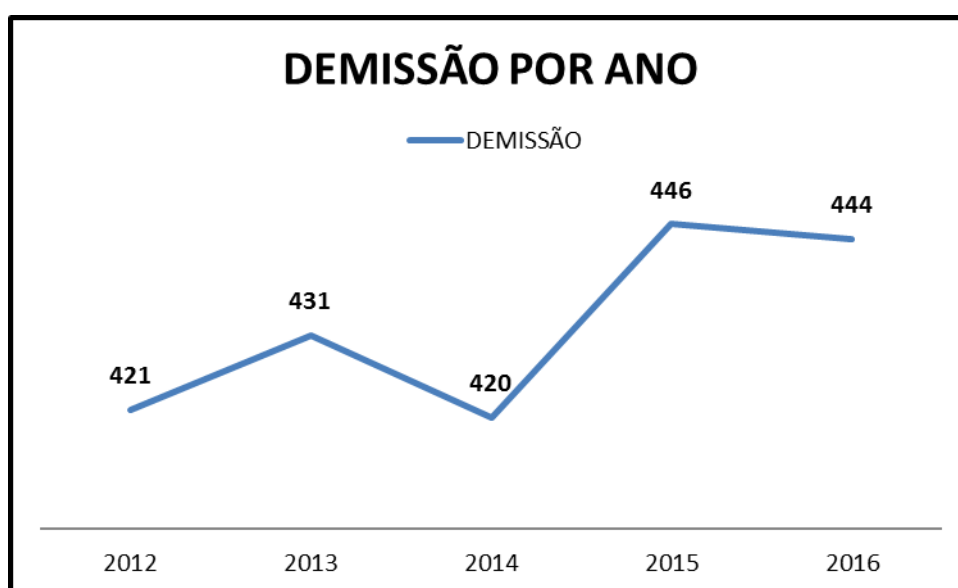
VELOSO JÚNIOR, José Ribamar. O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar. In: _____. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ANEXO A - Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da Administração Pública Federal.

PUNIÇÕES EXPULSIVAS POR ANO

PUNIÇÃO	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Demissão	421	431	420	446	444	2.162

Fonte: CGU, dezembro/2016.



Fonte: CGU, dezembro/2016.