

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

FELIPE AIRES LEAL RICARDO

**A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA NATUREZA
JURÍDICA DO ATO DE DEMISSÃO PREVISTO NA LEI Nº 8.112/1990.**

**BRASÍLIA,
2016**

FELIPE AIRES LEAL RICARDO

**A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA NATUREZA
JURÍDICA DO ATO DE DEMISSÃO PREVISTO NA LEI Nº 8.112/1990.**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-graduação *Latu Senso* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

FELIPE AIRES LEAL RICARDO

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE DEMISSÃO PREVISTO NA LEI Nº 8.112/1990.

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-graduação *Latu Senso* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Brasília-DF, 1º de agosto de 2016.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/_____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza jurídica do ato de demissão aplicável aos servidores públicos federais. Após o trâmite do processo administrativo disciplinar, instrumento de apuração de irregularidades na seara administrativa, a autoridade responsável pelo julgamento do feito enquadrará a conduta do servidor em uma das infrações previstas na legislação (Lei nº 8.112/1990). A Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão previstas na lei, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado. Este é o atual entendimento dos tribunais sobre o tema e a matéria central do presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regime disciplinar. Processo Administrativo Disciplinar. Penalidade. Demissão. Ato vinculado.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the jurisprudence of the higher courts about the judicial nature of the dismissal act applied to the federal public servants. After the regular administrative disciplinary proceedings, which is the instrument to verify irregularities on the administrative context, the authority responsible for the judgment will establish a penalty to the servant who violates the rules based on the law number 8.112/1990. If the public administration come across situations in which the conduct of the investigated needs to be punished with dismissal, there is no margin of discretion on whether the administration should apply or not the penalty. This is the current understanding of the courts about this theme and the core idea of this research.

Keywords: Administrative Law. Disciplinary System. Disciplinary Administrative Process. Penalty. Dismissals. Related act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS.....	9
1.1. O REGIME DISCIPLINAR PREVISTO NA LEI Nº 8.112/1990.....	11
1.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	15
2 OS ENQUADRAMENTOS JURÍDICOS E AS RESPECTIVAS SANÇÕES	20
2.1 INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE	22
2.2 AS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS	26
3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	30
3.1. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.....	30
3.2. PROPORCIONALIDADE NA SANÇÃO OU CORREÇÃO DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO	37
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A publicação da Lei nº 8.112/1990 revelou a opção da União por adotar o regime estatutário para reger a relação com os servidores públicos que integram o seu quadro de pessoal. A referida legislação contém, além da previsão de direitos e vantagens da categoria, uma lista de deveres funcionais que devem ser observados pelos servidores quando estiverem no exercício das atribuições dos seus cargos.

Somado a este conjunto de deveres e proibições, existem ainda dispositivos que estabelecem os ritos de apuração de irregularidades, as sanções disciplinares e as autoridades competentes para aplicá-las, além de outros institutos ligados a matéria, compondo o que a própria legislação denominou de regime disciplinar.

Esse pequeno sistema disciplinar contido na Lei nº 8.112/1990 visa, sobretudo, garantir a regularidade e o bom funcionamento da Administração, seja pela prevenção do cometimento de infrações ou mesmo pela repressão das irregularidades cometidas pelos servidores públicos vinculados aos órgãos federais.

Nota-se que o objetivo da seara disciplinar é harmonizar as relações de trabalho, preservando o convívio entre os servidores e os diversos setores que compõem determinada instituição, mantendo o respeito às normas e diretrizes emanadas pela Administração.

Por expressa disposição legal, o processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar as responsabilidades administrativas. Portanto, o exercício do poder disciplinar pela Administração deverá obrigatoriamente ser desenvolvido dentro do modelo processual previsto na norma, por mais simples que seja a irregularidade praticada e por mais evidente que possa parecer a responsabilidade do acusado.

A apuração das responsabilidades funcionais é um direito da Administração, perante aqueles que por relação jurídico-funcional se submetem a sua hierarquia administrativa, e um dever perante os administrados, na medida em que resultará na correção dos comportamentos e no aprimoramento da prestação de serviços públicos de qualidade.

Reconhecida, portanto, a prática da infração por parte daquele servidor acusado após o término do processo disciplinar, caberá a Administração, considerando a natureza e a gravidade da infração cometida, aplicar a sanção administrativa legalmente prevista.

O presente trabalho foca naquela que é a sanção administrativa mais grave dentro do serviço público. A demissão, aplicável para condutas em que a permanência do servidor nos quadros do órgão torna-se intolerável, possui suas hipóteses exaustivamente listadas no art. 132 da Lei nº 8.112/1990.

Em que pese o dispositivo ser claro ao estabelecer que a demissão deva ser aplicada nos casos taxativamente ali consignados, é preciso reconhecer que existem vozes na doutrina e em alguns tribunais pátrios que admitem o abrandamento da sanção ali prevista, sob os argumentos da individualização da pena e da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente a do Superior Tribunal de Justiça, nos últimos anos vem se sedimentando no sentido de reconhecer a inexistência de discricionariedade administrativa em sua aplicação. Ou seja, configurada uma das hipóteses previstas na legislação como passíveis da aplicação da referida sanção, não restaria à autoridade julgadora outra opção, revelando ser a demissão um ato estritamente vinculado à lei.

Entretanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça em alguns julgados recentes tem invocado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para modificar decisões administrativas que resultaram em demissões, trazendo uma aparente contradição ao tema.

Portanto, o presente trabalho buscará contextualizar a divergência em torno da matéria e apresentar as razões que levam a concordar com o modelo que privilegia o princípio da legalidade e que considera a sanção administrativa de demissão como um ato vinculado.

Como metodologia de pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo. Partiu-se da análise da parcela do ordenamento jurídico que trata da matéria disciplinar e da interpretação desse quadrante normativo feita pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no período de 2008 a 2016.

1 O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS.

A Constituição Federal de 1988, na redação original do *caput* do art. 39, exigiu que os quatro entes federados adotassem um regime jurídico único, ou seja, um único conjunto de regras para reger a relação com seus servidores.

Portanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que conviveram durante anos com funcionários regidos por regimes funcionais diferentes dentro dos seus órgãos, passaram a ter que uniformizar as regras para aplicá-las de maneira homogênea a todos que integrassem o respectivo quadro de pessoal.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e fundações públicas.

Nota-se pela leitura do dispositivo que a Constituição não definiu qual seria a natureza jurídica dos vínculos. Estabeleceu apenas que os entes unificassem as regras, adotando integralmente ou a legislação trabalhista (celetistas), ou firmando uma relação de natureza estatutária (legal) com seus respectivos servidores da administração pública direta, autárquica e fundacional.

A edição da Lei nº 8.112, em 12 de dezembro de 1990, revelou a opção da União em submeter seus servidores ao regime estatutário. Com a publicação da lei, esses foram os preceitos que passaram a regular essa relação jurídica especial entre a Administração Federal e os servidores públicos da esfera federal.

O regime jurídico único¹ dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais passou então a ser estabelecido pela referida legislação.

Podemos conceituar a expressão regime jurídico como o conjunto de normas destinadas a reger determinada relação jurídica. O presente trabalho terá sempre como pano de fundo a relação profissional estabelecida pela Administração

¹ Após 10 anos de vigência do *caput* do art. 39 da Constituição, a exigência do regime jurídico único passou a não mais existir. Isso porque com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 4 de julho de 1998, foi suprimida a obrigatoriedade de um regime jurídico único para os servidores de cada ente. Entretanto, é importante consignar que a modificação do *caput* do art. 39 teve sua eficácia suspensa cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 2007, em decisão proferida na ADI nº 2135/DF.

Pública com seus servidores, vínculo que terá, segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles, as seguintes características:

O regime jurídico dos servidores civis consubstancia os preceitos legais sobre acessibilidade aos cargos públicos, a investidura em cargos públicos (por concurso público) e em comissão, as nomeações para funções de confiança; os direitos e deveres de servidores; a promoção e os respectivos critérios; o sistema remuneratório (subsídio ou remuneração, envolvendo os vencimentos, com a especificação das vantagens de ordem pecuniária, os salários e as reposições pecuniárias); as penalidades e suas aplicações, o processo administrativo; e a aposentadoria².

Cumpra consignar que, apesar de a Constituição Federal ter disponibilizado certa autonomia para os entes federados criarem suas próprias regras, notadamente com o reconhecimento de direitos e vantagens específicos, reservou também nesse campo algumas normas de reprodução obrigatória na organização da estrutura de pessoal e na confecção de seus regimes jurídicos.

Logo, poderemos encontrar legislações concedendo benefícios e garantias aos servidores além daqueles previstos no texto constitucional. O que não se admitirá são preceitos contrários à Constituição ou dispositivos que desconsideram aquele núcleo de reprodução obrigatório dirigido a toda a Administração Pública, seja ela federal, regional ou local.

Dentro desse contexto, destaca-se a importante exigência constitucional de acessibilidade aos cargos públicos mediante concurso. Ressalvados os vínculos estabelecidos através de nomeações para cargos em comissão, a relação profissional por excelência será aquela resultante da aprovação em concurso público. O âmbito de aplicação da Lei nº 8.112/1990 é, portanto, o do regime de cargo público, ocupado pelos chamados servidores públicos, que são apenas uma das espécies de agentes que prestam serviço para Estado.

Conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello³, todos aqueles que servem ao poder público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Os agentes públicos podem ser

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros. 2008. p. 414.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime Constitucional dos servidores da Administração direta e indireta. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

classificados em três grandes grupos: a) agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público.

A partir das breves considerações sobre as características básicas desse regime específico, passaremos a analisar um aspecto que acaba representando o ônus desse vínculo firmado com a Administração, que consiste na observância obrigatória de deveres e obrigações por parte dos servidores públicos, com o objetivo de assegurar o desempenho das atribuições de seus cargos sempre de maneira regular.

1.1. O regime disciplinar previsto na Lei nº 8.112/1990.

Como visto, a Lei nº 8.112/1990 é o diploma legal responsável por regular toda a vida funcional dos servidores públicos federais. Deve-se ressaltar que, ao lado de institutos que estabelecem as formas de preenchimento e vacância do cargo público, das hipóteses de movimentação, da previsão de direitos e vantagens, da concessão de licenças e afastamentos, existe na legislação a preocupação com o exercício regular das atribuições dos cargos ocupados por seus servidores e com a preservação da ordem interna administrativa.

É o chamado regime disciplinar. Um verdadeiro microssistema dentro da legislação que é responsável por consignar deveres, proibições, responsabilidades, sanções administrativas e os tipos de procedimentos a serem seguidos na apuração de irregularidades praticadas pelos servidores públicos no exercício de suas atribuições.

A falta disciplinar é o comportamento do servidor público que atenta contra a disciplina funcional e que seja praticado no exercício das atribuições de seu cargo. Outra característica essencial do ilícito funcional é a de que a repressão deve ser feita por instrumentos de natureza administrativa, ou seja, com sanções previstas na própria seara disciplinar.

Toda a estrutura da Administração Pública só consegue manter a mínima estabilidade institucional em virtude da hierarquia existente entre os órgãos e da subordinação que ocorre entre os servidores e os ocupantes das funções de direção e chefia.

Trata-se, portanto, de configurações internas baseadas nas relações de hierarquia que visam, principalmente, assegurar uniformização da atuação, a coordenação e a cooperação das diversas unidades que compõem as estruturas das diversas unidades administrativas.

O professor Hely Lopes Meireles assevera que *o poder hierárquico atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e como forma de responsabilização dos agentes administrativos, impondo a estes o dever de obediência, com vistas a ordenar as atividades da Administração*⁴.

Com o intuito de assegurar a disciplina interna, o estatuto federal elegeu determinados bens jurídicos para serem protegidos, resguardando o regular funcionamento da Administração.

Criou-se normas de cunho disciplinar, destinadas a orientar os servidores a cumprirem seus deveres funcionais e a não desatenderem às proibições estabelecidas, respeitando, com isso, os princípios da legalidade e da segurança jurídica, na medida em que possibilita que todos conheçam previamente os atos reprovados e indesejados pela Administração e as respectivas penalidades.

As previsões normativas sobre o tema são capazes de assegurar ainda a utilização do poder disciplinar nos exatos limites expressos na legislação, evitando-se constrangimentos ilegais, desvios de finalidades, abuso ou excesso de poder.

Estruturou-se, assim, o direito administrativo disciplinar dentro da Lei nº 8.112/1990, conceituado por José Armando da Costa⁵ como *o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do serviço público*.

Sobre o tema, Sandro Lúcio Dezan⁶ afirma:

É no direito administrativo disciplinar que a Administração encontra os fundamentos de seu poder-dever disciplinar, na medida em que se firmam plasmados em textos normativos os deveres e as proibições afetas ao servidor público, assim como os procedimentos investigativos e contraditórios para se levar à concreção a eventual sanção disciplinar decorrente da prática do ilícito.

O direito administrativo disciplinar incide exclusivamente sobre uma relação funcional estatutária e, com efeito, de direito público, que envolve a Administração e seus servidores.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros. 2008. p. 119.

⁵ COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 2 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 32.

⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 73

A doutrina costuma afirmar que o regime disciplinar possui um duplo objetivo: o primeiro de caráter preventivo, tendo em vista que a enumeração de deveres e proibições pretende evitar aquelas condutas que a Administração entende ser indesejadas e prejudiciais; o segundo de caráter repressivo, visando punir os agentes que praticarem as infrações administrativas.

Cabe consignar que a utilização da esfera disciplinar ainda tem por escopo atuar como fator de exemplo para os demais servidores (caráter pedagógico) e servir para que a Administração reafirme a vigência das normas violadas.

Conforme será visto em capítulo posterior, a legislação trouxe um rol de deveres funcionais que precisam ser observados pelos servidores. Aliado a isso há também a previsão de proibições e o cometimento de algumas condutas que foram desvaloradas pelo legislador. Como consequência legal para a violação das normas, haverá a aplicação, ao transgressor, da correspondente sanção de natureza disciplinar.

Quando o agente comete uma infração ao regime disciplinar ao qual está vinculado, configura-se a responsabilidade administrativa, que decorre da prática de conduta comissiva ou omissiva que viole deveres funcionais.

Nos termos da legislação, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, que são os instrumentos destinados a apurar fatos e investigar a responsabilidade de servidor pela prática de infração de natureza disciplinar.

Entretanto, é importante frisar que o processo administrativo disciplinar visa não só confirmar a prática da infração disciplinar, mas, sobretudo, desfazer as suspeitas iniciais que recaíram sobre determinado servidor quando se levou ao conhecimento da Administração os fatos com nítido viés de denúncia.

A preocupação com a regularidade do serviço público é tão evidente que além de se traduzir em um dever da autoridade promover a apuração das irregularidades, constitui observância de dever funcional do servidor, prevista na lei, a necessidade de representar contra ilegalidades (inciso XII do art. 116 da Lei nº 8.112/1990). Pode ainda gerar consequências no âmbito criminal, conforme se

verifica na leitura do tipo penal previsto no art. 320⁷ do Código Penal (condescendência criminosa).

Ainda quanto às formas de se noticiar irregularidades à Administração, cabe transcrever o que orienta o Manual de Processo Administrativo Disciplinar elaborado pela Controladoria-Geral da União⁸:

Destaca-se que a representação funcional é apenas uma das formas de se fazer à Administração a notícia do cometimento de suposta irregularidade. Somam-se, como outras formas de ensejar a sede disciplinar, os resultados de investigação preliminar ou de auditoria ou de sindicância meramente investigativa; representações oficiadas por outros órgãos ou entidades públicas (Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Controladoria-Geral da União, etc); denúncias apresentadas por particulares, notícias veiculadas na mídia e até denúncias anônimas.

Acontece que essa diversidade de formas que a Administração tem ao seu alcance para ter notícia de supostas irregularidades, não garantem, por vezes, os elementos mínimos necessários para a abertura de um procedimento apuratório. A esfera disciplinar requer muita cautela em sua utilização, por gerar um ônus muito grande ao servidor que a ela é submetido, além de expor e desgastar a imagem da Administração.

Por isso, a autoridade responsável por analisar as denúncias que chegam ao conhecimento da Administração deve estar atenta aos indícios de materialidade, ou seja, se de fato há a possibilidade de ter havido uma violação relevante e real ao rol de deveres e proibições, e os indícios que indicam que o servidor pode ser o autor dos fatos.

Conforme ensina o Professor Antônio Carlos Alencar⁹:

Não há dúvida de que a instauração de processo administrativo disciplinar é medida de mais grave repercussão na esfera administrativa, de forte impacto sobre a pessoa do acusado e que, ao mesmo tempo, gera responsabilidade da autoridade instauradora

⁷ Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

⁸ Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, 2010. p. 27.

⁹ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pág. 426.

quanto à conclusão da eficiência do feito, para culminar em um ato decisório, seja no sentido da inocência ou da responsabilidade. Quando a Administração instaura processo administrativo disciplinar, ela exterioriza um juízo prévio no sentido de que há uma infração funcional, cuja autoria e materialidade são verossímeis e reclamam possível punição (...).

Reconhecida a justa causa para a abertura do procedimento apuratório, caberá a Administração instaurar o respectivo processo administrativo disciplinar, concebido aqui em seu sentido amplo. Por força da legislação estatutária, o termo é gênero que comporta duas espécies: a sindicância e o processo administrativo disciplinar (sentido estrito).

Nessa perspectiva, sempre que a Administração Pública se deparar com uma infração administrativa cometida por um dos seus servidores, haverá o dever de apurar o fato mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar e, comprovada a sua ocorrência, surgirá a obrigação de fazer incidir a penalidade administrativa legalmente prevista para aquela conduta irregular.

1.2. Processo administrativo disciplinar (sentido amplo).

Como visto, nos termos da legislação, dois são os instrumentos colocados à disposição do Estado para a apuração de irregularidades administrativas: a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

Portanto, o exercício do poder disciplinar pela Administração deverá obrigatoriamente ser desenvolvido dentro do modelo processual previsto, por mais simples que seja a irregularidade praticada e por mais evidente que possa parecer a responsabilidade do acusado.

Nas palavras do Professor Antônio Carlos Alencar Carvalho¹⁰:

A lei federal consagra que a apuração de irregularidades cometidas por servidores públicos sempre deverá ser promovida mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, com o deferimento das garantias do contraditório e da ampla defesa. Por essa causa

¹⁰CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p.113.

que se afigura ilegal a imposição de penalidades em autos de quaisquer expedientes ou papéis administrativos inominados, sem a formal instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, também a minguagem da devida designação do colegiado processante, nem ainda a citação do acusado e o respeito às demais formalidades pertinentes.

Inicialmente cumpre consignar que a instauração do procedimento interrompe a prescrição até a decisão final proferida pela autoridade competente, que só começa a fluir a partir do dia que cessar a interrupção (§3º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990). Portanto, a Administração, ao tomar conhecimento do ilícito administrativo, deverá imediatamente promover a apuração, sob pena de perder, pelo transcurso do tempo¹¹, o direito de punir o servidor faltoso.

Portanto, quando chega ao conhecimento da autoridade competente a notícia de suposta irregularidade administrativa, a primeira providência ser tomada é o reconhecimento da relevância dos fatos para a seara disciplinar, área de atuação residual e excepcional dentro da Administração.

Essa avaliação passará necessariamente pelo seguinte raciocínio: se forem verdadeiras as informações contidas na denúncia, algum dos dispositivos previstos foi violado formal e materialmente¹² com a conduta praticada pelo servidor?

Isso porque, se por um lado a legislação obriga a autoridade que teve ciência de suposta infração a promover a imediata apuração, por outro, trouxe mecanismo que indica a necessidade de uma análise prévia dos fatos para instruir eventual decisão de arquivamento, quando não estiverem presentes os indícios mínimos de autoria e materialidade da infração.

Em relação a necessidade de demonstração da justa causa para a instauração de procedimentos apuratórios, nos ensina Mauro Roberto Gomes¹³:

¹¹ Os prazos prescricionais estão previstos no art. 142 da Lei nº 8.112/1990: 5 (cinco) anos para infrações puníveis com demissão, 2 (dois) anos para infrações puníveis com suspensão e 180 (cento e oitenta dias) quanto as puníveis com advertência.

¹² Além da chamada tipicidade formal, adequação do fato à norma, é preciso analisar se, de fato, a conduta praticada é capaz de ofender gravemente os bens jurídicos protegidos e de desgastar de forma relevante a norma (tipicidade material).

¹³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 212.

A “*probable cause*” liga-se à existência de um juízo de probabilidade da condenação para justificar a instauração do processo. Sendo que esse juízo inicial de probabilidade indica, mesmo que superficialmente, que houve um ato ilícito cometido pelo acusado, merecedor de uma persecução investigatória, para se buscar a verdade real dos fatos.

Reconhecida, nessa análise prévia, os elementos mínimos capazes de exigir a abertura do procedimento disciplinar, a autoridade instauradora publicará o ato administrativo que comporá a comissão responsável pela condução dos trabalhos de apuração dos fatos.

Como visto, a Administração possui dois tipos de instrumentos para a apuração de irregularidades: o processo administrativo disciplinar e a sindicância, esta última denominada pela doutrina e pela jurisprudência de sindicância inquisitorial.

Portanto, conceitualmente, pode-se interpretar que a expressão genérica “processo administrativo disciplinar” comporta as espécies processo administrativo disciplinar (PAD) e a sindicância prevista na Lei nº 8.112/1990¹⁴.

Novamente, atribuindo-se como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, busca-se na lei a penalidade¹⁵ correspondente para o ilícito administrativo, e então decide-se pela instauração de processo administrativo disciplinar ou de sindicância, sendo os fatos mais graves obrigatoriamente apurados pelo primeiro.

Isso porque a sindicância só poderá resultar na aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de 30 (trinta) dias. Essa modalidade de procedimento apuratório visa dotar a Administração de um procedimento mais célere e menos custoso na apuração dos fatos mais simples.

Finalizada a instrução e apresentado o relatório final pela comissão responsável pela condução da sindicância, três possibilidades se apresentam a

¹⁴ A sindicância investigativa (preparatória), apesar de não haver previsão legal, é procedimento que antecede a instauração da sede contraditória e têm por objetivo a colheita de mais informações sobre os fatos. Assim, pode o seu relatório recomendar tanto a instauração do processo administrativo disciplinar ou de uma sindicância (inquisitorial), como indicar a Administração sobre falhas procedimentais, criação de normas internas ou servir para o aperfeiçoamento de rotinas.

¹⁵ No capítulo seguinte, trataremos mais especificamente das espécies de sanção administrativa, cabendo, neste momento, deixar apenas consignado que a lei previu cinco espécies de sanções: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e destituição do cargo em comissão e da função de confiança (art. 127 da Lei nº 8.112/1990).

autoridade julgadora: 1) arquivamento do feito; 2) aplicação da penalidade de advertência ou de suspensão de até trinta dias; ou 3) instauração do processo administrativo disciplinar quando se perceber que a conduta apurada é de natureza mais grave do que se imaginava e, por isso, exigirá a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta dias) ou mesmo de demissão.

A escolha pelo procedimento deverá, portanto, ser feita pela autoridade instauradora no momento da abertura do procedimento (instauração). Para infrações cuja instrução processual se mostra mais complexa e a penalidade mais grave, necessariamente haverá a abertura de processo administrativo disciplinar.

Tais procedimentos, segundo a legislação federal, serão desenvolvidos em três fases: instauração, inquérito e julgamento. A autoridade competente, após identificar nos fatos que chegaram ao seu conhecimento os indícios de materialidade e autoria de suposta infração (juízo de admissibilidade), instaurará o procedimento disciplinar publicando o ato que constitui a comissão responsável pela apuração da irregularidade. Essa mesma autoridade instauradora, que saiu de cena para que a instrução do processo fosse realizada, retornará para julgar o feito, quando o trabalho do órgão colegiado estiver finalizado (relatório final).

Cabe consignar que deve ser assegurada ao acusado a ampla possibilidade de se defender e de contraditar as acusações que são formuladas em seu desfavor ao longo do processo, devendo ter conhecimento das acusações, ser citado para acompanhar o processo e participar ativamente da instrução.

O trabalho de apuração dos fatos será conduzido pelo órgão colegiado a partir de três momentos distintos: a instrução, a defesa e o relatório final. Primeiro, a comissão, respeitando o direito ao contraditório a ampla defesa, promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações, diligências, perícia e o que mais necessário for para a coleta de provas, facultando ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas, bem como formular quesitos. Realizará, por fim, o interrogatório do acusado.

Instruir significa colher os elementos necessários para esclarecer os fatos em torno dos quais circunscreve a questão da prática da falta disciplinar, sua materialidade e autoria e mais circunstâncias pertinentes, de maneira a permitir que a autoridade ou órgão julgador disponham dos meios de

informação para formar sua convicção sobre a inocência ou culpabilidade do acusado, a fim de com isso decidir o processo administrativo disciplinar ou a sindicância punitiva diante das provas seguras, de acervo fático cujo conteúdo tenha sido perfeitamente elucidado mediante as atividades instrutórias desenvolvidas¹⁶.

Após colher todo o conjunto probatório e se convencer preliminarmente da responsabilidade do servidor, a Comissão indicará o servidor, especificando os fatos a ele imputados e as respectivas provas, abrindo-se o prazo para a apresentação da defesa escrita, que será apreciada juntamente com todo o conjunto probatório trazido aos autos ao longo da tramitação do processo.

Conforme ensina o Professor Antônio Carlos Carvalho¹⁷, *os fatos, argumentos, provas e interpretações jurídicas que influenciarão o julgamento não podem ser produzidos e apresentados segundo a ação e visão processual apenas da acusação (do colegiado acusador), mas também deve ser produto do concurso da defesa, da versão apresentada pelo servidor processado, das suas teses, das suas razões, dos meios probatórios por ele carreados aos autos.*

Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, expediente no qual resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será então remetido à autoridade que determinou sua instauração para que profira o julgamento.

¹⁶ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p.525.

¹⁷ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p 224.

2. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO E AS RESPECTIVAS SANÇÕES.

Talvez aqui esteja a mais difícil tarefa daqueles que lidam diretamente com os procedimentos disciplinares: o enquadramento disciplinar dos fatos (tipicidade). Perceberemos que uma pequena diferença fática ou mesmo um pequeno descuido na subsunção dos fatos pode trazer consequências jurídicas extremas, como a necessidade, ou não, de instauração do procedimento ou mesmo reconhecer que a conduta é passível de aplicação de uma penalidade de suspensão ou advertência e não de demissão, penalidade que faz cessar completamente o vínculo com a Administração.

O antecedente necessário para a tarefa da subsunção está na familiaridade do rol de deveres e proibições contidas nos art. 116 e 117 e nas condutas previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/1990.

Entretanto, antes da análise das infrações em espécie, serão tecidas breves considerações sobre o ilícito administrativo, como espécie de ato contrário a norma ao qual se tem vinculado no próprio sistema uma correspondente sanção.

O regime jurídico dos servidores públicos federais estabelece que o servidor público poderá responder civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (art. 121). O efeito prático da independência dessas instâncias é que um mesmo fato pode ser considerado ilícito nos três ramos do direito, possibilitando apurações e aplicações de sanções distintas.

Logo, o ilícito, em qualquer um dos seus gêneros, é obtido a partir da constatação da hipótese prevista na norma, operando-se a denominada subsunção. A relevância disciplinar a um fenômeno passa necessariamente pela determinação abstrata, pelos textos normativos, daquelas condutas que devem ser puníveis administrativamente.

Entretanto, uma peculiaridade será observada quando analisarmos a forma pela qual a legislação traz os enunciados destinados a prever as infrações administrativas no regime jurídico disciplinar. Na esfera administrativa, as condutas não possuem a mesma definição precisa que ocorre, por exemplo, na previsão dos ilícitos penais.

É o que a doutrina costuma chamar de tipos vagos, indeterminados ou plurissignificativos, cujas configurações, inevitavelmente, remeterão a processos de valoração muito mais intensos por parte do aplicador da norma administrativa do que em relação a referências fáticas apresentadas com exatidão.

Portanto, apesar de não haver diferença essencial entre os ilícitos administrativos e penais, pois são condutas típicas, contrários à lei e culpáveis, as infrações administrativas carregam essa dificuldade maior pelo amplo raio de hipóteses fáticas que os seus tipos¹⁸ são capazes de abarcar.

Essa técnica legislativa é justificada pela impossibilidade de a Administração prever todos os deveres, exaurir os comportamentos indesejados passíveis de serem cometidos por seus servidores, bem como de consigná-los na legislação.

O Professor Antônio Carlos Alencar¹⁹ adverte:

No campo do direito administrativo disciplinar, os tipos, que são a descrição em lei do comportamento passível de sanções, colimam preservar determinados padrões de conduta funcional e valores essenciais para a regularidade do serviço público: a pontualidade, a impessoalidade, a probidade, a hierarquia, a moralidade administrativa, visto que seria quase inviável prever todos os comportamentos desregrados que podem ser praticados pelos agentes da Administração.

Cumprе ressaltar, por fim, que essa verificação da tipicidade, ou seja, do reconhecimento de que há a probabilidade do cometimento do fato previsto na norma, vai ser realizada em vários momentos no curso do processo administrativo disciplinar. Assim, a depender da irregularidade constatada e de sua correspondente sanção, verifica-se, por exemplo, a ocorrência da prescrição, estabelece o rito de apuração (processo administrativo disciplinar ou sindicância), promove-se a indicição, define-se a autoridade competente para o julgamento e a possibilidade ou não de dosagem da sanção (dosimetria da penalidade).

¹⁸ Tipo é a descrição de uma conduta proibida na norma.

¹⁹CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 276.

2.1. Infrações administrativas em espécie.

Como visto, as infrações disciplinares utilizam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais em suas previsões, especialmente na tipificação dos deveres funcionais.

Conforme ensina o professor Flávio Unes²⁰,

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda a finalidade legal. A multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado único para o caso concreto.

A lista das infrações administrativas que podem ser imputadas ao servidor encontra sua sede normativa no art. 116, art. 117 e art. 132 da Lei nº 8.112/1990. Os ilícitos administrativos englobam a inobservância de deveres funcionais, afronta a proibições e o cometimento de condutas previstas na lei.

Passemos a análise do art. 116, dispositivo que elenca alguns dos deveres do servidor e constitui em um rol exemplificativo de condutas a serem seguidas:

Art. 116. **São deveres do servidor:**

- 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) às 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;

²⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 105.

- 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.

Nota-se, pela leitura dos incisos supracitados, que as condutas previstas possuem repercussão jurídica limitada ao âmbito interno da Administração Pública, caracterizando o chamado ilícito administrativo puro. Isso porque, pela especificidade do bem jurídico tutelado, não encontraram correspondências nos demais ramos do direito.

Portanto, a relevância jurídica de tais condutas se fará presente apenas na seara disciplinar. Sobre os ilícitos administrativos puros ou próprios, ensina o doutrinador Sandro Lúcio Dezan²¹:

Disso decorre a noção de que no âmbito criminal a conduta será atípica e no cível irrelevante por ausência de dano a alguém, malgrado, no direito administrativo, sancionador correicional, ser considerada infração disciplinar e estar sujeita às devidas apuração e sanção.

Outra característica marcante destas infrações consideradas de natureza leve é exatamente a capacidade de abranger uma farta possibilidade de enquadramento de fatos ocorridos diuturnamente no âmbito das Administrações Públicas.

Tendo em vista que tais condutas não provocam maiores danos ao serviço público são geralmente apuradas pelo rito mais simplificado da sindicância, com o fim de dar maior celeridade à apuração.

O art. 117 da Lei nº 8.112/1990, elenca as proibições impostas aos servidores públicos federais:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

- 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;

²¹ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 135.

V - promover manifestação de apreço ou despreço 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 ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

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.

Por fim, elenca-se as condutas previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/1990, ensejadoras, por expressa disposição legal, da gravíssima penalidade de demissão.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

Nesse dispositivo encontram-se arroladas as únicas hipóteses de infrações disciplinares sujeitas a penalidade de demissão no serviço público federal.

A amplitude de discricionária de enquadrar os comportamentos infracionais nas previsões do estatuto se aplica às faltas passíveis de penas mais brandas. No caso das infrações disciplinares causadoras de demissão ou cassação de aposentadoria, todavia, a tendência dos estatutos é, com vistas a prevenir arbítrio e injustiças, relacionar, de forma exaustiva, em tipos disciplinares, as condutas apenadas, vigorando no caos, a ideia de tipicidade.

Não se poderia, efetivamente, fora dos casos de penalidades máximas como a demissão, exigir com rigor absoluto a tipificação dos fatos, sob pena de a Administração Pública não poder ser imposta à estrita tipicidade demandada para a reprimenda das faltas funcionais, haja vista a multiforme variedade de transgressões disciplinares passíveis da ocorrência na realidade administrativa, as quais não poderiam ser todas previamente em tipos legais²². 276

Como visto, as infrações administrativas previstas nos dois últimos artigos citados possuem sua tipificação bem mais fechada e definida que as inobservâncias dos deveres funcionais previstas no art. 116. A gravidade de tais atos para a regularidade da ordem interna administrativa faz com que algumas destas infrações possuam correspondência inclusive na legislação penal.

Como exemplo, citemos algumas tipificações contidas no art. 117 da Lei nº 8.112/1990 tais como “*opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução do serviço*” (esta conduta pode ser caracterizada também como crime de prevaricação); ou “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*”, conquanto possa se consubstanciar também, a depender dos fatos concretos, em um ilícito penal, a exemplo da corrupção passiva ou da concussão²³.

Após essa breve análise das infrações administrativas em espécie, passamos correlacioná-las com as correspondentes sanções expressamente previstas na norma como respostas do ordenamento administrativo à comprovada prática dos ilícitos.

2.2. As penalidades administrativas.

²² CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 276.

²³ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 135.

As penalidades de natureza disciplinar são espécies do gênero sanção administrativa. Após o trâmite regular do processo administrativo disciplinar, verificaremos que a confirmação da prática da irregularidade administrativa resultará ao acusado a aplicação de uma sanção.

As sanções administrativas previstas no regime jurídicos dos servidores públicos federais são a advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e destituição do cargo em comissão e da função comissionada (art. 127). Cabe ressaltar que é inadmissível a aplicação de penalidade que não esteja nesse rol de sanções.

Conforme veremos, a correlação entre sanção e infração disciplinar foi feita na legislação a partir de mecanismo que leva em consideração as três principais penalidades, quais sejam, advertência, suspensão e demissão.

Isso porque, a cassação da aposentadoria ou da disponibilidade é a penalidade aplicada ao servidor que, apesar de se encontrar em inatividade no momento do encerramento do processo (aplicação da sanção), cometeu infração punível com demissão quando ainda estava no exercício do cargo (art. 134).

Por outro lado, a destituição é aplicada aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão que pratiquem faltas puníveis com demissão ou suspensão, num nítido sintoma de que a Administração é menos tolerante com os servidores que não possuem vínculo efetivo.

O professor Marcelo Caetano classifica as sanções disciplinares, quanto aos fins a que se destinam, *em corretivas e expulsivas, sendo estas destinadas a afastar definitivamente o infrator dos quadros do serviço público e aquelas, as corretivas, destinadas a estimular no agente público um melhor desempenho de sua função, prevenindo eventual conduta ilegal futura*²⁴.

Analisando a legislação observa-se que, em abstrato, ela previu a penalidade de advertência para as condutas que inobservassem deveres funcionais previstos em lei, regulamentação ou norma interna, o que faz do rol de deveres do art. 116 ser meramente exemplificativo, como fora afirmado anteriormente.

²⁴ CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 403.

Sobre o tema, pontifica o Professor Sandro Lúcio Dezan²⁵:

Na Lei 8112/1990 as infrações de natureza leve são as relacionadas aos deveres dos servidores públicos e, em parte, às proibições de natureza mais branda. Os deveres funcionais estão sujeitos, conquanto em sua maioria constituírem infrações de natureza leve, às sanções de advertência. Os deveres, ou infrações de natureza leve, podem ser classificados em grandes grupos que contêm uma ou mais infrações da mesma espécie, seguindo a sua natureza específica, compondo os deveres de lealdade, obediência, de boa conduta, de dedicação ao cargo, de sigilo profissional, de assiduidade, de cortesia e de eficiência. Em que pesem as infrações de natureza leve ou levíssima se referirem mais comumente às desobediências dos deveres funcionais, em alguns casos também abarcam ou contêm as infringências a certas proibições, estampadas nos preceitos disciplinares como de qualidade mais branda.

Assim, na Lei nº 8.112, temos o rol de deveres e proibições, consubstanciando as infrações disciplinares de natureza leve, quais sejam (i) os deveres de zelo, de lealdade, de observância das normas legais e regulamentares, e cumprimento de ordens superiores, de presteza, de comunicação das irregularidades, de conservação do patrimônio público, de sigilo, de comportar-se com moralidade, de assiduidade, de pontualidade, de urbanidade, de representação, e (ii) as proibições de se ausentar do serviço, de retirada de documentos da repartição, de recusar fé a documentos públicos, de resistência injustificada a andamento de documento, processo ou serviço, de manifestação de apreço ou desprezo na repartição, de cometimento a terceiros de atribuições afetas ao serviço público, de coação para filiação ou associação, de nepotismo e de recusa de atualização de dados cadastrais, todos sujeitos à sanção de advertência.

Portanto, não só os deveres previstos na própria legislação, como também aqueles oriundos de normatizações internas dos respectivos órgãos, caso sejam descumpridos, serão passíveis, pelo menos em princípio, da aplicação da penalidade de advertência.

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

As outras hipóteses de aplicação de advertência se encontram nos incisos do art. 117 citados no próprio dispositivo.

Entretanto, esse dispositivo ainda possui em sua parte final a possibilidade de afastar a sanção de advertência abstratamente prevista para a aplicação de penalidade mais grave, como a suspensão. E para tanto, utilizaremos a

²⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 178.

norma contida no art. 128 da própria lei para, considerando a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes e os antecedentes funcionais, para aplicar a sanção mais grave do que a originariamente prevista.

A penalidade de suspensão, será aplicada, portanto, em casos de reincidência das faltas puníveis com advertência, em casos em que a proporcionalidade da sanção exige penalidade mais severa que a advertência e nas hipóteses previstas nos incisos do art. 117 que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão (incisos XVII e XVIII do art. 117).

A referida penalidade consiste no afastamento temporário do servidor pelo prazo de até 90 (noventa) dias, com o conseqüente desconto proporcional da parcela da remuneração no período da sanção.

Por fim, a demissão, aplicável para condutas em que a permanência do servidor nos quadros do órgão torna-se intolerável, possui suas hipóteses exaustivamente listadas no art. 132 da Lei nº 8.112/1990, conforme afirmado anteriormente.

Em que pese o dispositivo ser claro ao estabelecer que a demissão será aplicada nos casos ali consignados, é preciso reconhecer que existem vozes na doutrina e em alguns tribunais pátrios que admitem o abrandamento da sanção ali prevista, sob os argumentos da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade, sobretudo a partir da aplicação do art. 128 da referida Lei, que estabelece que, *na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Entretanto, parece-nos não haver dúvidas que, encontrando-se a falta funcional prevista no rol cuja legislação atribui como consequência a pena de demissão, o ato administrativo de aplicação da sanção torna-se vinculado para a autoridade julgadora.

Sandro Lúcio Dezan²⁶ adverte:

²⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2013. p. 239.

Há que se ressaltar que a individualização da sanção disciplinar não deve ceder espaço para a comutação das sanções. Nesse contexto, no direito administrativo disciplinar somente se procederá à comutação de sanções se houver previsão específica na lei. Desta feita, o julgador administrativo não está autorizado a transmutar uma sanção de suspensão para demissão ou desta para aquela, sob o argumento de individualizar a pena, se não houver previsão estatutária para isso, pois individualizar não é comutar, mas sim adequar a sanção prevista em lei ao caso concreto, conquanto esta reprimenda comporte gradação.

À luz do acima aludido, veremos que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem embargo de suas incontestáveis incidências em sede de direito sancionador, não tem o condão de propiciar a comutação das sanções disciplinares, mas tão somente agir nos casos permitidos em lei, quando esta apresenta um quantum mínimo e quantum máximo, a exemplo das suspensões.

Não há, portanto, diante do caso concreto apresentado ao término da instrução do processo disciplinar, margem de liberdade de decisão para a Administração (discricionariedade administrativa²⁷). Se a autoridade julgadora se defronta com a subsunção dos fatos a uma das hipóteses de demissão, não terá discricionariedade para aplicar sanção menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado, fazendo com esta seja a única opção estabelecida pela legislação.

²⁷ O ato discricionário pressupõe um poder de escolha do Administrador (indiferentes jurídicos), que, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou por outro resultado, de acordo com sua conveniência e a melhor oportunidade.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.

A utilização do poder disciplinar por parte do Estado acaba por gerar conflitos entre a Administração Pública e o servidor acusado da prática de ilícitos administrativos, e que, em determinados momentos, serão levados à apreciação do Poder Judiciário.

Quando o Poder Judiciário é provocado pelo servidor para resolver as situações conflituosas com a Administração, estamos diante do chamado controle judicial das atividades administrativas.

Sobre o controle judicial dos atos da Administração Pública nos ensina o Professor Hely Lopes Meirelles²⁸:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos (...). É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto.

Os conflitos existentes no âmbito da seara disciplinar apresentam os mesmos contornos daqueles relacionados aos atos administrativos em geral. Diante da pretensão resistida e do debate em torno da situação jurídica, o Estado-Juiz definirá quem está com a razão, se a Administração ou o servidor que pede o reconhecimento de seu direito.

Caberá, portanto, ao Poder Judiciário, que detém a prerrogativa de promover a interpretação definitiva do direito, definir e determinar as questões jurídicas com o fim de remover o conflito surgido a propósito da aplicação do ordenamento jurídico disciplinar.

E nesse particular, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apresentam-se como os mais importantes órgãos do Poder Judiciário na

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros. 2008. p. 801.

interpretação dos temas e institutos relacionados ao regime disciplinar dos servidores públicos da União.

O Supremo Tribunal Federal possui vasta jurisprudência sobre processo administrativo disciplinar, notadamente por ser incumbido da interpretação das normas constitucionais que causam reflexos no referido tema e por deter a competência de analisar a higidez de atos concretos de agentes públicos com prerrogativa de foro, sobretudo os relacionados a competência para o julgamento e a aplicação da penalidade de demissão, nos termos do art. 141 da Lei nº 8.112/1990:

Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

O Superior Tribunal de Justiça também possui relevante papel na definição do sentido e alcance das normas disciplinares tendo em vista que é a corte responsável por uniformizar a legislação federal.

Cabe ressaltar ainda que a jurisprudência pátria é firme no sentido de que o exame da legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo poder judiciário não implica violação ao princípio da separação de poderes, porquanto não se trata de análise das circunstâncias que envolvem o mérito administrativo.

A análise da legalidade dos atos disciplinares por parte do Poder Judiciário tem um sentido jurídico, e visa demonstrar a higidez de cada um dos requisitos que integram a estrutura do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que, *se o ato decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis*

*vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law*²⁹.

O Ministro Celso de Mello, na relatoria do Mandado de Segurança nº 20.999, consignou que o que os juízes e Tribunais não podem examinar, nesse tema, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar eventualmente aplicada.

Após a constatação de uma ampla possibilidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, dos aspectos de legalidade dos atos emanados pela Administração no exercício do poder disciplinar, passemos a analisar a evolução jurisprudencial em relação a natureza jurídica do ato de demissão dos servidores públicos federais.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podemos encontrar julgados datados do ano 2000, orientando que não feriria o princípio da proporcionalidade a imposição da pena de demissão ao servidor se, ao final do processo, restou demonstrada a prática de conduta tipificada em uma das hipóteses do art. 132 da Lei nº 8.112/1990. Entretanto, em alguns julgados sinalizavam a necessidade de se observar, no caso concreto, eventuais violações ao princípio da proporcionalidade.

A partir do ano de 2009, diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça passaram a permitir o abrandamento da pena, com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena, nas hipóteses em que a lei trazia como infração cabível a sanção de demissão. Transcrevo ementa de alguns dos julgados:

Advocacia administrativa. Art. 117, XI, da Lei nº 8.112/90. Atipicidade. Demissão. Princípio da proporcionalidade.

1. Ao servidor é proibido “atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro”.

4. Ainda que se considerasse típica a conduta da impetrante para os fins do disposto no art. 117, XI, da Lei nº 8.112/90, a pena que lhe foi aplicada fere o princípio da proporcionalidade. Na hipótese, a prova dos autos revela, de um lado, que a servidora jamais foi punida

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24.347. Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ04/04/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?DocTP=AC&docID=116087>. Acessado em 20.08.2016.

anteriormente; de outro, que o ato praticado não importou em lesão aos cofres públicos.

(MS 7.261/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 24/11/2009)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO DE GERÊNCIA E/OU ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA. PENA APLICÁVEL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ABRANDAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 117, X, c/c o art. 132, XIII, da Lei 8.112/1990, a pena a ser imposta ao servidor que cumula as atribuições do cargo público com a atividade de gestão e/ou administração de empresa privada é a de demissão.

2. Para que a sanção seja imposta, no entanto, deve-se verificar: a natureza e a gravidade da infração cometida; os danos ao serviço público advindos da atuação ilegal; os antecedentes funcionais; e as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso concreto - inteligência do art. 128 da citada norma, mandamento legal decorrente do princípio da proporcionalidade. Nada impede, portanto, a cominação absolutamente excepcional de pena mais branda.

Precedentes do STJ.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo chegou à conclusão de que, no caso dos autos, a servidora geriu agência de turismo após o óbito do filho; não houve prejuízo ao Erário; e a atividade empresarial foi exercida por curto lapso temporal, razão por que a pena de demissão se mostra desproporcional.

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1147380/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011)

Como a Advocacia Geral da União já havia emitido parecer vinculante para toda a Administração Pública Federal (Parecer AGU nº GQ-177), que estabelecia que *verificada a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora para emitir o julgamento e atenuar a penalidade*, o Superior Tribunal de Justiça, para sustentar sua nova orientação, passou a declará-los ilegais, conforme se verifica no seguinte julgado:

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.

4. Mostram-se 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.

5. Segurança concedida.

(MS 13.341/DF, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2011, DJe 04/08/2011³⁰)

Caber consignar que haviam julgados, nesse período, que tinham a preocupação de analisar o tema da proporcionalidade sob o prisma da gravidade da conduta em relação a pena abstratamente prevista para o fato ilícito.

Entretanto, a orientação que utilizava a disposição expressa do art. 128 da Lei nº 8.112/1990, decorrente do princípio da proporcionalidade e que autorizavam a cominação excepcional de pena mais branda começa a perder espaço a partir do ano de 2012, com julgados que voltaram a afirmar que a Administração não tem discricionariedade para minorar penalidades.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. TÉCNICO DE SEGURO SOCIAL. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO DEMONSTRADAS E INEXISTENTES. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE.

1. Cuida-se de writ impetrado como o objetivo de anular processo administrativo disciplinar que ensejou a aplicação da penalidade de demissão à servidora pública, por ter incorrido na infração prevista no art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90; no caso concreto, foi apurado, por meio de farto acervo probatório, que houve atuação irregular da servidora na concessão de benefícios previdenciários, com o auferimento de vantagens para si e para outros.

7. Não há falar em ausência de proporcionalidade na aplicação da demissão se os fatos comprovados indicam a necessidade de tal enquadramento legal; em tais casos, a Administração Pública não dispõe de discricionariedade para minorar a penalidade. Precedentes similares: MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010; MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011.

Segurança denegada.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 13.341/DF, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Terceira Seção, DJe 04/08/2011 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16200995&num_registro=200800229669&data=20110804&tipo=51&formato=PDF. Acessado em 20.08.2016.

(MS 17.429/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 05/03/2012)

A partir de então, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se solidifica no sentido de que a Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar penalidade menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. (...)

4. Diante dos fatos imputados ao impetrante, capitulados, por sua vez, no art. 117, IX, c/c 132, XIII, da Lei 8.112/90, **a única punição prevista em lei é a de demissão, não havendo falar, no presente caso, em suposta afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

5. Segurança denegada.

(MS 17.472/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012³¹)

Verifica-se que os julgados passaram a afastar a tese de que a aplicação da penalidade de demissão ofenderia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, passando a privilegiar a opção do legislador que já havia valorado, abstratamente, a gravidade das condutas ali elencadas.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. IMPUTAÇÃO DE VALIMENTO DO CARGO PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ILEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA PENA APLICADA.

6. **Não há violação ao postulado da proporcionalidade se a Administração Pública, fundada na Lei nº 8.112/90, aplica a sanção correlata à falta cometida.** Precedente: MS 18.081/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.4.2013, DJe 13.5.2013.

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 17.472/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20262700&num_registro=201101940012&data=20120622&tipo=91&formato=PDF

8. Caracterizado o valimento do cargo pelo servidor público, com vista ao proveito pessoal de outrem, contrário à lei, **mostra-se adequada a aplicação da pena de demissão, cuja previsão expressa está contemplada nos arts. 117, IX, e 132, XIII, da Lei n.8.112/90, do qual a autoridade não pode se afastar.** Segurança denegada.

(MS 16.031/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. POLICIAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. DEMISSÃO. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÕES FORMAIS. INSUBSISTENTES. CONDUTA GRAVE. NÃO AGRESSÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de anulação de processo disciplinar que culminou com a demissão de policial civil por violações ao Estatuto Estadual; o recorrente alega um conjunto de máculas que não foram localizadas após o acurado exame do feito administrativo.

4. A aplicação da penalidade de demissão, em casos como o encontrado nos autos, não constitui possibilidade atinente à discricionariedade do administrador público, pois a gravidade atrai a incidência da legalidade e, assim, o ato demissional torna-se vinculado. Precedentes: MS 17.811/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 2.8.2013; e MS 15.690/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011.

Recurso ordinário improvido.

(RMS 35.667/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 30/09/2013)

Nesse sentido caminha também a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGÊNCIA: CPC/1973. SERVIDOR DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **PENA DE DEMISSÃO. ALEGADA CONTRARIEDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA: ATO VINCULADO DO ADMINISTRADOR.** PRECEDENTES. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA: REEXAME VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO IMPROCEDENTE.

(RMS 33911, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 17-06-2016 PUBLIC 20-06-2016)

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA PELO ART. 117, IX, DA LEI 8.112/90. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. DISCUSSÃO QUE DEMANDARIA, ADEMAIS, DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA E A PENA APLICADA. INOCORRÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. LESIVIDADE DO ATO PRATICADO CONFIGURADA.

3. Não se sustenta a alegação de que a pena de demissão afronta o princípio da proporcionalidade e o disposto no artigo 128 da Lei 8.112/90, porquanto a autoridade administrativa não tinha discricionariedade para aplicar pena diversa da demissão, por força do disposto no art. 132, XIII, da mesma lei. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 27934 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

Portanto, há de se reconhecer que a atual jurisprudência dos tribunais superiores privilegia a prescrição legal que determina a aplicação da penalidade de demissão nas hipóteses previstas, não deixando margem de liberdade a autoridade julgadora para a aplicação de pena mais branda.

3.2. PROPORCIONALIDADE NA SANÇÃO OU CORREÇÃO DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO?

A pergunta que dá o título do presente tópico nasce da constatação de que em que pese as viradas de jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há sempre julgados que retomam a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade de demissão.

Ainda que se possa reconhecer que atualmente os tribunais superiores possuem um entendimento pacífico sobre a natureza vinculada do ato de demissão, não é incomum aparecer julgados que, no exercício do controle judicial, afastam a aplicação da penalidade de demissão, exatamente com base no princípio da proporcionalidade.

Parece-nos que podemos atribuir tal fato à necessidade de correção do enquadramento jurídico feito pela Administração e não propriamente a uma necessidade de se abrandar a penalidade administrativa a ser imposta no caso concreto. As infrações administrativas, além de se apresentarem com uma tipicidade

mais aberta, possuem espécies que se diferenciam apenas em seu grau de reprovabilidade, circunstâncias capazes de gerarem maiores dificuldades no momento da subsunção dos fatos às normas.

As decisões sancionadoras da Administração Pública, que afetam a esfera jurídica dos servidores públicos no campo disciplinar, devem ater-se ao estritamente proporcional à falta cometida, valendo-se os excessos, que representam abuso de poder e podem ser corrigidos pela apreciação judicial, ainda que se cuide de atos de natureza discricionária.

É lógico que a aplicação de penas incompatíveis com a gravidade das transgressões perpetradas desmoraliza o poder disciplinar da Administração Pública, na hipótese de serem impostas reprimendas extremamente brandas para infrações gravíssimas, ao mesmo tempo que resvala para a injustiça grosseira e arbitrária a imposição de penalidade demasiadamente severas por faltas funcionais de mínima ou insignificante expressão.

É por força da proporcionalidade que as penalidades disciplinares são capituladas de acordo com a seriedade das infrações perpetradas, e não de forma aleatória, a bem da justa e boa aplicação do direito, que não se destina a realizar desnecessários, sacrifícios de direitos incompatíveis com a irregularidade constatada³².

Parece-nos, portanto, que no espectro da avaliação judicial sobre a higidez dos atos disciplinares a avaliação sobre a proporcionalidade se faz necessária para corrigir problemas de enquadramentos jurídicos.

Afirmar se uma conduta é ou não desidiosa, por exemplo, dependerá da análise das circunstâncias que envolvem os fatos provados e que são revelados após a instrução processual do feito disciplinar. Diferente é a tentativa, *contra legem*, de aplicar sanção mais branda mesmo quando configurada uma das hipóteses legais de demissão, em afronta ao preceito legal do art. 132 da Lei nº 8.112/1990.

Conforme ensina o professor Sandro Lúcio Dezan³³:

³² CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p 231.

³³ DEZAN, Sandro Lúcio. Direito Administrativo Disciplinar: Direito Material. Curitiba: Juruá, 2013.p. 275.

A interpretação e a aplicação do princípio da razoabilidade não fazem extrapolar os limites da lei, mas sim tendem a reduzi-lo e adequá-lo, racionalizá-lo, para se levar a um resultado aceitável. Assim não há que se falar em aplicação do princípio que leve a total desconsideração da norma. Em outras palavras, há de se observar a lei interpretada comporta gradação que permita distinguir entre razoável e o não razoável, ou se é uma lei de preceitos vinculados.

No entanto, se se tratar a lei interpretada de ato vinculado, sem margens para discricionariedade a ser considerada pelo aplicador da norma, esta não pode ser considerada inválida, sem que se considere inconstitucional.

Assim por exemplo, quando da dosagem da sanção disciplinar, se determinado estatuto do serviço público fizer a previsão de determinada sanção e a ela atribuir como sendo a única consequência lógica da infração disciplinar, não assiste permissão ao judiciário ou mesmo à autoridade administrativa, sob o argumento da não razoabilidade, para aplicar outra sanção mais branda ou mais gravosa, pois, nesse caso, não há margem para a incidência do princípio.

É possível, portanto, valorar à luz do caso concreto, a proporcionalidade da aplicação da penalidade de demissão exarada e a conduta apurada no procedimento disciplinar, sem que isso retire a natureza jurídica de ato vinculado presente nestas hipóteses.

Apenas a título exemplificativo, analisaremos situação concreta enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça que envolve o problema da correção no enquadramento jurídico de tipos infracionais. Trata-se do Recurso Especial nº 892.818, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado no qual transcreve-se as principais informações:

Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra João Amaro Borges Silva, que, na função interina de Chefe-de-Gabinete do Município de Vacaria/RS, ter-se-ia aproveitado da força de trabalho de três servidores municipais, membros da Guarda Municipal, bem como utilizado veículo de propriedade do Município, para carregar utensílios de uso particular.

O Ministério Público imputou ao réu as condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei de Ação Civil Pública. O juízo de 1º grau julgou o pedido parcialmente procedente. Reconheceu que os fatos configuravam ato de improbidade administrativa, na forma dos arts. 9º e 11 a Lei 8.429/1992, para cominar multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastando a pena de suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público.

O Tribunal de Justiça, considerando que o dano ao Erário foi apurado em R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos), de pronto ressarcido pelo réu, bem como seu pedido de exoneração da Chefia de Gabinete, concluiu que a conduta, embora típica, não atingia de modo relevante o bem jurídico protegido. Assim, aplicou à hipótese, por analogia ao Direito Penal, o princípio da insignificância para reformar a sentença e julgar improcedente a Ação Civil Pública.

No acórdão o relator informa que, na linha da jurisprudência, é sempre bom repetir que *os atos de improbidade não se confundem com singelas e inofensivas irregularidades administrativas*. Assevera que *para que uma conduta seja considerada mera irregularidade administrativa, como melhor analisaremos adiante, deve ser valorada quantitativa e qualitativamente, de modo a levar em conta o bem jurídico protegido e as finalidades maiores estatuídos na Constituição, na Lei da Improbidade Administrativa, na Lei das Licitações, na Lei da Responsabilidade Fiscal e em outras normas de regência da conduta do administrador*.

Entretanto, o trecho mais relevante para o presente trabalho é o que consigna as razões da inaplicabilidade do princípio da insignificância após a constatação da prática de improbidade administrativa. Eis o teor do referido trecho:

A questão posta na presente demanda não trata exatamente da possibilidade, em tese, de utilização, no Direito da Improbidade Administrativa, do princípio da insignificância. A discussão é mais restrita, isto é, se ao juiz, uma vez tendo chegado à conclusão de que determinado comportamento caracteriza improbidade (isto é, após a emissão do juízo de improbidade administrativa), é facultado afastar toda e qualquer sanção com base no princípio da insignificância (vale dizer, já no estágio do juízo de dosimetria da sanção). Quer me parecer que a resposta é negativa, pois, no juízo de dosimetria, não mais se discute se a conduta é proba ou ímproba, avaliam-se tão-só as circunstâncias dos fatos para a escolha e dosagem das sanções, sob o influxo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significativa e improbidade administrativa insignificante. O que há é irregularidade insignificante (e, por isso, não constitui improbidade) e irregularidade significativa (e, por isso, improbidade administrativa). No campo dos valores principiológicos que regem a Administração Pública, não há como fiscalizar a sua obediência com calculadora na mão, expressando-os na forma de reais e centavos. Logo, o princípio da insignificância não se presta para, após o juízo positivo de improbidade, exonerar, por inteiro e de forma absoluta, o infrator da aplicação das sanções – até da multa civil – previstas na Lei.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos casos em que a autoridade administrativa reconhece ter havido a prática de infração administrativa passível da aplicação da penalidade de demissão. No momento de aplicação da pena, já não se tem mais espaço para novamente valorar qual penalidade deverá ser aplicada, porque a sanção de demissão é ato vinculado.

CONCLUSÃO

Parece-nos, portanto, que não há razões para se afastar da redação literal do disposto no art. 132 da Lei nº 8.112/1990. Concluído o processo administrativo disciplinar e constatado ter o acusado infringido qualquer dos incisos do citado artigo, contra os quais é prevista a penalidade de demissão, não há outra decisão a ser tomada pela Administração.

O princípio da legalidade, que rege a atuação estatal do Administrador, exige o cumprimento do dispositivo normativo. Cabe ressaltar que o desvalor da ação e o grau de reprovabilidade já fora antecipadamente previsto pelo legislador. Por opção legislativa, valorou-se os ilícitos e enumerou aqueles de maior gravidade para receber a pena que representa o desligamento compulsório do vínculo do servidor com a Administração Pública.

Se, diante do caso concreto a sanção de demissão aparenta estar injusta ou desproporcional, a análise do aplicador da norma deverá se voltar para o seu antecedente, que é o enquadramento jurídico dos fatos tidos por irregulares.

Nota-se que as decisões administrativas, sobretudo as tomadas na esfera disciplinar, devem primar pela precisão técnica e pela clareza, sob pena de cometimento de ilegalidades e arbitrariedades. Portanto, a fundamentação do ato de demissão deve ser suficiente para demonstrar a violação ao preceito primário da norma, lembrando que o motivo é o fato ensejador da sanção disciplinar, ficando a cargo da Administração a comprovação de tais premissas fáticas e jurídicas que darão legitimidade a seus atos.

Não há como sustentar violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção disciplinar ante a gravidade dos fatos legalmente previstos.

Portanto, a Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão previstas na lei, não dispõem de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado.

REFERÊNCIAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Ed. RT, 1981, n. 28.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. **Regime Constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles. **Tratado de direito administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

COSTA, José Armando da. **Controle judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Direito Administrativo Disciplinar: Direito Material**. Curitiba: Juruá, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.