



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER N.º 019/2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00400.005655/2009-16

INTERESSADO: Jaime da Costa Gonçalves

ASSUNTO: Solicita pronunciamento sobre Nota Técnica GAB n. 07/2009, cópia anexa (cópia do Processo n. 08455.011913/07-08)

DIREITO ADMINISTRATIVO; REVISÃO DE PARECERES NORMATIVOS (GQ-141, GQ-167, GQ-177 e GQ-183); PENALIDADE DISCIPLINAR; PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE;

Senhor Coordenador-Geral,

I- RELATÓRIO:

1. Suscita a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (CONJUR/MJ) a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria disciplinar, aduzindo especificamente a situação funcional do servidor para o qual a infração legalmente ensejaria a aplicação da penalidade de demissão (artigo 132 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990), bem como do princípio da individualização da pena, demandando, portanto, a revisão dos Pareceres Normativos GQ-141, GQ-167, GQ-177 e GQ-183.

2. Por meio do Ofício CJ/GAB/047/2009, foi encaminhada a Nota Técnica GAB n. 07/2009/CJ/MJ, às fls. 02/42, na qual a Coordenadora-Geral de Processos Judiciais e Disciplinares propõe a revisão de pareceres normativos desta Advocacia, fundamentalmente, alegando que os referidos entendimentos vedariam "a aplicação do princípio da proporcionalidade na fixação da sanção disciplinar". Em síntese, refutam-se os mencionados pareceres a partir das alegações a seguir sintetizadas:

2.1. Em relação ao Parecer Normativo GQ 177 sustentou-se que o cerne da manifestação refere-se à competência para julgamento da matéria e sublinha que: "A vinculação da penalidade prevista na lei foi abordada de forma tangencial e sucinta. Afirmou-se que, uma vez ocorrida a falta disciplinar sancionada com demissão, a aplicação da medida seria impositiva. Contudo, deixou-se de justificar, até porque não era esse o objeto principal da controvérsia, o porquê da não incidência do artigo 128 da lei n. 8112/90, que prevê que na aplicação da sanção disciplinar devem ser considerados vários requisitos" (item 17, fl. 05).

2.2. No que tange ao Parecer Normativo GQ 167, afirmou-se que: "Constou do referido parecer que o artigo 128 da Lei n. 8.112/90 somente autorizaria em termos restritos a gradação de penalidade originariamente prevista e jamais a descaracterização do ilícito administrativo, entendimento atualmente já superado" (item 23, fl. 06).

f

URGENTE

00400.003674/2010-33



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Indústrias Gráficas - SIG Quadra 06 - Lote 800 - 3º andar
Tel.: 61-3105-8556/8557 - Fax: 3341-1147 - cgu@agu.gov.br

MEMORANDO Nº 605/CGU/AGU/2010.

Brasília, 11 de março de 2010.

A Sua Senhoria o Senhor
Dr. RAFAEL THOMAZ FAVETTI
Consultor Jurídico
Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça - MJ

Senhor Consultor-Jurídico,

Encaminho a Vossa Senhoria, os autos originais do processo nº 00400.005655/2009-16, fls. 01/82), contendo as manifestações desta Consultoria-Geral da União, expressas no Parecer nº 019/2010/DECOR/CGU/AGU, da lavra da Advogada da União, Dr^a. Priscila Gonçalves de Oliveira, e nos Despachos posteriores que o aprovaram.

Atenciosamente,


RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União

RECEBI
Em 11/03/2010
Às 12:51h

Assinatura

00400.005655/2009-16

2.3. No que concerne ao Parecer Normativo GQ-183 assevera que: *"Em primeiro lugar, extrai-se dos argumentos o dever da autoridade pública de aplicar a penalidade disciplinar, apurada mediante processo administrativo disciplinar válido. Além disso, segundo exposto no parecer, a autoridade competente, por força do artigo 168 da Lei n. 8.112/90, está obrigada a acolher o parecer da comissão processante se consentâneo com as provas produzidas nos autos, o que, no caso concreto, levaria à fixação da penalidade expulsória". Por fim, ao analisar a incidência do artigo 128 da mesma lei, afirmou-se que a sua aplicação está adstrita ao agravamento das penalidades de advertência e de suspensão, não se podendo aplicá-lo na demissão".* (itens 28 e 29, fl. 09)

2.4. Na seqüência, considerando entendimento doutrinário que ressalta a importância do Texto Constitucional como centro gravitacional do ordenamento jurídico, foi ressaltado que se revela *"impensável se proceder à aplicação de penalidade, bem como se definir previamente os casos de incidência do artigo 128 da citada lei, sem considerar o princípio constitucional da proporcionalidade"*.

2.5. Merecem destaque as considerações referentes ao Parecer Normativo GQ-141, relativamente ao princípio da proporcionalidade, na medida em que *"muito embora estivesse configurada a desídia de que trata o artigo 117, Inciso XV, da Lei n. 8.112/90, consubstanciada na negligência inclusive confessada da acusada, em razão dos critérios dispostos no artigo 128 da mesma lei, que fixam os requisitos a serem considerados para a fixação de penalidade disciplinar, deixava de aplicar a demissão - penalidade originalmente prevista para a referida infração - para fazer incidir a suspensão de 60(sessenta) dias"* (item 38, fl. 16).

2.6. Quanto ao princípio da proporcionalidade, foram aduzidos as argumentações de cunho doutrinário do Ministro Gilmar Mendes, Celso A. Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Fábio Medina Osório e Flávio Henrique Unes Pereira. E, ao final, especificamente quanto ao Processo Administrativo Disciplinar *"a jurisprudência tem entendido que a sua inobservância constitui desvio de finalidade por parte da Administração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário"*.

2.7. Com relação à hipótese fática que ensejou a ponderação em apreço foi sustentado na peça exordial (itens 57 e seguintes) que: *"Registre-se, então, que nada obstante o enquadramento na infração disciplinar capitulada no inciso XIII do art. 13 da Lei n.4.878/65, que veda a conduta de "participar de gerência ou administração de empresa, qualquer que seja a sua natureza, a comissão processante propôs o abrandamento da sanção administrativa, pugnando pelo afastamento da demissão, em atenção ao princípio da proporcionalidade"*. (item 61). Foram aduzidos entendimentos construídos no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego(CONJUR/MTE, item 74), da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União (itens 68, 72 e 74) e da Corregedoria Setorial do Ministério da Previdência Social (item 76) que enquadrariam a conduta infracional assemelhada à situação fática apreciada pelo CONJUR/MJ no disposto no artigo XVIII do artigo 117 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para a qual há previsão da penalidade de suspensão. No entanto, considerando que o Procedimento n. 08455.011913/07-08 (em apenso) refere-se à conduta perpetrada por policial federal restou destacado pela unidade consultante que: *"É que no âmbito da legislação aplicável aos policiais federais (Lei n. 4.878/65) a infração funcional análoga à prevista no artigo 117, inciso XVIII, da Lei n. 8.112/90 (XVIII- exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho), invocada nos procedimentos administrativos para flexibilizar a pena de demissão, aplicando a suspensão, também é passível de demissão"*.

3. Na seqüência o Consultor-Geral da União, à fl. 43, requereu apreciação da matéria com base no Ato Regimental n. 02 de 9 de abril de 2009 (à fl. 46), o qual alterou o



Ato Regimental n. 05 de 27 de setembro de 2007. Neste contexto, o assunto foi distribuído à Advogada da União que subscreve a presente.

4. É o breve relato. Passa-se ao exame.
5. Primordialmente, há que se mencionar que o Grupo de Trabalho, criado pela Portaria n. 1.282, de 27 de setembro de 2007 e que contou com esforços de integrantes desta Advocacia, inclusive, da Advogada da União que subscreve a presente, com atribuição para reavaliar à luz da evolução legislativa e jurisprudencial eventual necessidade de revisão de Pareceres Normativos que tivessem sido aprovados pelo Presidente da República, bem como publicados no Diário Oficial da União, não vislumbrou nenhuma consideração em relação aos pareceres ora citados. Destaque-se que o referido grupo, à época, contou com escassas colaborações dos órgãos assessorados, sendo que, nenhuma advinda da unidade consulente.
6. Por outro lado, considerando as atribuições normativamente previstas nas alíneas do Inciso I do artigo 10 do Ato Regimental n. 05, de 27 de setembro de 2007¹, entende-se pela possibilidade de que a matéria suscitada pela CONJUR/MS, por cogitar da possibilidade de que restassem afastados entendimentos consagrados em Pareceres Normativos (GQ-141, GQ-177, GQ-167 e GQ-183) para a hipótese fática em apreço, seja apreciado pelo DECOR/CGU/AGU.
7. Neste sentido, colima a presente manifestação examinar as contrariedades apontadas pela unidade consulente aos citados pareceres normativos, que, em essência, apontaria para o abrandamento da penalidade administrativa prevista para servidor com base na Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965, pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Para tanto, apresentar-se-á cotejo entre o princípio da proporcionalidade, inclusive com detalhamento da doutrina pertinente, com o princípio da legalidade, o qual permeia a atividade disciplinar exercida pela Administração Pública. Por fim, pugnar-se-á pela manutenção dos Pareceres Normativos GQ-141, GQ-177, GQ-167 e GQ-183 por constituírem os entendimentos vinculantes à Administração Pública, bem como pela estrita observância da legalidade no exercício do poder-dever de punição disciplinar, argumentando-se que os parâmetros proporcionalmente sopesados pelo legislador constituem verdadeiro mecanismo de proteção dos direitos fundamentais dos servidores públicos.

II- MANIFESTAÇÕES PRETERITAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO:

8. Debruçando-se sobre as manifestações preteritamente elaboradas no âmbito desta Advocacia, especialmente com enfoque nos Pareceres Normativos aprovados pelo Advogado-Geral da União, tendo sido alguns adotados nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73 de 10 de fevereiro de 1993 e, devidamente publicados, cumpre transcrever a essência dos entendimentos consagrados relativamente ao apego ao princípio da legalidade quanto à aplicação da penalidade prevista. Vejamos.

8.1. No Parecer N.º GQ-60, exarado nos autos do Processo N.º 00002.006570/94-38, que adotou o PARECER N.º AGU/LS-01/95 da lavra do Consultor da União Dr. L. A. PARANHOS SAMPAIO, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, porém, não publicado, foi asseverado que:

¹ Art. 10. Integram o DECOR:

I - a Coordenação-Geral de Orientação, à qual incumbe:

- a) atuar na orientação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico para a correta aplicação da Constituição, das leis e demais atos normativos; e
- b) atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas;

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94. Acusados, respectivamente, ex-Diretor-Geral e ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações do Departamento Nacional de Obras contra as Secas-DNOCS. Erro na classificação das infrações disciplinares.

No julgamento proferido por autoridade incompetente foram cominadas penas inadequadas e contrárias às provas dos autos. Necessidade de acerto e agravamento das penalidades impostas aos acusados, na conformidade das razões fáticas e jurídicas apresentadas pela Comissão Especial, criada pelo Decreto nº 1001, de 6 de dezembro de 1993. Cabe ao Presidente da República nos precisos termos do art. 141, da Lei nº 8.112/90, aplicar penalidades quando se tratar de demissões, cassações de aposentadorias de servidores vinculados ao Poder Executivo.

Revisão do Processo Disciplinar 06000.003405/94. O não acatamento das premissas arguidas neste parecer enseja a determinação, de ofício, da instauração de processo de revisão, na conformidade do art. 174, da Lei nº 8.112/90.

Remessa dos autos ao órgão do Ministério Público para as providências cabíveis, tendo em vista os delitos praticados pelos acusados contra a Administração Pública Federal. (...)

3. No Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94, instaurado pelo Senhor ex-Ministro de Estado da Integração Regional contra dois ex-Diretores (respectivamente, Geral e Geral-Adjunto de Operações) do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, visando a apuração de responsabilidades por transferências irregulares de recursos financeiros federais a Estados e Municípios, ocorridas no período de 1990 a 1993, teve sua conclusão errônea, no entendimento da Comissão Especial (criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993), uma vez que as penalidades aplicadas aos acusados não se adequam às infrações por eles cometidas, contrariando, deste modo, a Lei nº 8.112, de 11.12.1990, que diz, expressamente, no art. 128 que "na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais".

4. Como se observa, a adequação entre o tipo de infração cometida e a cominação da pena é tão íntima que o julgador não poderá se esquivar do princípio legal, isto é, fugir de aplicar penas colecionadas na lei para impor aquelas que não guardarem correlação com as infrações apuradas no processo disciplinar administrativo.

5. Toma-se necessário enfatizar que até mesmo nas hipóteses de caracterização duvidosa dos fatos disciplinares, deverá, a autoridade administrativa, competente para impor as penas, ter a liberdade de interpretar restritiva ou extensivamente a punibilidade, impondo as sanções convenientes, servindo-se, como é lógico, de todos os elementos oferecidos pela comissão processante.

6. Há, portanto, a necessidade de que seja levada em consideração, na formação da convicção do julgador, a identidade da razão jurídica entre o fato delituoso (ou a infração) e a imposição do poder disciplinar. (...)

8. Não obstante a estreiteza dos lindes em que do ponto de vista da convicção do julgador se contém a liberdade para impor as penas, é preciso enfatizar que não é qualquer autoridade administrativa que poderá exercer esse poder. Estabelece a Lei nº 8.112/90, no seu art. 141, que as penalidades 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 de servidor vinculado ao respectivo poder, órgão, ou entidade; vale dizer, buscou o legislador repartir a competência para a imposição das penas pelos diversos graus de hierarquia funcional, na conformidade com a importância (ou a graduação) das infrações cometidas pelos servidores elencados na regra estatutária. Desse modo, o sistema de aplicação de penalidades, em consonância com o dispositivo em epígrafe, é decrescente, pois que objetiva, acima de tudo, impedir que autoridades situadas em grau inferior na hierarquia funcional, usando do poder disciplinar para punir, verbí gratia, com a pena demissória, servidores suscetíveis de serem apenados com as modalidades mais sérias e valoradas do elenco das penas disciplinares. (...)

11. Mesmo que a lei, no caso a 8.112/90, haja estabelecido no art. 150 que "a comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato se exigido pelo interesse da administração", o julgamento insito no relatório conclusivo oferecido por ela não é definitivo para os indiciados, uma vez que traduz apenas a convicção a que chegaram seus membros, os quais, balizando os atos e fatos coligidos durante a tramitação processual, podem concluir pela inocência ou culpabilidade desses servidores.

f



12. O que não poderá fazer a comissão processante é, constatando a gravidade das infrações disciplinares cometidas pelos indiciados, enquadrá-los em tipos diversos dos que lhes deveriam ser imputados, talvez, quem poderá dizer o contrário, recebendo interferências hierárquicas (ou de cunho político) no seu mister de apurar os fatos.

13. Desse modo, o uso do poder conferido legalmente às comissões processantes de, no relatório, apresentarem à autoridade julgadora os dispositivos legais ou regulamentares transgredidos pelos indiciados, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes que possam levar o seu enquadramento em tipificações infrações menos gravosas, não é arbitrário, não o fazendo (seus membros) quando lhes aprovar, tampouco de acordo com suas preferências, sejam funcionais, sejam políticas. (grifos não constantes do texto original)

B.2. No Parecer N° GQ-91, exarado nos autos do Processo N° 00830.005043/89-41, que adotou o PARECER N. AGU/WM-05/95, elaborado pelo Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, porém, não publicado, foi salientado que:

Parecer n° GQ - 191

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER N° AGU/LA-02/99, de 31 de março de 1999, da lavra do Consultor da União, Dr. LUIZ ALBERTO DA SILVA, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 12 de abril de 1999.
 GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
 Advogado-Geral da União
 PARECER N° AGU/LA-02/99 (Anexo ao Parecer GQ-191)
 PROCESSO N° 21000.000957/97-96

ASSUNTO: Conceito de "autoridade superior" a que se refere o art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para ratificar os atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, frente a dispositivos do Regimento Interno das Delegacias Federais de Agricultura.

EMENTA: 1. A competência para interpretar a legislação vigente, no âmbito dos Ministérios, cabe, exclusivamente, às respectivas Consultorias Jurídicas, ressalvada a competência do Advogado-Geral da União (L.C. nº 73/93, art. 4º, X e XI).

2. Não existe relação entre a função de ordenador de despesas e os atos de reconhecimento e de ratificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

3. Na delegação de competência, o delegante não é responsável pelos atos praticados pelo delegado.

4. A sistemática de fixação de competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, nasce na Constituição, passa pela lei e desdobra-se por meio de atos normativos de hierarquia inferior.

5. O conceito de "autoridade superior", a que se refere o art. 26 da Lei nº 8.666/93, vincula-se à estrutura hierárquico-organizacional do órgão ou entidade, e não à competência.

6. As regras contidas no inciso XIV do art. 62 e no § 2º do art. 64, do Regimento Interno das Delegacias Federais de Agricultura, aprovado pela Portaria nº 318, de 6 de maio de 1996, estão em perfeita sintonia com a sistemática de fixação de competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, e com o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

(...)

17. Não se concebe insito ao senso da razoabilidade, harmônico com o direito e à moral administrativa o propósito de, numa atuação legiferante, aplicar penalidade inexistente no ordenamento jurídico à época em que os fatos ocorreram ou imprimir efeitos retroativos à norma cominativa da mesma pena, quando elidido, por atos administrativos (os que efetivaram a exoneração dos envolvidos nas irregularidades), elemento da tipificação da nova penalidade, anteriormente à lei nova, autorizadora da punição.

18. Aproveitam-se ao regime disciplinar as preleções dos doutrinadores, relativas ao Direito Penal, em vista da finalidade corretiva, restabelecedora da ordem social, e o caráter de recuperação das punições, nas áreas penal e administrativa, com o objetivo, tão só, de evidenciar a necessidade de preservar a atuação dos órgãos

15

administrativos nos limites da lei, sem valorações subjetivas que possam induzir à edição de atos isolados e com efeitos que só podem advir da lei, em sentido formal.

19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a "lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade o quantum) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ex post facto. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível." (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475).

20. A Lei n. 8.112, de 1990, instituiu a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, em relação à qual se perquire se incide sobre fatos pretéritos. Oportuno lembrar a manifestação desse doutrinador, consistente na afirmação de que, em sendo a lei nova "mais benéfica (mais branda, mais benigna, mais favorável), ou quando não mais capitula o fato como crime, ocorre a retroatividade; quando a lei nova é mais severa, isto é, comina pena maior do que a lei anterior, ocorre a irretroatividade, ou o que é o mesmo, prevalece a contrário sensu, a ultra-atividade da lei vigente, dotada de eficácia, quando ocorreu o fato". (op. cit.) (Destques do original).

21. São perceptíveis a sapiência e o tino jurídicos fluentes do resultado das reflexões de Néelson Hungria, sobre o assunto: "Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de Von Liszt, são a "Magna Charta libertatum" dos delinquentes. O princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. Permittitur quod non prohibetur.

Antes de ser um critério jurídico-penal, o nullum crimen, nulla poena sine lege é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado". (Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 11/2).

22. Prossegue o jurista nas suas reflexões ultimadas: "Com a eliminação do nullum crimen, nulla poena sine lege, estará truncado um dos próprios fins políticos da pena, qual o da prevenção geral (ou da coação psicológica, segundo a fórmula de Feuerbach), pois seria absurdo cogitar-se do caráter preventivo de penas sem o memento de expressos textos legais, isto é, penas que não se conhecem, a serem editadas para fatos ainda não definidos como crimes para ciência e governo dos cidadãos. Se a norma penal é uma norma de conduta, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma normal penal ... inexistente" (op. cit.) (grifos do original).

23. Ainda, pondera a respeito da inconveniência de elidir-se esse princípio e viabilizar-se o arbítrio jurídico ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de penas, eis que daria azo a que os julgadores fossem "naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira. O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja anti-socialidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juizes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento". (O destaque consta do original).

24. O legislador constituinte observou essas proposições e prescreveu que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX) e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II).

25. É de clareza meridiana a noção de que se pauta pela conformidade ao direito, proveniente da lei, à razoabilidade e ao bom senso acolher-se o resultado interpretativo de que não cabe infligir penalidade disciplinar sem previsão legal ou aplicá-la em relação a fatos anteriores à sua instituição, dimanando, daí,

f



consonância do princípio da moralidade administrativa com as asserções desta Advocacia-Geral, reproduzidas no item 6 deste expediente. (...)

33. A conformidade ao direito, sentido a ser atribuído à expressão "princípio da legalidade", tem a acepção de que a atividade estatal deve encontrar-se contemplada não somente de forma expressa, mas deve dimanar das normas que compõem o direito. Este promana de forma explícita ou implícita da ordem jurídica. Toshio Mukai, Celso A. B. de Mello e Vedel, como visto, não asserem que a autoridade administrativa, de maneira subjetiva e discricionária, pode criar o direito originariamente, sob uma inexistente asserção de que assim o faz "para defender os sagrados interesses da Administração Pública". (...)

43. Observe-se que a apuração das irregularidades administrativas é compulsoriamente feita através de sindicância ou processo administrativo disciplinar, obedecendo ao princípio do contraditório e assegurando-se ampla defesa, atividade em que a comissão de inquérito atua com independência e imparcialidade, de modo a obter a completa elucidação dos fatos. A responsabilidade a apurar-se é a do servidor que tenha praticado infração no exercício de suas atribuições ou tenha relação com as do cargo em que se encontre investido (cfr. os arts. 143, 146, 150 e 153 da Lei n. 8.112, de 1990). Inexiste regramento específico para efetuar-se apuração de ilícito administrativo como se o servidor "estivesse em pleno exercício do cargo, mesmo que no momento da aprovação não mais se encontre no efetivo exercício do cargo no qual praticou o ilícito", conforme se realça. A apuração das irregularidades, em si, tem disciplina legal adstrita a aspectos éticos e morais, abstraídos de regramento especial para os casos de os cargos estarem ocupados, ou não, pelos infratores.

44. Em se tratando "de infrações anteriores à promulgação da Lei n. 8.112, de 1990, que prevê essa conversão, apenas se procede à apuração dos fatos, sem indicição ou defesa, mas se anota o resultado nos assentamentos do ex-servidor e se remete traslado do processo disciplinar ao Ministério Público da União, no caso de constatar-se responsabilidade civil ou penal": é a regra insita ao Parecer n. AGU/WM-09/94. Se, na data da prática das irregularidades, inexistia a penalidade, seriam inócuas a indicição e defesa, face às suas finalidades.

61. O regramento da ação saneadora do Estado contempla a punição dos titulares de cargos públicos de forma diferente daqueles que não detêm essa condição e o faz em decorrência de se encontrarem em situações fáticas e jurídicas distintas.

62. A Lei n. 8.112/90, arts. 127 e 147, comina penalidade de demissão para o ocupante de cargo efetivo, a destituição de cargo em comissão ou o afastamento preventivo, pois é pertinente, no particular, aos servidores ativos. Em relação aos desinvestidos dos cargos, mediante exoneração ou aposentadoria, preceitua a conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão (sem efeitos retroativos) ou a cassação da aposentadoria, numa inequívoca demonstração de que são situações diferenciadas (arts. 127 e 135).

63. A apuração das faltas disciplinares é efetuada nos moldes da Lei n. 8.112, mas sem intercomunicação explícita das condições de servidor em atividade e inativo, ou desvinculado do Serviço Público (exonerado). Subsiste, de lege lata, a responsabilidade administrativa do servidor que se aposenta ou se desvincula mediante a exoneração ou extinção do cargo de provimento em comissão, mas não "como se no cargo estivesse".

64. O último aspecto que, pela sua relevância, merece exame é concernente à afirmação de que "a apuração de ilícitos administrativos pode ser feita com base na lei vigente à data da apuração, se esta regulou por igual a matéria disciplinada pela lei vigente à data dos fatos".

65. Em tese, impende dilucidar, referentemente aos efeitos de lei nova que discipline o processo administrativo:

- a) os processos já encerrados na data de vigência da lei nova não sofrem repercussão quanto aos efeitos desta, eis que aqueles se constituem em fato consumado e o novo diploma legal preceitua para o futuro;
 - b) no respeitante aos processos pendentes na data da promulgação das novas normas processuais, os atos já praticados subsistem como válidos e eficazes e, os posteriores, se regem pela nova disciplina;
 - c) os processos a serem iniciados se desenvolvem na conformidade da lei nova.
- (grifos não constantes do texto original)

8.3. O Parecer GQ-141 retratou a inescusabilidade da Administração de proceder à responsabilização administrativa, bem como foi asseverado que a gradação

da penalidade decorreria da natureza e da gravidade da infração. Contrariamente ao que fora alegado no item 38 da peça exordial, na verdade, a hipótese fática apreciada pelo GQ-141 apenas revelou as limitações do material probatório carreado aos autos da apuração e que, com isso, possibilitando apenas a imposição de penalidade de suspensão de um dos acusados, conforme assim salientado:

Parecer nº GQ - 141

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-6/98, de 25 de fevereiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 5 de maio de 1998.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO Advogado-Geral da União

PARECER N. AGU/C (Anexo ao Parecer GQ-141)

PROCESSO N. 21000.002686/96-41

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidores.

EMENTA: Configurada a infração disciplinar, a apenação toma-se compulsória.

PARECER: Mediante processo disciplinar, foram apuradas irregularidades concernentes a folhas de pagamento elaboradas na Delegacia Federal de Agricultura em Alagoas, responsabilizando-se os servidores (...) e (...), ambos pertencentes ao quadro permanente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, aos quais a comissão apuradora sugeriu a aplicação da penalidade de demissão. 2. A Consultoria Jurídica da referida Secretaria de Estado anuiu à expulsão de (...), todavia propunha a suspensão de (...), por noventa dias, atenuação esta de que dissentiu a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, alvitrando a instauração de outro processo, a fim de melhor averiguar os fatos. Essa divergência justificou o encaminhamento dos presentes autos ao descortino desta Advocacia-Geral da União (Aviso n. 5, de 5 de janeiro de 1998, da Casa Civil).

(...)

A nova apuração das faltas disciplinares afigura-se necessária à Subchefia para Assuntos Jurídicos em razão de que:

a) a comissão não exculpou a indiciada, não obstante o Órgão jurídico do aludido Ministério haver sobrelevado o fato de que não resultou em proveito desta a percepção das importâncias auferidas irregularmente e o despreparo intelectual dos servidores em exercício na unidade de recursos humanos, que processava as folhas de pagamento;

b) "não resta comprovado se os erros de lançamento foram por incompetência ou negligência, ou seja, a Comissão não se debruçou sobre esta hipótese";

c) "a conduta da servidora, em todo o episódio, tem muito de condenável, nenhum dado atenuante, nem excludente de sua culpabilidade";

d) os elementos probatórios seriam insuficientes para aferir a atuação da indiciada, embora sejam "fortes".

8. A veracidade dessas transgressões é inconteste, admitida pela indiciada no depoimento de fls. 504 a 508 e na defesa (fls. 605/608). Não negam esses fatos, em si, os mencionados Órgãos jurídicos, que, no entanto, suscitaram as atenuantes, especificadas nos itens 3 e 4, e os destaques técnicos, as valorações da conduta da servidora e a insuficiência das provas, adnumerados nos itens 5 e 6, todos deste expediente.

9. Dessume-se que o exame do assunto há de adstringir-se ao aspecto satisfativo das provas, à caracterização da incompetência ou negligência com que se houve a indiciada, sob o ponto de vista funcional, e à graduação da penalidade a ser infligida.

10. A materialidade das infrações exsurge indubitável da apreciação das provas arroladas no termo de indicição e, conforme enfatizado acima, é admitida pela própria indiciada e seu advogado, nessa peça processual e na defesa. É tamanha a expressividade das provas que sua negação não se entenderia compreendida nos limites do senso da razoabilidade.

11. A proposição que fundamenta o alvitre da instauração de novo processo se prende, por certo, à necessidade de determinar se as faltas disciplinares resultaram de incompetência ou de atuação negligente. Com esse desiderato, quanto à efetivação dos pagamentos inexatos, seguem plijados excertos do depoimento da indiciada, assinalando-se, conforme o caso, a caracterização da negligência ou o aspecto da competência, considerada a última no seu sentido léxico de "qualidade de

d



quem é capaz de apreciar e resolver certo assunto, fazer determinada coisa" (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa):

(...)

17. Impõe-se a responsabilização administrativa da indiciada, ex vi do art. 124 da Lei n. 8.112, de 1990. A valoração dos fatores considerados na graduação da penalidade, quais sejam, "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", conduz à razoabilidade da suspensão sugerida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento, mas por sessenta dias.

18. O ato de demissão de (...) deverá ser fundamentado no art. 132, X (lesão aos cofres públicos). Incabível a fundamentação múltipla quando o fato ilícito é singular. (grifos não constantes do texto original)

8.4. O Parecer GQ-167 aprovado pelo Presidente da República em 1 de outubro de 1998, retratou a imposição de penalidade administrativa a servidor cuja infração fora capitulada como conduta escandalosa e insubordinação grave, evidenciando que a discricionariedade administrativa na modulação da penalidade não deve se afastar da cominação legal abstrata para a conduta perpetrada, *verbis*:

Parecer nº GQ - 167

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-21/98, de 23 de setembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÉDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 1º de outubro de 1998.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO

Advogado-Geral da União

PARECER N. AGU/WM-21/98 (Anexo ao Parecer GQ-167)
PROCESSO N. 21000.007205/97-29

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidor.

EMENTA: Configurada a infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990, a apenação expulsiva torna-se compulsória. Os fatores de graduação de pena, enumerados no art. 128 da Lei n. 8.112, podem justificar punição mais grave que a expressamente cominada para o ilícito praticado.

PARECER: Comissão de Inquérito, designada para apurar irregularidade praticada por servidor qualificado como Motorista Oficial do quadro de pessoal do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, asseriu, no seu relatório final, *verbis*: "Salta aos olhos que a intenção do servidor, quando adentrou no prédio do Ministério, na Garagem Oficial, acompanhado de uma mulher, uma prostituta, no início da madrugada do dia 15 de novembro de 1997, quando estava em seu horário de trabalho, plantão, era de manter com ela relação sexual", vindo o colegiado a aliviar a inflição da penalidade expulsiva, por isso que: a) foram inobservadas normas legais e regulamentares e b) o acusado incomeu em incontinência pública e em conduta escandalosa, na repartição, e em falta grave.

2. Dessa ilação dissenteu a Consultoria Jurídica do Ministério, sob a alegação de que não estariam caracterizadas a incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição, ou a falta grave, concluindo pela conversão da punição sugerida pela c.i. em suspensão (Parecer/CJA/CJ/nº 11/98).

3. A essa sugestão anulou o Ministro de Estado da Agricultura e do Abastecimento (E.M. nº 55/MA, de 21/8/98), todavia assim discordou a Casa Civil da Presidência da República, após examinar a materialidade e a autoria (Nota nº 3087/98-SAJ/PR/JM, DE 2/9/98), procedendo ao encaminhamento dos autos a esta Advocacia-Geral da União (Aviso nº 1234, de 10/9/98):

"A incontinência pública e conduta escandalosa, tal qual inserida no inciso V do art. 132 do Regime Jurídico Único, sem falar, neste ponto, nas demais ilicitudes praticadas pelo acusado, salta aos olhos no decorrer de todo o processo em comento".

6. O art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990, estatui a compulsória demissão do servidor, sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se na irrogação da penalidade. É dever de que se não pode esquivar, dado o caráter peremptório do art. 132, *ipsis litteris*:

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

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
VI- Insubordinação grave em serviço;

(...)
9. Ainda, insurgiu-se o indiciado contra a determinação dos dois vigilantes, incumbidos de controlar o acesso dos servidores à garagem, para que não adentrasse, com sua acompanhante, naquele recinto da repartição. Fê-lo com o objetivo de praticar conjunção carnal, como comprovado nos autos, configurando-se a insubordinação grave em serviço.

10. Ademais, os tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, não impedem a aplicação de punições mais graves que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei n. 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. Assim é que a apenação do servidor faltoso pode ser agravada pela autoridade julgadora, pois o art. 128 desse Diploma Legal estabelece que, na "aplicação da penalidade 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". A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição.

(...)
14. Mesmo que não estivessem caracterizadas a conduta escandalosa e a insubordinação grave em serviço, suficientes para editar-se obrigatoriamente o ato expulsivo do indiciado, o exame do contexto dos autos imprimem a convicção de que a gravidade e o teor das irregularidades, enumeradas no relatório final e no item 4 deste expediente, justificam a conclusão do colegiado, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei n. 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerando que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.

15. Impõe-se a responsabilização administrativa do indiciado, por força do art. 132, item V, da Lei n. 8.112 (conduta escandalosa, na repartição). Incabível a fundamentação múltipla quando o fato ilícito é singular. (grifos não constantes do texto original)

8.5. Por sua vez, o Parecer N.º GQ-176, exarado nos autos do Processo 00001.007648/97-01, que adotou PARECER N.º AGU/LS-06/98, da lavra do Consultor da União Dr. Paranhos Sampaio, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, mas que não foi publicado, destacou que:

Parecer nº GQ - 176

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER N.º AGU/LS-06/98, de 24 de novembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. PARANHOS SAMPAIO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 3 de dezembro de 1998.
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União
PARECER N.º AGU/LS-06/98 (Anexo ao Parecer GQ-176)
PROCESSO N.º 00001.007648/97-01

ORIGEM : Ministério do Exército

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Dissenso entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (Parecer n.º 109-97-CJME, de 30.06.97) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota n.º 2694/97-SAJ/PR/MM, de 01.09.97), decorrente da proposta de demissão do servidor (...)por abandono de cargo, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército.

EMENTA: No sistema da livre apreciação das provas, vigente no Direito Positivo pátrio, quando o relatório da comissão processante contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora que não se vincular às suas conclusões, poderá,



motivadamente, agravar a penalidade sugerida, abrandá-la ou isentar o indiciado de responsabilidade (cf. o art. 168, Parágrafo Único, da Lei nº 8.112/90). No caso, há que se inferir que a autoridade instauradora do Processo Administrativo Disciplinar em tela, na formação de sua livre convicção, sugeriu à autoridade julgadora, o Chefe do Poder Executivo, que comine ao servidor indiciado a pena de demissão, por abandono de cargo, ficando ao alvedrio deste aplicá-la ou não.

(...)

8. A Comissão de Inquérito, para fundamentar sua conclusão, baseou-se em meros atestados médicos que se referem a doença da mãe do indiciado e dele próprio (fls. 19/20 e 21/24).

9. Como é sabido, consoante a Lei nº 8.112, de 1990, o indiciado poderia ter inspeção de saúde para efeito de licença para tratamento de saúde, não tendo tomado nesse sentido qualquer providência, preferindo, ao invés continuar faltando ao serviço sem motivo justificado, o que, é imperioso salientar, ocorre até a presente data.

8.6. Comente-se relativamente ao Parecer GQ-177, contrariamente ao afofado no item 17 da peça exordial que não se trata de inaplicabilidade do artigo 128 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e sim a impossibilidade de que o administrador se afaste dos critérios legalmente cominados para o sancionamento, *verbis*:

Parecer nº GQ - 177

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-24/98, de 30 de outubro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar. Brasília, 3 de dezembro de 1998.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO

Advogado-Geral da União

PARECER N.º AGU/WM-24/98 (Anexo ao Parecer GQ-177)

PROCESSO N.º 00001.012232/97-24

ASSUNTO: Manutenção de penalidade de demissão.

EMENTA: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato.

Na hipótese em que o processo disciplinar seja nulo, deve assim ser declarado pela autoridade julgadora, vedado receber pedido de atenuação da penalidade como de revisão processual, pois é dever da Administração revisar seus atos inquinados de ilegalidade e o processo disciplinar é revisto quando há elemento de convicção capaz de demonstrar a inocência do servidor punido ou a inadequação da pena infligida.

O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora.

O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção.

Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha.

O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.

(...)

Apurada a falta a que a Lei n. 8.112, arts. 132 e 134, comina a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (em se tratando dessas especificadas, o Presidente da República) para omitir-se na apenação.

(...)

11. Em síntese, tem-se a legalidade da edição do ato punitivo do servidor, tendo em vista que:

Continuação do Parecer n.º 019/2010/DECOR/CGU/AGU

- 1 - é satisfatória a defesa assegurada ao interessado e, na oportunidade em que se aplicou a pena de demissão, comprovadas estavam a prática das infrações e a autoria, motivos pelos quais a apenação impunha-se como poder-dever de que não descurou a autoridade julgadora;
- 2 - é nulo o julgamento do processo de que resultaram a aplicação da penalidade de suspensão por noventa dias e a conversão desta em advertência, eis que proferidos por autoridades sem competência para tanto: às transgressões disciplinares de que se cuidam a Lei n. 8.112 estatui a demissão, inserida, destarte, na esfera de competência do Presidente da República;
- 3 - em consequência do asserido no item anterior, a aposentação do petionário contrariou o disposto no art. 172 e, ainda que não fosse assim, seria obrigatória a cassação da aposentadoria, ex vi do art. 134, ambos dois da Lei n. 8.112.

8.7. No que tange ao Parecer GQ-183, insta mencionar que não se reflete como mero apego ao critérios positivistas de interpretação, mas revela o estreito respeito ao limites do sancionamento conferido pelo legislador ao administrador, base do Estado Democrático de Direito:

Parecer nº GQ - 183

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-28/98, de 17 de dezembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar. Brasília, 28 de dezembro de 1998.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO Advogado-Geral da União

PARECER N. AGU/WM-28/98 (Anexo ao Parecer GQ-183)

PROCESSO N. 23066.034714/97-31

ASSUNTO: Graduação de penalidade a ser infligida a servidor público.
EMENTA: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990.
(...)

7. Apurada a falta a que a Lei n. 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. Afira-se o caráter peremptório desses preceptivos, *ipsis litteris*:

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

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.
§ 1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

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

.....
VI - Insubordinação grave em serviço;

.....
VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

.....
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117" (O inciso XV do art. 117 veda ao servidor que proceda de forma desidiosa).

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão." (Grifou-se)



8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar, no prazo de vinte dias (v. o art. 167 da Lei n. 8.112).
(...)

11. A incidência do art. 128 da Lei n. 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei n. 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na "aplicação da penalidade 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". A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição.

8.8. Ainda com relação aos aspectos da responsabilização administrativa em comento, insta salientar o conteúdo do Parecer GM- 03, verbis:

PARECER N. GM 003

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer Nº AGU/WM-4/2000, de 31 de março de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.
Brasília, 10 de abril de 2000.
GILMAR FERREIRA MENDES

Advogado-Geral da União

Parecer N. AGU/WM-4/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-003)

PROCESSO N. 23123.000427/97-87

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar irregularidades verificadas na Fundação Universidade Federal de Rondônia.

EMENTA: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa. Incumbe à Administração apurar as irregularidades verificadas no Serviço Público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benéfica. Apuradas a materialidade da infração e a autoria, por intermédio de processo disciplinar em que se assegurou o exercício do direito de defesa, e se o servidor tinha capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua atuação funcional, a irrogação da penalidade torna-se compulsória, sem margem à discricionariedade da autoridade julgadora e à constatação do dolo.

A responsabilização administrativa por proceder o servidor de forma desidiosa, no exercício de cargo ou função de confiança, é imprescindível o exame da conduta do indiciado em face de fatores variados e condicionantes de sua realização funcional.

(...)

16. Denota-se que, no inciso I, o art. 132 estatui a demissão no caso de "crime contra a administração pública" e, nos incisos II, VII, VIII e X, a decorrente de abandono de cargo; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, todas infrações administrativas que, à guisa de exemplo, encontram correspondentes no capítulo do Código Penal específico dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral. A compatibilização da incidência desses preceitos ocorre em que à apenação, com base no inciso I, é exigida sentença penal com trânsito em julgado e, nos demais casos, é suficiente a decisão da autoridade julgadora, no processo disciplinar em que, regularmente, apuraram-se a materialidade do ilícito e a autoria. Pretende o legislador que a Administração atue de forma não autônoma, para restabelecer a ordem social, apenas quando o servidor é condenado, na esfera criminal, decorrendo, assim, a expulsão estatuída no item I; nos demais casos, é imposta, na Lei, uma apreensão administrativa independente, mediante o julgamento de que tratam os arts. 166 e 167 (Lei n. 8.112). Destarte, não se restringe a incidência do aludido art. 132, isento de

limitações no que é pertinente ao poder-dever atribuído à Administração para apenar seu pessoal.

(...)

20. Vê-se, em consonância com a transcrição supra, que a atuação do indiciado não se restringiu ao exercício de advocacia, todavia também valeu-se do cargo para lograr proveito próprio e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei n. 8.112, de 1990). Quanto a tais fatos, não remanesce qualquer dúvida e foram até confessados.

21. Despiciendo o exame do tema sob a faceta de o art. 30, parágrafo único, da Lei n. 8.906, de 1994 (versa sobre o estatuto da advocacia), possivelmente abranger ações da espécie, tomando não mais punível o exercício de advocacia pelo indiciado, precedente à edição desse Diploma Legal, bem assim a adequação desse preceptivo ao princípio constitucional da moralidade administrativa. É que a demissão do indiciado há de ser fundada na inobservância da proibição de o servidor valer-se do cargo (art. 117 da Lei n. 8.112).

(...)

29. O art. 132 da Lei n. 8.112 é peremptório: "A demissão será aplicada nos seguintes casos". O dolo não é elemento constitutivo da infração, nem é considerado como excluyente de punibilidade. Se o servidor tinha plena capacidade de entendimento do caráter delituoso de sua conduta funcional, não pode a autoridade competente esquivar-se do cumprimento do dever de infligir a punição.

30. São irrefutáveis os elementos probatórios da lesão aos cofres públicos, da improbidade administrativa e do valimento do cargo para lograr proveito próprio e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. O ato que isentasse o indiciado da responsabilidade que se lhe imputa seria destoante do princípio da moralidade administrativa, em vista do pensamento realçado por Sérgio de Andréa Ferreira, quando destacou: "Diz PONTES que o "ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera" (Comentários à Constituição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 3º vol, p. 90).

(...)

66. Em síntese, tornam-se imperativas as seguintes medidas a serem adotadas pelo MEC, através da elaboração e edição dos atos adequados, implicitamente abrangidas pelo Decreto n. 3.035, de 1999:

a) demissão de (...) (valimento do cargo para lograr proveito pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; lesão aos cofres públicos e improbidade administrativa), (...) (improbidade administrativa), (...) (improbidade administrativa) e de (...) (valimento do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública);

b) anotação da extinção da punibilidade de suspensão e de advertência pelo decurso do tempo (prescrição), na pasta de assentamentos funcionais, respectivamente, de (...) e (...);

c) exculpação de (...), (...) e (...);

d) realização de sindicância para apurar possíveis infrações disciplinares praticadas por (...).

(grifos não constantes do texto original)

8.9. Cumpre recorrer ao lúcido ensinamento do Consultor da União Wilson Teles de Macêdo constante da Nota N. AGU/WM-36/2002, a qual retratou o poder-dever da Administração na apuração da falta disciplinar e na aplicação da penalidade cabível, afastando a possibilidade de perdão tácito, *verbis*:

NOTA N. AGU/WM-36/2002

PROCESSO N. 00400.000564/2002-18

ASSUNTO: Exercício de advocacia à parte das atribuições institucionais. Inexistência de direito adquirido. Membros da AGU. Assistentes jurídicos não incluídos em quadro suplementar em extinção. Procuradores Federais. Titulares de cargos de confiança.

Ocupantes de cargos com atribuições de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais. Defensores Públicos da União. Procuradores da Procuradoria Especial da Marinha. Exegese de norma preceptiva de incompatibilidades no exercício de advocacia. Imperatividade da apuração de infração disciplinar e inadmissibilidade de perdão tácito.



O processo disciplinar tem sua finalidade positivada também no art. 148 da Lei n. 8.112 e é conduzido por uma comissão, cuja composição é regulada no art. 149 do mesmo Diploma Legal.

Apurada a falta a que a Lei n. 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. Afira-se o caráter peremptório desses preceptivos. *Ipsis litteris*:

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

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

§ 1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

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

VI – insubordinação grave em serviço;

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117” (O inciso XV do art. 117 veda ao servidor que proceda de forma desidiosa).

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão” (Grifou-se).

Esse poder é desempenhado, de maneira obrigatória, pela autoridade julgadora do processo disciplinar, no prazo de vinte dias (v. o art. 167 da Lei n. 8.112). Houve-se com propriedade Hely Lopes Meirelles, ao expor sua opinião a respeito da inflicção de penalidade:

‘A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados.

No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobeiam razões para esse rigor, uma vez que tanto leza a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações’ (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª ed., 1995, p. 416)” (cf. o despacho de 2 de março de 2000, exarado para aprovar a Nota n. AGU/WM-12/2000 (Proc. n. 23123.000146/97-96).

5. O perdão tácito não encontra guarida nas normas disciplinares, nem na ordem constitucional, que insculpiu o princípio da legalidade. A extinção do poder-dever de punir é matéria reservada à lei, em sentido material.

(grifos não constantes do texto original)

8.10. Noutra oportunidade o Consultor da União Wilson Teles de Macedo apresentou o seguinte entendimento na Nota n. AGU/WM-24/2003² que pugnava

² Posteriormente, o referido Consultor da União apresentou idêntico entendimento na Nota N. AGU/WM 6/2005 (mencionado no item 81 da exordial) a qual foi parcialmente aprovada no Despacho do Consultor-Geral da União n. 129/2005, devidamente acatado pelo Despacho do Advogado-Geral da União, tal como citado no item 69 da peça exordial, ressaltou que: 1. Tenho presentes os termos e

especificamente pela estreita observância do princípio da legalidade em sede de matéria disciplinar, *verbis*:

NOTA N. AGU/WM-24/2003

PROCESSO N. 25100.004128/98-78

ASSUNTO: Pedido de reexame do entendimento desta Advocacia-Geral da União relativo à compulsoriedade da aplicação de servidor, nos termos da lei, desde que apurada a falta disciplinar. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sedimentada com a acepção de que eles apreciam a constitucionalidade e a legalidade da penalidade, sem perquirir quanto ao mérito. Manutenção da orientação.

3. Com ênfase para o aspecto de que a reiterada orientação desta AGU decorre da positividade das normas reguladoras do tema, em sua contextura, sobreleve que incorreu em duplo equívoco a referenciada unidade jurídica, porquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem a conotação gizada na Nota n. 47/2003, bem assim a do Supremo Tribunal Federal:

I) estratificaram-se no sentido de que cabe ao Poder Judiciário apreciar a legalidade do ato punitivo, todavia sem adentrar no mérito da punição; e

II) são silentes no que pertine à compulsoriedade da irrogação da penalidade emanante do art. 132 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (disciplina o regime jurídico dos servidores públicos federais), e também da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (versa sobre as "sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandamento, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional").

(...)

4. Embora "num primeiro momento do labor interpretativo o exegeta possa se impressionar com a literalidade do art. 128 da Lei n. 8.112, de 1990, se examinado isoladamente do contexto do ordenamento jurídico, como se fosse de molde a indicar o sentido do preceito, o estudo percursor do tema proporciona resultado expressivo de conclusão inversa. Apenas a positividade isolada do Art. 128 não retrata seu sentido, pois, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude: sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1979, 9ª ed, p. 36) (Destacou-se).

5. A fixação da inteligência de tal Art. 128, dissociado das demais normas ligadas à matéria, importa acolher-se resultado em vista só da noção parcial da amplitude desse preceptivo, sendo certo que, entendem-no Carlos Maximiliano e outros doutrinadores por este referenciados, "a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quicá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros

conclusões da Nota N. AGU/WM-6/2005, do Consultor da União Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, que trata de dirimir, em tese, com base em entendimentos desta Advocacia-Geral da União, questões decorrentes da consulta oriunda do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. 2. Observo, inicialmente, que a reafirmação do entendimento contido em diversas manifestações desta Advocacia-Geral da União, no sentido da obrigatoriedade da aplicação da pena de expulsão quando configurada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, vale como regra geral. 3. Ocorre, entretanto, que, na linha do despacho do Consultor-Geral da União na apreciação da Nota Nº AGU/WM-24/2003, de 16 de junho de 2003, relativa ao Processo nº 25100.004128/98-78, já aprovado por Vossa Excelência, não se exclui a possibilidade de, "quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afastar-se a aplicação da penalidade em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal". Em resumo, faltando objetiva relevância jurídico-administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade. 4. Esse raciocínio, em tese, poderia ensejar a apuração do grau de significância da conduta, com vista ao seu enquadramento em um ou outro tipo, consoante o seu potencial lesivo. Assim, não se estaria a falar na aplicação de pena substitutiva ou no abrandamento da pena, senão na aplicação da pena adequada à conduta lesiva, especificamente considerada. Não se trata de gradação da pena, mas de gradação da conduta. (...) 11. De qualquer modo, com as ressalvas a respeito da obrigatoriedade da aplicação da pena de demissão quando configurada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e a respeito das prerrogativas, garantias, vantagens e direitos supostamente atribuídos aos ocupantes de cargos de natureza especial, no mais, estou de acordo com o disposto na Nota nº AGU/WM-6/2005.



afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor' (Op. cit., pp. 129/130) (Destacou-se).

6. Não deve prosperar tese de que resulte discricionariedade com a amplitude tratada na supramencionada Nota 47/2009; a pessoa incumbida de proferir o julgamento, em sua visão subjetiva dos fatos e de circunstâncias agravantes ou atenuantes, poderia aplicar penalidade branda para os casos em que, de jure lata, se impõe a demissão, até mesmo no respeitante à lesão aos cofres públicos, à dilapidação do patrimônio nacional ou à improbidade administrativa, além das outras infrações graves que o legislador elencou como puníveis com a expulsão.

7. Não assim o contexto do Direito Disciplinar, pois, configurada a infração disciplinar antevisita no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990, a apenação expulsiva toma-se compulsória.

8. Afirma-se o caráter peremptório dos preceitos da Lei n. 8.112, de 1990, de que deflui o dever indeclinável da inflicção da penalidade, decorrente do caráter de norma imperativa de que se revestem tais dispositivos, *ipsis litteris*:

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

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

§ 1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido à inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

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

VI – Insubordinação grave em serviço;

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117* (O inciso XV do art. 117 veda ao servidor que proceda de forma desidiosa).

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão' (Grifou-se)

9. De modo consideravelmente abrangente e com rigorismo na tipificação dos atos de improbidade administrativa, a Lei n. 8.429, de 1992, estatui a punição imperativa dos agentes públicos quando utilizou, no caput do seu art. 1º, a expressão 'serão punidos'.

10. A respeito desses preceptivos, há a orientação normativa firmada por esta AGU, mediante o Parecer n. GQ - 183, de 28/12/98, in D.O. de 31 subsequente, nos moldes que se seguem:

'A incidência do art. 128 da Lei n. 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei n. 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na 'aplicação da penalidade 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'. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição.

Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei n. 8.112:

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

Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, verbis:

'Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128' (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).

A regra contida no art. 128, aludido no item anterior, induziu Rigolin à meditação de que a 'gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. Levam-se em conta também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade... Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar' (Op. cit., pp. 219/220)''.

11. Em suma: a valoração punitiva ditada pelo art. 128 da Lei n. 8.112 é cabível nas hipóteses de:

a) determinação do período de suspensão do servidor; e
b) apenação relativa aos tipos das condutas delituosas ligadas aos deveres e proibições, como enfatizado no Parecer n. GO - 183, de 28/12/98, in D.O. de 31 subsequente.

12. A imperatividade da apenação, como estatuída no Art. 132, representa uma proteção do interesse do Estado diante do subjetivismo e de tentativas de ingerência na função de julgamento e, se for o caso, de aplicação da penalidade, por interpostas pessoas, contrárias ao interesse da coletividade. Salva guarda a moralidade administrativa e o bem público, além de velar pelo restabelecimento da ordem jurídica. A compulsoriedade da punição proporciona objetividade na decisão e milita em defesa da autoridade julgadora, suprimindo valorações pessoais e obstando injunções de opiniões outras dissociadas da reta aplicação da lei. O juízo de valor quanto à modalidade da pena a ser infligida foi formado pelo Congresso Nacional na oportunidade em que elaborou as Leis ns. 8.112, de 1990, e 8.429, de 1992, no uso de sua competência institucional. É descabido ao intérprete sobrepor-se à vontade do legislador e, substituindo-o, atribuir a si o poder de modificar o sentido da lei e, destarte, negar-lhe aplicação.

13. O legislador, ao especificar as infrações no Art. 132, realizou a seleção legal dos fatos lesivos do mínimo ético que o Direito Disciplinar tutela, impedindo a abstenção da autoridade pública em aplicar o castigo em benefício do servidor que, com sua conduta funcional danosa ao Estado e à coletividade, demonstra grau de periculosidade indutivo da incompatibilidade de sua permanência a serviço da Administração e, destarte, no trato com o bem público.

14. A avaliação subjetiva da atuação delituosa do servidor, decorrente da abolição do sistema de enumeração taxativa e vinculante do Art. 132, resultaria na hipertrofia funcional e na impunidade advinda da predileção em irrogar-se pena branda até mesmo alcançada pela prescrição, porque seria incontrolável o poder julgador delimitado por avaliação sensível a aspectos éticos, sociais e a requintes fáticos e jurídicos, senão a caprichos.

15. A autoridade julgadora, para formar seu juízo a respeito da modalidade da punição, consideraria os fatores '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', sem parâmetros ou limitações legais à mensuração subjetiva.

16. O Art. 132 apresenta um cunho nitidamente objetivo e salutar: ignora os motivos determinantes, o porquê da falta disciplinar. O fato de o servidor conduzir-se de maneira consciente, resultando a desordem jurídica, é o quanto basta à punição. Esse



comando reveste-se do espírito de justiça condizente com a paz funcional e a necessidade de colocar o interesse público a salvo da atuação nociva do servidor faltoso.

17. Inevitável far-se-ia o conflito entre a justeza da punição subjetivamente aplicada como resultado da apurada mentalidade da autoridade pública e aquela proveniente do mediano senso de justiça do homem comum do povo.

18. A imperatividade de apenação, como prescrita em lei, serve de anteparo ao interesse da Administração e desestimula o infrator a valer-se da subjetividade e a contar com a eventual esquivia das expressas imposições punitivas da lei.

19. Se prosperasse a tese receptiva das decisões disciplinares ditadas pelo livre arbítrio da comissão de inquérito ou da autoridade julgadora, pautado pelo juízo subjetivo, embora se afigure sedutora, por isso que acompanhada de considerável dose de poder decisório, adviriam resultados não desejados e incompatíveis com o interesse público, conseqüências que aliás inspiraram o princípio da legalidade, também obstativo da atuação funcional discricionária.

20. Diversamente do que se assevera, os Tribunais Superiores, dizem-no o Supremo Tribunal federal e o Superior Tribunal de Justiça, na sua função de conceder a prestação jurisdicional, não cuidam da justeza da penalidade: a proporcionalidade da pena ao ilícito é aquilatada em vista das provas carregadas para o processo e ante os fatores enumerados no art. 128 da Lei n. 8.112, a juízo da autoridade julgadora, sem sujeitar sua competência a ingerência de vinculante apreciação subjetiva de outrem, ainda que a pretexto de exercer sua função judicante, avaliação tal compreendida no poder de julgamento do processo.

21. Descabido seria o Poder Judiciário substituir a autoridade legalmente incumbida de julgar o processo (art. 167 da Lei n. 8.112, de 1990) e, no pertinente ao mérito, numa decisão subjetiva, elidir a pena, infligida pela autoridade julgadora, com base em lei.

22. Esse é o sentido de decisão do Supremo Tribunal Federal, assim ementadas: "Nas transgressões disciplinares, não cabe habeas-corpus mas, sem apreciar a justiça ou injustiça da punição, compete ao Poder Judiciário examinar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato. Recurso Inadmissível" (RE 20.096, in D.J. de 27/11/52, p. 13.384).

"Despachantes aduaneiros. Por lei não pode o despachante agenciar desembaraço de importação de firma que não é sua comitente. Essa falta pode ser punida pelo Presidente da República com a cassação da autorização (Dec. Lei 4.014/42, arts. 5 e 50, "F" 2). O Judiciário aprecia a legalidade do ato administrativo de punição não a justiça ou a conveniência dele" (RE 67.017, in D.J. de 3/10/69, p. 4.62).

23. É idêntica a linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata, ipsis litteris: "No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo" (MS 7051 - DF, in D.J. de 5/5/2003, p. 215).

24. Equivocada a noção de que o STJ manifestaria juízo valorativo sobre a justeza ou conveniência da punição, ao apreciar a observância do princípio da proporcionalidade na imposição de penas disciplinares. Esse Órgão mesmo asseve:

"A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito do Poder Judiciário, circunscreve-se ao campo da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade da medida, especialmente quando há perfeita sintonia entre a prova pré constituída juntada aos autos e o ato administrativo" (MS 7861 - DF, in D.J. de 7/10/2002, p. 169).

25. A orientação normativa estabelecida por esta Instituição, ao revés do que se afirmou, encontra guarida, de maneira implícita, em decisões proferidas pelo STJ, conforme se apercebe dos seguintes excertos de ementas relativas aos acórdãos abaixo indicados:

"Não fere o princípio da proporcionalidade a imposição da pena de demissão aos servidores se, ao final do processo administrativo, resta demonstrada a prática da conduta prevista ao art. 117, Inciso XV da Lei 8.112/90, nos termos do art. 132 daquele dispositivo legal, podendo a autoridade administrativa, desde que fundamenta sua decisão, aplicar outra pena - ainda que mais grave - vislumbrada como adequada. É princípio pacífico a sua não vinculação à proposta da comissão e nem o juiz pode, como preleciona HELY LOPES MEIRELLES, substituir a discricionariedade legítima do administrador por seu arbítrio" (MS 7376 - DF, in D.J. de 5/8/2002, p. 198)

"Não fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a imposição da pena de demissão aos servidores se, ao final do processo administrativo, resta demonstrada a prática da conduta prevista no art. 117, inciso X, da Lei 8.112/90, qual seja,

participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário, nos termos do art. 132 daquele dispositivo legal" (MS 7491 - DF, in D.J. de 4/3/2002, p. 177)

"A priori, não se verifica excesso na imposição da pena de demissão aos servidores, se ao final do processo se conclui pela prática das condutas prescritas nos arts. 132, IV, e 132, XIII, c/c o art. 117, da Lei 8.112/90" (MS 7229 - DF, in D.J. de 25/3/2002, p. 170).

"Não fere o princípio da proporcionalidade a imposição de pena de demissão ao servidor se, ao final do processo, restou demonstrada a prática de conduta prevista nos arts. 178, XII e 179, da Lei nº 8.969/79" (ROMS 14676 - SP, in D.J. de 12/8/2002, p. 227).

26. O exposto toma despicando desenvolverem-se maiores esforços tendentes a demonstrar a impropriedade da invocação dos acórdãos pertinentes ao MS 8106 - DF, in D.J. de 28/10/2002, p. 216; ao MS 7260 - DF, in D.J. de 26/8/2002, p. 158; e ao ROMS 13617 - MG, in D.J. de 22/4/2002, p. 1830)², como se exurgisse de suas ementas a postura do STJ consistente em apreciar o mérito da penalidade administrativa.

27. Não destoam da jurisprudência do STF e STJ a orientação desta Advocacia-Geral da União, reiterada demonstrar a obrigatoriedade da aplicação das penalidades, uma vez tipificadas as infrações. (grifos não constantes do texto original)

8.11. Por importante, comente-se que no despacho de aprovação da mencionada manifestação, foi consignado pelo Consultor-Geral da União Dr. Manoel W. de Castilho que:

Nada obstante, assinalo que a orientação jurisprudencial do E.STJ, prestigiando a proporcionalidade na fixação da penalidade administrativa, não desfigura, como poderia parecer, o princípio de que o julgador está limitado à verificação da estrita legalidade dos atos administrativos, principalmente de natureza disciplinar. De fato, preservar a proporção entre a infração e a pena, tal qual referido nos precedentes, é apenas resguardar o direito do infrator de não ser submetido à pena maior que a necessária e suficiente aos propósitos legais. A referência à proporcionalidade nos ditos precedentes, nesse sentido, revela a preocupação de evitar que a autoridade administrativa, distanciando-se das conclusões da Comissão de Inquérito, imponha penalidades desproporcionais aos fatos objetivamente apurados. Assim, o que está jurisprudência resguarda é, tão só, a adequada correlação entre os fatos apurados e a penalidade imposta, e não, a eventual injustiça daquela prevista entre as hipóteses típicas e a pena abstrata, de tal modo que verificada determinada conduta e pena a ser prevista na lei, sem margem para subjetivismo. Não fica excluída, porém, a possibilidade de, quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afastar-se a penalização em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal. É dizer, faltando objetiva relevância jurídico administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade. (grifos não constantes do texto original)

8.12. Merece realce ainda o entendimento da Advogada da União Dra. Neide Marcos da Silva acerca da importância da ponderação da penalidade aplicada como aspecto para eventual admissibilidade de procedimento revisional:

NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 158/2008 - NMS
PROCESSO: 00406.000142/2006-16, acompanhado do Processo nº
50000.032155/2003-34
e do Processo Administrativo Disciplinar nº 00406.000026/2001-84
(composto de 5 volumes e 13 apensos);
INTERESSADO: ANTONIO DE LIMA FREITAS
ASSUNTO: PROCESSO DE REVISÃO
EMENTA: Processo revisional. Ônus da prova cabe ao requerente. A alegação de inconformismo não constitui fundamento para a procedência do processo de revisão. Ausência de fato novo ou circunstância suscetível de justificar a inocência do requerente não vleram aos autos para propiciar a procedência da ação revisional.



A penalidade aplicada está em conformidade com as faltas praticadas. Proporcionalidade e razoabilidade sustentaram o ato expulsivo. Processo de revisão improcedente.

(...)

30. Como ficou acima demonstrado, embora o pedido de revisão do requerente não tenha atendido os requisitos legais - apresentação de fato novo, circunstância capaz de justificar sua inocência, ou ainda a aplicação da penalidade desproporcional às faltas praticadas - conforme determina o art. 174 da Lei nº 8.112, de 1990, mesmo assim, a comissão revisora realizou brilhante trabalho, provando a adequada aplicação de sua expulsão.

31. Do minucioso e percuente relatório final, cujos principais trechos transcrevemos nos itens precedentes, resta claro que as faltas funcionais cometidas pelo requerente foram devidamente apreciadas na Nota AGU/WM nº 11/2002, desta Consultoria-Geral da União, que culminou com a sua demissão do quadro de pessoal do serviço público federal, inclusive, sem nenhum reparo por ocasião da apreciação do Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 8.259-DF.

32. A comissão revisora entendeu não ser ilegal o fato de o requerente constituir o mesmo advogado que atuava contra a autarquia para defendê-lo (fl. 161) e que a não interposição de alguns embargos à execução se justificava em virtude do reduzido número de procuradores naquela Regional. Todavia, asseverou, que referidas desclassificações são insuficientes para descaracterizar o ato punitivo calcado em provas que fundamentadamente embasaram a penalidade de demissão.

33. Diante de todo o exposto, com base no art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, acompanho as conclusões da comissão revisora, no sentido de que seja mantida a penalidade aplicada ao requerente, e julgado improcedente o processo de revisão.

III- REGIME JURÍDICO DO PODER DISCIPLINAR

9. Conforme Intuíto anteriormente explicitado, merece realce alguns dispositivos pertinentes ao regime jurídico de responsabilização do servidor público federal, estritamente na seara administrativa, *verbis*:

8.1. Primeiramente, detendo-se sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União:

Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função..

Art. 127. São penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

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. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

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

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

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;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.

(grifos não constantes do original)

8.2. Detendo-se sobre a legislação específica dos servidores policiais civis da União e do Distrito Federal, hipótese fática que ensejou a consulta em apreço,



essencialmente, com vista à análise do tratamento positivado de determinadas condutas infrações:

Lei n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965

Art. 44. São penas disciplinares:

- I - repreensão;
- II - suspensão;
- III - multa;
- IV - detenção disciplinar;
- V - destituição de função;
- VI - demissão;
- VII - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Art. 45. Na aplicação das penas disciplinares serão considerados:

- I - a natureza da transgressão, sua gravidade e as circunstâncias em que foi praticada;
- II - os danos dela decorrentes para o serviço público;
- III - a repercussão do fato;
- IV - os antecedentes do funcionário;
- V - a reincidência.

Parágrafo único. É causa agravante da falta disciplinar o haver sido praticada em concurso com dois ou mais funcionários.
(...)

Art. 46. A pena de repreensão será sempre aplicada por escrito nos casos em que, a critério da Administração, a transgressão seja considerada de natureza leve, e deverá constar do assentamento individual do funcionário.

Parágrafo único. Serão punidas com a pena de repreensão as transgressões disciplinares previstas nos itens V, XVII, XIX, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XLIX e LIV do artigo 43 desta Lei.

Art. 47. A pena de suspensão, que não excederá de noventa dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, são de natureza grave as transgressões disciplinares previstas nos itens I, II, III, VI, VII, VIII, X, XVIII, XX, XXI, XXVI, XXVII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLII, XLVI, XLVII, LVI, LVII, LIX, LX e LXIII do art. 43 desta Lei.

Art. 48. A pena de demissão, além dos casos previstos na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, será também aplicada quando se caracterizar:

I - crimes contra os costumes e contra o patrimônio, que, por sua natureza e configuração, sejam considerados como infamantes, de modo a incompatibilizar o servidor para o exercício da função policial.

II - transgressão dos itens IV, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, XL, XLIII, XLIV, XLV, XLVII, L, LI, LII, LIII, LV, LVIII, LXI e LXII do art. 43 desta Lei.

§ 1º Poderá ser, ainda, aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares.

§ 2º A aplicação de penalidades pelas transgressões disciplinares constantes desta Lei não exime o funcionário da obrigação de indenizar a União pelos prejuízos causados.
(grifos não constantes do texto original)

10. Infere-se do rol de dispositivos em comento que o Legislador conferiu ao Administrador, autoridade responsável para imposição de determinada penalidade, observados parâmetros explícitos de enquadramento da conduta à sanção correspondente. Assim, a norma legal que veicula o regime geral dos servidores públicos civis elencou as condutas passíveis de penalidade de advertência, desde que, *"não justifique imposição de penalidade mais grave"*. Estabeleceu ainda a norma geral, categoricamente, as hipóteses sujeitas à penalidade de suspensão desde que não ensejassem pena de demissão. Há que se salientar que a distinção nas penalidades de advertência e suspensão repercute, inclusive, na condução do procedimento administrativo pertinente à apuração da infração administrativa, sendo para os casos de advertência sindicância, e para suspensão por mais

de 30 (trinta) dias e de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, a instauração de processo administrativo³ disciplinar.

11. Insta ainda salientar que a imposição inadequada de sanção viabiliza a revisão do processo disciplinar, garantindo-se a impossibilidade de agravamento da penalidade então aplicada, especialmente, em função de que o manejo desta modalidade de recurso no âmbito administrativo competirá ao servidor apenado.

12. Por outro ângulo de análise, insta asseverar sob a perspectiva histórica que a previsão de sancionamento inserta na Lei n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965, coaduna-se com a antiga previsão da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, a qual dispunha sobre o estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Neste aspecto, propõe-se o seguinte quadro comparativo, estritamente com fito elucidativo acerca da previsão legal em tela, ainda que escape às atribuições da Advogada da União que ora se manifesta propor o enquadramento da conduta perpetrada no caso concreto:

Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952	Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965
<p>Art. 195. Ao funcionário é proibido:</p> <p>VI – participar da gerência ou administração de empresa industrial ou comercial, salvo quando se tratar de cargo público de magistério... (VETADO)...</p> <p>VII – exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário;</p> <p>Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:</p> <p>(...)</p> <p>X – transgresso de qualquer dos itens IV a XI do art. 195.</p>	<p>Art. 43. São transgressões disciplinares:</p> <p>(...)</p> <p>XIII - participar da gerência ou administração de empresa, qualquer que seja a sua natureza;</p> <p>XIV - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, salvo como acionista, cotista ou comanditário;</p> <p>Art. 48. A pena de demissão, além dos casos previstos na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, será também aplicada quando se caracterizar:</p> <p>(...)</p> <p>II - transgressão dos itens IV, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, XL, XLIII, XLIV, XLV, XLVIII, L, LI, LII, LIII, LV, LVIII, LXI e LXII do art. 43 desta Lei.</p>

13. Revela-se possível inferir que o advento de norma legal superveniente que revogou expressamente Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, apesar de alterar a sistemática de penalidades, manteve a vigência da Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965, considerada norma especial e, com isso, mantidos os parâmetros diferenciados de sancionamento. Mas, debruçando-se com maior profundidade sobre a temática em apreço há que se salientarem os valores que embasam a previsão de determinadas regras de conduta.

14. Neste sentido, há que se cogitar que o regime jurídico ao qual se encontra atrelado o servidor público federal deve nortear a ponderação⁴ sobre os parâmetros

³ Dispõe a norma de regência que: "Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido".

⁴ Luis Roberto Barroso ensina acerca da ponderação de interesses que: "*A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade*". BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 01 out. 2008.

A



normativos estabelecidos pelo legislador n que concerne ao exercido o poder disciplinar. Não se propõe a prevalência *a priori* do interesse público inserto no poder-dever disciplinar pela Administração Pública frente aos direitos individuais ostentados pelo servidor público. Na verdade, o poder sancionatório em comento não deve se afastar das garantias individuais, a exemplo da ampla defesa e o contraditório, como também não deverá relegar ao segundo plano a necessidade de colir e punir as condutas que lesam o patrimônio ou à boa condução das tarefas administrativas, as quais refletem inexoravelmente sobre a eficiência das prestações estatais devidas no Estado de Bem-Estar Social.

15. Na esteira deste entendimento, alinhavando a base hermenêutica em que se funda a presente análise, mencione-se a perspectiva interpretativa que reforça a constitucionalização do Direito Administrativo nas palavras de Alexandre de Moraes:

"A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados ao combate à corrupção". (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 20)

16. E retratando especificamente a atividade de interpretação aduz o susomencionado autor que:

"O objeto da interpretação jurídica é o texto legal; assim, interpretar é o meio pelo qual o intérprete compreende o sentido do texto, para que seja possível a solução do problema apresentado.

A interpretação jurídica, portanto, constitui a atividade prática de descobrimento do conteúdo, do significado e do alcance de determinada norma, dentro do contexto para decidir um caso concreto. Como salientado por Luis Roberto Barroso, a aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato".

(MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 54)

17. Ainda com relação ao processo interpretativo, cite-se a lúcida lição do Ministro Eros Roberto Grau do Supremo Tribunal Federal:

"O intérprete procede a interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso". (...)

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas". (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso obre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26/27)⁵

⁵ Retratando a atividades hermenêutica, importa colacionar a opinião de Gustav Radbruch: "O intérprete pode entender uma lei melhor do que entenderam seus criadores; a lei pode ser muito mais inteligente do que seus criadores- ela tem de ser mais inteligente que seus criadores. Os pensamentos dos autores de leis têm indubitavelmente lacunas, não podem se esquivar das obscuridades e contradições; contudo, o intérprete deve pode deduzir da lei uma decisão clara e não-contraditória para todo caso concreto, porque assim ordenado o código civil d com ele, tacitamente, todo e qualquer outro código: um juiz que se nega a dar uma sentença com o pretexto de que a lei não prevê o caso, de que é obscura ou insuficiente, pode ser acusado de denegação da justiça". Assim, a interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo, até seu extremo. Ela parte da interpretação filológica da lei para, a seguir, excedê-la tal qual um navio que ao sair do porto é guiado por alguém que conhece a rota previamente marcada, para em mar aberto, sob as ordens do capitão, seguir o seu próprio curso. Conduz, por meio de transições imperceptíveis, de interpretações do espírito legislador a regras que o próprio intérprete apresentaria na qualidade de legislador", como aponta o famoso parágrafo introdutório do Código Civil da Suíça. É

18. Neste contexto, em apego ao princípio da estrita legalidade, não poderia a Administração Pública, destituída de autorização legal, afastar-se da aplicabilidade de norma especial frente ao dispositivo normativo de caráter geral e, nestes termos, distanciar-se de critérios expressamente estabelecidos pelo legislador para determinada parcela do funcionalismo atuante nas polícias civis da União e do Distrito Federal.

19. Por oportuno, detendo-se sobre as considerações apostas no item 84 da peça exordial, comente-se do receio manifestado com relação ao distanciamento dos critérios objetivamente apontados pela norma legal para fins de sanção, o que conduz ao entendimento mais acertado de que não poderia restar norma especial (Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965) afastada por norma geral (Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990).

IV- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

20. Primordialmente, recorrendo-se às breves linhas salientadas na peça exordial acerca do giro hermenêutico que consagrou o Texto Constitucional como fonte essencial do sistema jurídico⁶, o qual impõe ao intérprete a centralização das normas constitucionais como ângulo de análise das normas infra-constitucionais, bem como sendo vislumbrada a importância da teorização acerca da força vinculante dos princípios, cumpre asseverar a adequada perspectiva sobre a qual deverá o princípio da legalidade analisado. Não se pretende recorrer estritamente à argumentação de inspiração positivista no sentido de que, por força da previsão legal constante da Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990, inexistiria aplicabilidade ao princípio da proporcionalidade quanto à dosimetria da pena. Almeja-se evidenciar que os parâmetros legitimamente impostos pelo legislador constituem, em essência, a própria garantia dos destinatários da norma quanto à aplicação objetiva. Até porque, não se pode pretender que o princípio da proporcionalidade relativize os comandos legais, especialmente em hipóteses que pelo exercício do poder-dever de punir haverá por parte do Estado forte intervenção da esfera individual do servidor público que, após as devidas garantias constitucionais, reste responsabilizado administrativamente.

21. O princípio da legalidade, entre outras nuances, revela a própria concepção do Estado Democrático de Direito, na perspectiva de limitação do poder estatal, como na perspectiva pós-positivista de resguardo de direitos fundamentais pertinentes ao servidor público como referentes, não há como se afastar dos parâmetros legais. Nesta linha de raciocínio, os ilustres administrativistas dedicaram ponderações a serem elencadas a seguir:

uma mescla indissolúvel de elementos teóricos e práticos, discerníveis e criativos, produtivos e reprodutivos, científicos e supracientíficos, subjetivos e objetivos. Na medida em que a interpretação é prática, criativa e supracientífica toma-se cada vez mais determinada pelas necessidades jurídicas em mutação. A vontade do legislador, cuja determinação é o seu fim e o seu resultado, não é, por isso, fixada pela interpretação com um conteúdo determinado definitivo para todos os tempos, mas permanece sempre apta a responder com novas acepções às novas necessidades e problemas jurídicos suscitados pelas transformações das épocas; não se deve pensar, pois, como o processo volitivo único que suscitou a lei, porém como a vontade duradoura e mutável que sustenta a lei". (RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 164).

⁶ Interessá ainda salientar a opinião de Paulo Bonavides acerca da revolução copernicana no âmbito jurídico que coloca no centro gravitacional a constituição: "Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, p. 398)



21.1. Hely Lopes Meirelles acerca do princípio em comento sublinha que:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito.

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82) (grifos não constantes do original)

21.2. Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello, esmiuçando o conteúdo do referido princípio assevera que:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direitos Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 100)

21.3. Por importante, o constitucionalista José Afonso da Silva destaca que:

"O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (...)

"Mas o princípio da legalidade vincula-se a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes".

(AFONSO da Silva, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27 ed. São Paulo: Malheiros. p. 420/421) (grifos não constantes do original)

21. Interessa salientar ainda outra vertente da perspectiva sobre o princípio em tela que o destaca como arcabouço de proteção do indivíduo⁷.

21.1. Neste aspecto, Celso Antonio Bandeira de Melo destaca que:

Eduardo Garcia de Enterría, em trecho já dantes citado, bem o enuncia, dizendo: "La legalidad de La Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es

⁷ Relativamente ao sentido liberal deste preceito o citado autor leciona que: "*Com efeito, o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, à toda evidência, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia*". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direitos Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 64)

también, antes que eso, *una técnica de garantizar la libertad*. Toda acción administrativa que fuerze un ciudadano a soportar lo que la ley no permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto”.

O princípio da legalidade – como é claro a todas as luzes – não se impôs nem se propõe a ser um mero instrumento de organização burocrática do aparelho administrativo do Estado para delinear os contornos de suas unidades internas e desenhar seus correlatos meios de atuação. O que deveras se pretendeu e se pretende com tal princípio, como é óbvio, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social *uma proteção e uma garantia*. Quis-se outorgar-lhes a certeza de que ato administrativo algum poderia impor *limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos* sem que tais cercelos ou gravames estivessem previamente autorizados em lei, e que ato administrativo algum poderia *subtrair ou minimizar vantagens e benefícios* que da lei resultariam para os cidadãos se este fosse observada.

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direitos Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 937/938)

21.2. Luciano Feldens, ainda que retratando sob a perspectiva do direito do penal, em obra acerca do princípio da proporcionalidade, retrata a legitimação constitucionalmente conferida ao legislador infraconstitucional quanto ao sancionamento de determinadas condutas em prol do resguardo de determinados bens jurídicos:

Nada obstante assim seja, parece claro que o princípio constitucional da legalidade nada significaria – e, portanto, nada garantiria – se o legislador penal ordinário pudesse fixar, com ilimitada liberdade, o alcance dos conceitos de crime e de sanção penal. Como anota Vives Antón, o legislador, restringindo ou ampliando tais conceitos, poderia facilmente burlar o imperativo constitucional e destruir toda a idéia de segurança jurídica dele decorrente. Imaginemos, nesse sentido, que o legislador determinasse que “é crime toda a conduta anti-social”, ou que “a privação da vida por disposição governamental não é pena”. Em situação que tais restaria completamente aniquilada a garantia constitucional, já tendo a História nos demonstrando as gravíssimas conseqüências daí resultantes. (p. 40)

(...)

Deveras, se a essência da infração ao Direito aparece, desde um ponto de vista constitucional, caracterizado como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades) – e, por essa razão mesma, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico –, a noção de bem jurídico cobra, desta forma, a importância que lhe corresponde, aparecendo como um limite frente ao legislador; mas como um limite derivado não de simples exigência doutrinárias (dogmático-penais), senão que precisamente da Constituição. (FELDENS, LUCIANO. A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 46)

22. Infere-se dos posicionamentos supramencionados que o legislador ao prever as modalidades sancionatórias para determinadas condutas colimou evidenciar o norteamento a ser seguido pelo administrador ao aplicar a penalidade cabível, fundamentalmente, pelo interesse público pertinente e pela eficiência na gestão pública. Neste aspecto, a Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965, ao dispor sobre sanções dotadas de maior severidade em relação ao regime jurídico os servidores públicos federais expressou as balizas de condutas almejadas pelos integrantes das carreiras de policial federal e, com isso, arrefeceu as modalidades sancionatórias. Conseqüentemente, a observância a determinados deveres⁸ revela-se inerente à condução do trato com a coisa pública pela parcela do funcionalismo regida pela Lei n. 4.878, 3 de dezembro de 1965.

⁸ Na esteira desta perspectiva, Luciano Feldens assevera que: “Outrossim, explica-se eventual não-explicação a respeito dos deveres fundamentais pelo fato de que as normas constitucionais relativas aos deveres “mais do que visarem os comportamentos dos particulares, constituem a legitimação para a intervenção dos poderes públicos em determinadas relações sociais ou em certos âmbitos da autonomia pessoal dos cidadãos”. Em que pese esse hiato normativo, há reconhecermos que a



23. Com base na doutrina ora explicitada, revela-se possível inferir a estrita observância da legalidade na aplicação da penalidade ao servidor público almeja, inclusive, o respeito à objetividade nos parâmetros quanto à conduta hipoteticamente prevista, cabendo ao administrador, sopesando *"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"*, minorar ou majorar o grau punitivo da sanção, desde que, observadas as balizas fixadas pelo legislador.

24. Em essência, o legislador ao prever as nuances da conduta infracional limitou o espectro de discricionariedade do administrador à ponderação das atenuantes e agravantes, até mesmo, para o resguardo de julgamento justo e razoável conferido ao servidor público. Porém, em sendo categoricamente elencadas as condutas que ensejam, por exemplo, a pena capital de demissão não se afiguraria adequada a flexibilização do critério legal pô malferir a legalidade e subverter a objetividade e a impessoalidade com as quais deve se pautar a Administração Pública.

25. Há que se ter em mente que o legislador ao elaborar os parâmetros concernentes à penalidade em ambas as normas citadas, a partir do juízo de proporcionalidade⁹ estabeleceu arcabouço normativo que guarda consonância com a tutela o interesse público concernente à proteção do patrimônio estatal e da boa administração, até mesmo, para que seja adequada e eficientemente prestado o rol de prestações estatais que, em última análise, resguardarão os diversos prismas da dignidade humana. Neste contexto, o respeito ao princípio da legalidade que ora se propõe reflete, em suma, a segurança jurídica e a objetividade na condução dos atos administrativos e adequadamente se afasta de medidas de favorecimento indevido.

V- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

26. *In casu*, não se pretende examinar exaustivamente os posicionamentos doutrinários pertinentes ao princípio em apreço, apenas, colima-se apresentar breve inrôito para subsidiar decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, relativamente a apreciação de demandas judiciais que pretendam abrandar o sancionamento administrativo a servidores públicos com fulcro no princípio em tela.

desconsideração constitucional em causa "não impediu - como não poderia deixar de ser, dada a natureza das coisas - a previsão expressa ou implícita, ao longo do texto constitucional, de diversos e (de algum modo mesmo) numerosos deveres (fundamentais)". (p. 204) (...) Aliando liberdade e responsabilidade, o entendimento adequado dos deveres fundamentais posta-se a rejeitar, em caráter simultâneo, "os extremismos de um liberalismo que só conhece direitos e esquece a responsabilidade comunitária dos indivíduos e de um comunitarismo que dissolve a liberdade individual numa teia de deveres". Não se trata, ademais, de conflitar ou contrapor deveres e direitos fundamentais, os quais podem, ou não, guardar uma relação associação. O que resta inequívoco, entretanto, é que o princípio da liberdade nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica ou absoluta dessa liberdade, mas a uma liberdade acompanhada da correspondente responsabilidade social ou comunitária". (FELDENS, LUCIANO, A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p 205)

⁹ Neste aspecto, mencione-se o entendimento de Paulo Bonavides: "O espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política. Schneider propôs para tanto a consagração da tese segundo a qual, durante a formulação de uma lei, a escolha do meio com que se busca chegar a um fim há de ser fundamentalmente tarefa do legislador. De conformidade com a crítica de Forsthooff, a adoção do princípio na ordem constitucional significava um considerável estreitamento da liberdade do legislador para formular leis e exercer assim um poder que lhe é peculiar na organização do Estado". (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008 Pág.421)

27. Aduzindo o princípio em apreço almeja a unidade consiliente sopesando aspectos fáticos referentes ao Procedimento n. 08455.011913/07-08 alterar a modalidade sancionatória prevista em lei específica (afiançada como demissão), alegando que a pena abstratamente cominada seria excessiva e que modalidade infracional, nos termos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, seria passível apenas de pena de suspensão. Conforme destaque em linhas anteriores, não se revela possível afastar-se da aplicação ao caso concreto norma especial frente às disposições de norma especial.

28. Por importante, realçando o princípio da proporcionalidade¹⁰, cumpre explicitar alguns posicionamento pertinentes:

28.1. Por importante, cumpre salientar o entendimento de Paulo Bonavides:

"Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

(...)

O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio,

¹⁰ Alexandre Araújo Costa, resumidamente, apresenta as seguintes ponderações acerca da terminologia adotada pelo Supremo Tribunal Federal: " 2. Evitemos, desde logo, problemas com relação à terminologia. *Princípio da proporcionalidade* é uma expressão de origem alemã que, no direito germânico, designa um instituto jurídico consolidado e de características definidas, o qual será analisado no Capítulo III. Na Alemanha, esse mesmo instituto também é chamado de *princípio da proibição do excesso*. *Princípio da razoabilidade* é o nome com o qual os argentinos se apropriaram do *due process of law* [devido processo legal] norte-americano e que, desde então, ganhou alguma projeção nos países de língua hispânica. Embora já se tenha afirmado que o princípio da razoabilidade tem origem nos Estados Unidos, trata-se de um conceito que não é usado pelos juristas norte-americanos ou em outros países do *common law*, onde a razoabilidade é apenas um *standard* do devido processo legal. No STF já houve algumas referências aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a um princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, tratando-os em conjunto, sem reduzir um conceito ao outro. No entanto, não houve qualquer tentativa jurisprudencial no sentido de diferenciar esses dois conceitos, o que indica que se trata mais de uma identificação da própria jurisprudência que de uma referência a dois institutos considerados distintos. Alguns autores propõem que diferencemos os conceitos, principalmente em respeito às suas origens diversas (germânicas e norte-americana) [Barros, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 70. Willis Santiago Guerra Filho manifestou a mesma opinião em sua participação em banca de defesa de dissertação de mestrado em Direito realizada na Universidade de Brasília em janeiro de 1999]. No entanto, como a jurisprudência do STF não faz diferença entre os dois conceitos, admitiremos que esses termos são intercambiáveis – ao menos até que um deles se imponha como dominante ou que se estratifique uma diferenciação jurisprudencial. Quanto a nós, manifestamos nossa preferência pelo termo *princípio da razoabilidade* porque a expressão *princípio da proporcionalidade* tem um significado muito específico na dogmática jurídica alemã, o qual não é necessariamente o mesmo que ele adquiriu (ou adquire) no direito nacional. Já o *princípio da razoabilidade* não tem um sentido dogmático específico, o que deixa o STF mais livre para desenvolver o seu significado e cria menos preconceitos sobre qual *deveria* ser o entendimento do Supremo. Em sentido contrário, a própria admissão do termo *princípio da proporcionalidade* tende a levar-nos à conclusão de que os três subprincípios da doutrina alemã devem estar presentes na jurisprudência da STF. Desta forma, embora consideremos sinônimos as expressões, daremos preferência ao termo *princípio da razoabilidade*". (COSTA, Alexandre Araújo. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF. Brasília: Theasaurus, 2008, p.15). Por sua vez, Gustavo Ferreira dos Santos em obra específica, refoge à regra da jurisprudência do STF, na medida em que: "Na maioria dos julgados estudados, o princípio da proporcionalidade é tomado como uma norma jurídica e não como um princípio de interpretação, não havendo a preocupação de encontrar um direito fundamental ou um interesse constitucionalmente protegido e que esteja atacado para justificar o juízo de inconstitucionalidade. O princípio aqui em estudo é apontado como norma constitucional violada. Mas há, em alguns poucos casos, referências à proporcionalidade como um critério ou uma idéia, o que se aproxima muito mais da noção que aqui esposamos de que se trata não de uma norma jurídica, mas de um princípio de interpretação". (Santos, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 182).



confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (elne Übermasskontrolle). (p. 393)

(...)

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais, e aí que ele ganha extrema importância e aufere um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade. (p. 395)

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência. Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma convertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes. (p. 399)

(...)

No segundo Estado de Direito o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha. De conseguinte, o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado. Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz de direitos fundamentais. Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito. Robert Alexy, um clássico da teoria dos direitos fundamentais, o qual ressalta a conexão existente entre a teoria dos princípios e a regra de proporcionalidade.

(BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros. p. 401)

28.2. Por sua vez, Suzana de TOLEDO Barros ainda no prefácio da obra "*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*", destaca como finalidade precípua do princípio da proporcionalidade que¹¹:

"A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas como princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) (Pieroth e Schlink, Staatsrecht II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 70), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geelgnetheit) e a necessidade de sua utilização (notwendigkeit oder erforderlichkeit) (Pieroth e Schlink, Staatsrecht II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 72). (p. 15)

(...)

¹¹ Em outras palavras Luciano Feldens assevera que: "*De fato, não há negarmos uma relação de vinculação, de índole material (substancial), a prender a produção legislativa ordinária à Constituição, presente a dupla dimensão de legitimidade das normas: a vigência, que respeita à forma dos atos normativos e que depende de sua correspondência com as normas formais sobre a sua formação, e a validade, que se refere ao seu conteúdo e que depende de sua coerência com as normas substanciais, sejam regras, sejam princípios, envolvidas à sua produção, providência intelectual essa que resulta da assunção dos postulados do – que modernamente se tem designado – neoconstitucionalismo.*" (FELDENS, LUCIANO. A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 35)

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como demonstrar-se-á, requer do legislador uma tarefa de *concordância prática* entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse delicado procedimento, o *princípio da proporcionalidade* funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título¹². (p. 30) (TOLEDO Barros, Suzana de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003)

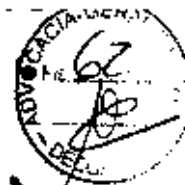
28.3. Gustavo Ferreira dos Santos descrevendo o princípio em apreço, especificamente sob enfoque do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

“permite realizar uma proporcional distribuição dos ônus de vida em sociedade, à medida em que proíbe ao estado sacrificar direitos fundamentais, sob a justificativa de proteger direitos e interesses que, na prática, apresentam menor relevância. Assim, tendo em vista considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses que, na prática, apresentam menor relevância. Assim, tendo em vista as considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses em tensão passarão por uma operação de sopesamento”. (p. 114)

(...)

(...): Apesar da dificuldade em utilizar o conceito de discricionariedade quando se fala de atividade legislativa, é possível entrever, no exercício dessa função, momentos em que o legislador age de forma muito aproximada ao modo de agir do administrador quando utiliza o poder discricionário. A constituição, em algumas oportunidades, define, além da competência para a elaboração de leis, as finalidades que devem ser buscadas pelo legislador. Não se pode negar que, mesmo quando a norma constitucional atribuidora da competência já escolhe fins a serem atingidos pelo legislador, a atividade legislativa é mais livre do que a atividade administrativa. Por outro lado, a existência dos fins definidos na norma constitucional, permite o reconhecimento de uma discricionariedade legislativa e, portanto, do controle de constitucionalidade do ato legislativo por “desvio de poder”. Segundo Pedro Stevam Serrano, referindo-se à norma constitucional, “onde puder-mos verificar o ‘fazer algo’ vinculado positivamente a um ‘para que’, teremos discricionariedade” (p. 137)

¹² A referida autora, aduzindo aspectos históricos do princípio em comento, destaca que: “LOPEZ GONZALEZ observa que a partir dos anos setenta a jurisprudência francesa, em se tratando de medidas limitativas de direito, consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto frente aos interesses enfrentados, usando, porém, a técnica da “ponderação do custo-benefício” (*Bilan Coût-Avantages*), cujo procedimento, para o autor citado, é uma manifestação concreta do princípio da proporcionalidade. Eis as suas palavras: *La técnica del control de proporcionalidad articulada sobre la tesis del balance costes-beneficios es especialmente provechosa para censurar decisiones arbitrarias, faltas de razonabilidad o mal estudiadas, que en consecuencia comportan un coste financiero o social anormalmente elevado y desprovisto de justificación*, (p. 44). E com relação à tradição alemã assevera a autora que: “Mas a doutrina francesa do controle dos atos administrativos foi agasalhada pelos países vizinhos. Na Alemanha, notadamente, o princípio da proporcionalidade ganhou terreno para desenvolver-se no âmbito do direito administrativo, especialmente via direito de polícia. Com efeito, o importante jurista tedesco FRITZ FLEINER já assinalava, em 1930, que “(...) a polícia é um setor determinado da atividade da Administração pública, a saber, a atividade da autoridade no terreno da Administração interior, que impõe coativamente, à liberdade natural da pessoa e à propriedade do cidadão, as restrições necessárias para a manutenção do Direito, da segurança e da ordem pública”, esclarecendo, ademais, que o exercício do poder de polícia deve submeter-se a limites determinados dimanantes de sua própria essência, perseguindo fins legítimos e adotando as medidas necessárias para a conservação dos direitos, de tal maneira que a “limitação da liberdade individual não deva exceder jamais a medida absolutamente necessária”, porquanto “o remédio mais enérgico há de ser sempre a última ratio”, e, ainda, que “a intervenção administrativa deve ser proporcionada às circunstâncias”. Com este discurso, o autor concluiu com a célebre frase de JELLINEK, síntese da exigência de proporcionalidade: “não se abatem pardais disparando canhões”. (TOLEDO Barros, Suzana de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3 ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003 p. 46)



(...) Em alguns casos, não se caracterizará o desvio de poder, apesar de se possível notar-se a irrazoabilidade ou a desproporcionalidade da medida. Isso ocorrerá quando o legislador, perseguindo o fim definido pelo Constituinte na regra de competência, tomar medida de eficácia duvidosa ou que prejudique direito cuja proteção se afigure, no caso concreto, mais importante do que o direito que a medida legislativa visa proteger. (Santos, Gustavo Ferrelra. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 138)

28.4. Detendo-se sobre as considerações doutrinárias pertinentes ao princípio em comento na seara disciplinar, José Armando da Costa leciona que:

O princípio da proporcionalidade radica o seu conteúdo na noção segundo a qual deve a sanção disciplinar guardar adequação à falta cometida. Tal princípio, mesmo que não esteja literalmente previsto no nosso ordenamento jurídico, encontra-se nele integrado por força de compreensão lógica. Além do que, destaca-se que o princípio da finalidade, sinalizando no sentido de que não pode a Administração impor medida punitiva mais severa da que seja necessária para atingir o seu finalismo, não deixa de salpicar ponderáveis efeitos na quadra jurídica indicativa da imprescindibilidade da dosimetria da pena.

(...)

Acentua-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade não somente oriente o administrador público – no exercício de sua potestade discricionária – a dosar a punição disciplinar, como também preordena-se a servir de guia na elaboração de normas de segundo grau, infraconstitucionais.

Questão por demais relevante pertine ao fato de saber se, à vista do não-acatamento ao princípio da proporcionalidade, é permitido ao Poder Judiciário dosar a pena disciplinar, aumentando ou diminuindo a punição que foi imposta no caso em concreto. Entendemos que, fazendo tais alterações dosimétricas, estará o Judiciário, obviamente, incursionando no campo do mérito disciplinar, que é reservado constitucionalmente ao Poder Executivo. Tal labor judicante constitui, sem dúvida, intromissão judicial indevida, posto que ao Judiciário compete, no exercício do controle externo, verificar se a pena imposta é legal ou ilegal, devendo, em consequência, ser anulada ou confirmada. Tendo sido imposta de modo proporcional, será a pena considerada como legal, devendo a deduzida pretensão desconstitutiva da sanção ser rejeitada; já na hipótese reserva, será a reprimenda disciplinar definida como legal, e, conseqüentemente, poderá a sua invalidez ser decretada pelo Poder Judiciário. (COSTA, José Armando da. Teoria e prática do processo administrativo disciplinar. 5 ed. Ed. Brasília Jurídica, 2005. p. 66/ 67)

29. Há que se salientar que o legislador sopesando os interesses públicos de resguardo patrimonial e atinente à boa conduta dos servidores públicos, o que fora expresso nas proibições veiculadas no artigo 117 da Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990, em conjunto com o plexo de direitos e garantias atinentes ao servidor público, estabeleceu as bases para o sancionamento disciplinar. Neste aspecto, não outra conclusão quanto à prevalência no regime jurídico estatutário da proteção do interesse público expresso pela possibilidade de exercício do poder-dever disciplinador, sem que sejam desrespeitados as garantias fundamentais dos servidores públicos.

30. Cumpre asseverar que a aplicação do princípio da proporcionalidade refere-se à dosimetria da sanção e não se destina a minorar os parâmetros legalmente estabelecidos. Logo, não se poderia alterar a capitulação da conduta apurada a partir da aplicabilidade de lei geral a fim de afastar penalidade abstratamente cominada e mais severa prevista em norma especial. Afinal, na sistemática democrática, competiu ao legislador eleger a partir de critérios de razoabilidade e da proporcionalidade os valores mais importantes à Administração e que, portanto, receberiam punições mais severas.

31. Argumente-se, em breves linhas, que a caracterização da insignificância em relação à infração disciplinar merece ressalvas, na medida em que a Administração

Pública encontra-se atrelada ao dever de apuração de irregularidades e à imposição da sanção cabível, sob pena de malferimento do princípio da legalidade. Adverte-se para o cotejo isolado do princípio da insignificância que, na seara penal, visa afastar a privação de liberdade do indivíduo face a superficial mácula de determinado bem jurídico tutelado pela norma penal. Na verdade, no âmbito administrativo, a penalidade disciplinar atinge o liame existente entre o servidor público e a Administração sem que esteja envolvido o status da liberdade e considerando a opção legislativa da pena capital para determinadas condutas como forma de reprovação, revelar-se-ia incoerente afastar a penalidade capital de demissão por suposta ausência da gravidade do fato.

VI – JURISPRUDÊNCIA DO SUEPRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

32. Colacionem-se os entendimentos jurisprudenciais que reafirmam os limites da legalidade para fins de imposição pena, mesmo que sopesados os critérios de proporcionalidade por ocasião da aferição do *quantum* a ser aplicado a título de sanção.

32.1. Especificamente em matéria disciplinar:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO INSS. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. AGRAVAMENTO DA PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 168 DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE. SEGURANÇA DENEGADA.

I - A Lei 8.112/90, em seu artigo 168, autoriza a autoridade competente para a aplicação da sanção dissentir do relatório apresentado pela comissão processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Na hipótese dos autos, na majoração da pena sugerida, a Consultoria Jurídica do Ministério levou em conta todo o acervo probatório produzido no compêndio administrativo, sendo certo que a menção à sentença penal denotou mera ratificação dos fatos apurados na órbita administrativa.

II - O juízo de valor do magistrado, ao analisar mandados de segurança envolvendo alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve levar em conta o princípio da legalidade, ou seja, eventual malferimento à proporcionalidade deve estar jungido à quebra do regramento legal aplicável ao caso vertente. Afinal, não se pode esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente - o Administrador Público - sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo.

III - O fato do Direito Administrativo também integrar o chamado "Direito Público", não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro, especialmente quando o aspecto dosimétrico da pena é argüido na via estreita do mandado de segurança, cuja aferição se apresenta mais dificultosa ainda.

IV - Ordem denegada.

MS 7966 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0127618-0; Relator(a): Ministro PAULO GALLOTTI; Relator(a) p/ Acórdão: Ministro GILSON DIPP- TERCEIRA SEÇÃO; Data do julgamento: 08/10/2003;

32.2. Por pertinência à matéria analisada nos autos, cite-se a ponderação ao princípio em comento em julgado referente à sanção advinda por ato de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONCESSÃO FRAUDULENTA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 12 DA LEI 8.429/92. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE TAMBÉM ABRANGE O AGENTE DETENTOR DE CARGO PÚBLICO, EMPREGO PÚBLICO OU MANDATO ELETIVO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS. PRESCINDIBILIDADE.



1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

2. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

3. A sanção relativa à perda de função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 tem sentido lato, que abrange também a perda de cargo público, se for o caso, já que é aplicável a "qualquer agente público, servidor ou não" (art. 1º), reputando-se como tal (...)

todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior" (art. 2º).

4. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, de acordo com os princípios do direito penal.
Precedentes.

5. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos em parte.

Voto do Relator: (...) 14. O Ministério público questiona, por fim, a obrigatoriedade ou não da aplicação cumulativa das penas previstas no art. 12, II, da Lei 8.429/92. Frise-se, de início, que as Instâncias ordinárias admitiram expressamente que a conduta da demandada configurou ato de improbidade administrativa (art. 10, I e XII). Quanto ao tema, proferi voto nos autos do REsp 507.574/MG (1º T., DJ de 20.02.2006), nos seguintes termos: (...) Também para Fábio Medina Osório os princípios do direito penal têm aplicação na fixação, *in concreto*, das sanções por improbidade administrativa. Referindo-se especificamente à hipótese de pluralidade de condutas ímprobas, anota o seguinte: "Parece-me que o melhor caminho, aqui, é o tratamento diferenciado do concurso de ilícitos, importando-se, nesse passo, as lições do direito penal, até porque, no campo sancionatório, semelhante procedimento não prejudicaria os autores da improbidade, mostrando-se tal solução plausível e respaldada no ordenamento jurídico. Necessário destacar que no curso de um único mandato eletivo, por exemplo, pode o agente político cometer uma série de infrações que resultem no ajuizamento de diversas ações civis públicas, com absoluta independência, (...) Se os fatos ocorrerem em concurso formal, somam-se as sanções correspondentes a cada fato. Se ocorre concurso formal, aplica-se a sanção mais grave, graduando-se o quantum sancionatório em patamar mais elevado dentro dos limites legais. Se acontece continuação de infrações, o que se poderia perceber pela semelhança de condições de tempo, local, circunstâncias *lato sensu* e modo de execução, seria o caso, também aqui, da exacerbação do patamar sancionatório, respeitados os limites legais." (*Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 248) Destaca ainda ser a "graduação das consequências jurídicas decorrentes dos atos de improbidade (...) tarefa judicial, (...) atendo-se o intérprete aos critérios legais na fixação do quantum da resposta estatal ao ato" (op. cit., p. 251). Tais critérios, indicados pelo autor, aproximam-se daqueles utilizados na esfera penal: "(...) não apenas a extensão do dano e o proveito patrimonial devem ser considerados — na fixação e eleição das sanções — à luz, inclusive, da proporcionalidade, mas outros fatores inominados, *v. g.*, grau de consciência da ilicitude, condições sócio-culturais do agente, circunstâncias do evento, consequências *lato sensu*, incluindo-se nesta a exemplaridade negativa, antecedentes do agente, e censurabilidade do seu comportamento no meio comunitário, entre outras." (*Idem, ibidem*).

(...) No mesmo sentido, os seguintes julgados: REsp 713.537/GO, 1º T., Min. Luiz Fux, DJ de 22.11.2007; REsp 626.204/RS, 1º T., Min. Denise Arruda, DJ de 06.09.2007; REsp 713.146/PR, 2º T., Min. Eliana Calmon, DJ de 22.03.2007; REsp 631.301/RS, 1º T., Min. Luiz Fux, DJ de 25.09.2006; REsp 825.673/MG, 1º T., Min. Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006; REsp 664.856/PR, 1º T., Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2006; REsp 513.576/MG, 1º T., Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.03.2006. Descabida, portanto, a pretensão de aplicação "em bloco" das penas previstas no art. 12, II, da Lei 8.429/92, razão pela qual não merece provimento o recurso especial no particular. 5. Diante do exposto, conheço parcialmente de ambos os recursos especiais e, nessa parte, dou-lhes parcial provimento apenas para restabelecer a sentença quanto à condenação da parte ré à perda do cargo público. É o voto.

(REsp 926772/MA; RECURSO ESPECIAL 2007/0021742-2; Relator(a): Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI- PRIMEIRA TURMA; Data do julgamento: 28/04/2009; Data da Publicação/Fonte: Dje 11/05/2009) (grifos não constantes do original)

33. Destaque-se que em algumas oportunidades de apreciação, o Superior Tribunal de Justiça sustentou a tese da desproporcionalidade na aplicação da penalidade administrativa, estritamente por carecer o procedimento investigatório de elementos probatórios suficientes para evidenciar a autoria e a materialidade da infração administrativa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. DEMISSÃO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO ROUBADO. CRIME DE RECEPÇÃO E UTILIZAÇÃO DOLOSA DO VEÍCULO NÃO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes.

2. O indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório, não enseja cerceamento de defesa.

3. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei;

necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).

4. Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão ao recorrente, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo com mais de dezesseis anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter sido flagrado dirigindo veículo anteriormente roubado, sem que restasse comprovada no processo administrativo disciplinar a que foi submetido a prática do crime de recepção de que foi acusado ou o dolo na utilização do veículo.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração do recorrente ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso.

Voto do Relator: (...) Assim, em que pese não ter sido provada no processo administrativo a recepção de que o recorrente foi acusado ou o dolo na utilização de veículo roubado, lhe foi aplicada a pena de demissão ao fundamento de que, como Delegado de Polícia, ele deveria ter conhecimento da situação irregular do veículo, pelo que entendo ter havido, no mínimo, excesso, desproporcionalidade, falta de razoabilidade na apenação aplicada. É oportuno observar que não consta dos autos nenhuma punição anteriormente aplicada ao recorrente, que exerceu o cargo de delegado de polícia por dezesseis anos, tendo antes servido como Escrevente Judiciário e Oficial de Justiça. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário para, reformando o acórdão recorrido, conceder em parte a segurança, para anular a portaria que demitiu o recorrente, e determinar sua reintegração ao cargo que ocupava, ressalvada à Administração eventual aplicação de pena menos gravosa, em decorrência das infrações disciplinares já apuradas, se for o caso. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários (Súmula 105/STJ).

(RMS 23143/SP; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0250828-9; Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA-QUINTA TURMA; Data do julgamento: 18/03/2008; Data da Publicação/Fonte: Dje 19/05/2008)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. EMISSÃO IRREGULAR DE PORTE DE ARMA. PENA. SUGESTÃO DA COMISSÃO DE INQUÉRITO. AGRAVAMENTO DESFUNDAMENTADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- Constando do ato de indiciamento a precisa descrição dos fatos imputados ao servidor, não tem procedência a alegação de nulidade do processo porque punido por



falta diversa, pois a defesa é exercitada contra os fatos imputados e não contra a eventual definição jurídica.

- A autoridade administrativa competente, ao efetuar o julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada às conclusões do parecer da Comissão de Inquérito, podendo aplicar sanção diversa da sugerida, mesmo mais severa, desde que adequadamente fundamentada. E ao afastar-se do sugerido no parecer, deve especificar os pontos em que o mesmo se dissocia das provas colhidas no procedimento, de modo a demonstrar a necessidade de agravamento da sanção disciplinar, na linha do comando expresso no art. 168, da Lei nº 8.112, de 1990.

- Na imposição de pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade de servidor e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justeza da sanção.

- Segurança concedida.

Voto do Relator: (...) Todavia, quando da aplicação da penalidade, a autoridade Impetrada, endossando parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, aplicou-lhe a pena de demissão, divergindo, sem invocar novos fatos ou fundamentos, da sugestão de penalidade apresentada pela Comissão de Inquérito. Tem-se, portanto, que diante do mesmo quadro fático apurado no

processo administrativo, no qual se sugeriu a pena de suspensão, a autoridade administrativa aplicou a pena de demissão, sem qualquer consideração no tocante ao princípio da proporcionalidade, quando era de rigor o estudo dos antecedentes do servidor, que segundo afirmado pela própria comissão, era portador de conduta funcional anterior irreprovável (fl. 173) É certo que a autoridade administrativa competente, ao efetuar o

julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada às conclusões do parecer da Comissão de Inquérito, podendo aplicar sanção diversa da sugerida, mesmo mais severa, desde que adequadamente fundamentada. E ao afastar-se do sugerido no parecer deve especificar os pontos em que o mesmo se dissocia das provas colhidas no procedimento, de modo a demonstrar a necessidade do agravamento da sanção disciplinar. (...) No caso, não se observou no ato atacado tal preceito, pois ao se aplicar a pena fatal de demissão, não se afirmou, em nenhum momento, que a conclusão apresentada pela Comissão de Inquérito teria se afastado da prova colhida no procedimento. (...)

Além do mais, é de se reconhecer que o ato impugnado divorciou-se do disposto no parágrafo único do art. 168, da Lei nº 8.112/90, contaminando o processo neste ponto, vício este apto a ensejar o reconhecimento da nulidade do ato demissório praticado em desfavor do Impetrante.

(MS 8106/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0194461-8; Relator(a): Ministro VICENTE LEAL- TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 09/10/2002; Data da Publicação/Fonte: DJ 28/10/2002 p. 216)

34. Oportuno colacionar posicionamento que resguarda os limites do mérito administrativo no seio do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO INSS. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. AGRAVAMENTO DA PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 168 DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE. SEGURANÇA DENEGADA.

I - A Lei 8.112/90, em seu artigo 168, autoriza a autoridade competente para a aplicação da sanção dissentir do relatório apresentado pela comissão processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Na hipótese dos autos, na majoração da pena sugerida, a Consultoria Jurídica do Ministério levou em conta todo o acervo probatório produzido no compêndio administrativo, sendo certo que a menção à sentença penal denotou mera ratificação dos fatos apurados na órbita administrativa.

II - O juízo de valor do magistrado, ao analisar mandados de segurança envolvendo alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve levar em conta o princípio da legalidade, ou seja, eventual malferimento à proporcionalidade deve estar jungido à quebra do regramento legal aplicável ao caso vertente. Afinal, não se pode esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo

competente - o Administrador Público - sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo.

III - O fato do Direito Administrativo também integrar o chamado "Direito Público", não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro, especialmente quando o aspecto dosimétrico da pena é argüido na via estreita do mandado de segurança, cuja aferição se apresenta mais dificultosa ainda.

IV- Ordem denegada.

Voto do Relator: (...)Tem-se, portanto, que diante do mesmo quadro fático apurado no processo administrativo, no qual se sugeriu a aplicação da pena de advertência, a autoridade impetrada aplicou pena de demissão, invocando como razão para o agravamento da sanção sentença penal condenatória não transitada em julgado. (...) No caso sob apreciação, em que apenas se detectou mera Irregularidade no ato de concessão de três benefícios previdenciários, que logo foram desfeitos, não acarretando qualquer prejuízo patrimonial, aplicou-se aos servidores a pena máxima de demissão. Ignorou-se, em absoluto, o mencionado princípio.

De outro lado, não se poderia utilizar uma sentença penal condenatória não transitada em julgado como subsídio para o agravamento da punição disciplinar, pois tal providência afronta os princípios da presunção de inocência e de independência das instâncias penal e administrativa.

Tenho, em suma, que o ato impugnado nesta impetração encontra-se em desconformidade com o princípio da legalidade, devendo ser desconstituído.

Isto posto, concedo a segurança para anular a pena de demissão aplicada ao impetrante, determinando a sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado, com o pagamento dos vencimentos retidos.

Voto-Vista Relator para acórdão: (...)Por derradeiro, gostaria de explicitar que o juízo de valor do magistrado, ao analisar mandados de segurança envolvendo alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve levar em conta o princípio da legalidade, ou seja, eventual malferimento à proporcionalidade deve estar lincido à quebra do regramento legal

aplicável ao caso vertente. Afinal, não se pode esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente, qual seja, o Administrador Público, sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo.

Na hipótese dos autos, não vislumbro nenhuma ofensa legal. Ao contrário, caso entendamos que restou violado o "princípio da proporcionalidade", se estará invadindo competência de quem a detém. Ademais, a invocação do art. 59 do Código Penal para avaliar falha na dosimetria da pena administrativa aplicada. Sobre o tema, não é de todo pertinente que a plena liberdade de analisar a dosimetria da reprimenda, nos termos all referidos, somente é permitida em toda a plenitude em processos penais.

Desta forma, vale ressaltar que o fato do Direito Administrativo também integrar o chamado "Direito Público", não dá ensejo a uma incursão tão profunda como ocorre na seara penal. Afinal, a principiologia de um não se confunde com a do outro, especialmente quando o aspecto dosimétrico da pena é argüido na via estreita do mandado de segurança, cuja aferição se apresenta mais dificultosa ainda.

Com base nestas inferências, divirjo do E. Min. Relator para denegar a segurança. (MS 7347 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0147204-6; Relator(a): Ministro VICENTE LEAL; Relator(a) p/ Acórdão: Ministro GILSON DIPP- TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 13/11/2002; Data da Publicação/Fonte: DJ 25/08/2003 p. 260) (grifos não constantes do texto original)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENALIDADE. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE.

1. Na aplicação de penalidade, a par da estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor, impõe-se à autoridade administrativa, em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/90, máxime em se tratando de demissão, a verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor.

2. De outro modo, deve a autoridade levar em conta as sugestões contidas no relatório da comissão de inquérito, salvo no caso de discrepância com o contexto probatório.



Não há, entretanto, vinculação para a autoridade administrativa com as conclusões daquela peça, mas, na aplicação de outra penalidade, máxime se mais grave que a sugerida, é necessário seja a decisão fundamentada.

3. Segurança concedida.

Voto do relator: (...)

Não se discute a possibilidade atribuída à autoridade administrativa, desde que fundamentada sua decisão, de aplicar outra penalidade - ainda que mais grave - vislumbrada como adequada. É princípio pacífico a sua não vinculação à proposta da comissão e nem o juiz pode, como preleciona HELY LOPES MEIRELLES, substituir a discricionariedade legítima do administrador por seu arbítrio. Houve, no entanto, na espécie, dentro do estreito limite do controle de legalidade do ato administrativo deferido ao Judiciário, sem adentrar no terreno da investigação probatória, uma alteração injustificada do enquadramento proposto, redundando em grave prejuízo para as impetrantes, sem autorização legislativa para tanto, inclusive com frontal desrespeito ao princípio universal da proporcionalidade na aplicação da pena.

Com efeito, à principal responsável pelos fatos - Rosaura dos Santos Vieira que, segundo a Comissão e a Consultoria Jurídica, teve atuar culposo e doloso (fls. 89), contrariamente às Impetrantes, acusadas apenas de ter agido com culpa - foi imputada conduta incursa nos arts. 116, I, III e IX, 117, XV e 132, IV, VIII, X e XIII, da Lei 8.112/90, que, se relaciona com: falta de zelo e dedicação no exercício das atribuições do cargo, falta de observância de normas legais e regulamentares, manutenção de conduta incompatível com a moralidade administrativa, procedimento desidioso, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e, por fim, transgressão aos incisos IX a XVI do art. 117 daquele diploma que tipificam infrações diversas. Foi demitida. As impetrantes, salvo a conduta reputada desidiosa, pelas razões já declinadas, mesmo assim, de modo culposo, sem má-fé, foram punidas, malgrado as advertências da Comissão de Inquérito (falta de zelo e inobservância das normas regulamentares) receberam idênticas sanções, sem qualquer outra consideração, inclusive ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da pena, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor.

(MS 6663/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0100787-9; Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES- TERCEIRA SEÇÃO; Data do julgamento: 13/09/2000; Data da Publicação/Fonte: DJ 02/10/2000 p. 136; JBCO vol. 185 p. 202 RJADCOAS vol. 21 p. 128)

35. Minoritariamente, encontram-se posicionamentos no seio do referido Tribunal Superior que apontam para a ponderação do princípio da proporcionalidade em relação à dosimetria da pena, sendo alegada a insignificância da conduta infracional:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL. POSSIBILIDADE. VÍCIO NO ATO CITATÓRIO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE VERIFICADA NA ESPÉCIE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. "A participação de 2 (dois) membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, conforme o art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual 14/82, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual 98/03, não contraria o disposto nos arts. 126, § 5º, inc. II, letra "d", 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal." ((RMS 22275/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19.05.2008).

2. Constando do ato citatório a capitulação legal em que o servidor teria incidido, além da descrição dos fatos, objeto do processo administrativo disciplinar, não há vício na citação, ademais quando inexistente demonstração de prejuízo pela defesa.

3. Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. (MS 12.927/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJU de 12.02.2008).

4. A imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto.

In casu, constata-se que a pena de demissão revelou-se excessiva. (nesse sentido MS 8.845/DF, Min. Hélio Quaglia Barbosa e RMS 23.143/SP, Min. Arnaldo Esteves Lima).

Recurso ordinário provido para anular o ato de demissão do impetrante.

Voto do Relator: (...) Finalmente, no que se refere à suscitada ilegalidade quanto à motivação do ato lido por coator, tendo em vista as provas produzidas nos autos, ressalto que, sobre o tema, esta e. Corte já admitiu o controle jurisdicional em mandado de segurança, desde que, evidentemente, não seja necessária a dilação probatória para o deslinde da questão. Na mesma oportunidade, foi reconhecida a incidência dos princípios da proporcionalidade e o da culpabilidade no processo administrativo disciplinar. Confirmo:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. [...]" (MS 12.927/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJU de 12.02.2008).

Portanto, a imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena. A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto.

Nesse sentido, a doutrina: *"O modo como o julgador chega à fixação da sanção é, assim, vinculado aos fatos e peculiaridades de cada caso concreto, os quais devem ser (re)construídos no decorrer do devido processo administrativo disciplinar, mediante a participação dos envolvidos, ou seja, no discurso de aplicação das normas.*

Conseqüentemente, é imprescindível que, no bojo do processo disciplinar, constem as informações objetivas sobre a culpabilidade do servidor e a demonstração dos eventuais danos que a conduta infracional resultou (...) Ao analisar a dosimetria da sanção disciplinar não se pode esquecer que se caminha no campo das relações de especial sujeição, nas quais é marcante o fato de não ser possível a previsão legal minuciosa das faltas funcionais e, portanto, das respectivas repercussões que cada uma delas acarretará ao interesse público. Não há destarte, uma correspondência tão precisa entre a infração e a sanção, como ocorre no Direito Penal, cujo regime jurídico e tipos de delitos são passíveis de serem tipificados de modo mais detalhado ou exaustivo" (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções*

Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 87) (g.n.)

Com efeito, o fato de a lei prever, para determinada conduta, a pena de demissão não torna prescindível um exame dos elementos que informam o juízo de proporcionalidade. Caso contrário, o princípio da individualização da pena seria inócuo.

Mais uma vez, valho-me de doutrina especializada:

"(...) admite-se que certa conduta infracional que, em princípio ("discurso da validade das normas"), configuraria causa de demissão possa resultar em outra penalidade mais branda, desde que tipificada na norma prima facie aplicável, em razão das particularidades fáticas do caso concreto ("discurso de aplicação das normas") (...)

(idem, p. 83) (g. n.). Portanto, a partir de tais referenciais teóricos, observo, na espécie, que nenhum dos depoimentos colhidos aponta para qualquer atitude desabonadora do Policial. Ao revés, a prova testemunhal revela que o impetrante, policial com mais de 20 anos de profissão, não possui registro funcional desabonador. Sua conduta é revelada pelas provas dos autos. Confirma-se:

(...) Outrossim, deve-se ter em conta que a conduta do impetrante não resultou prejuízo algum para a Administração, posto que os rádios de comunicação foram devolvidos. Não vislumbro, portanto, legalidade na motivação do ato sancionador, no que diz respeito à dosimetria da pena, uma vez que a demissão revela-se excessiva.

RMS 25950/PR RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0298308-3; Relator(a): Ministro FELIX FISCHER - QUINTA TURMA; Data do julgamento: 21/08/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 08/09/2008; REP/Dje 29/09/2008; LEXST] vol. 231 p. 45; RST] vol. 213 p. 464) (grifos não constantes do texto original)

Processo administrativo (emissão irregular de portes de arma). Pena (demissão). Sanção (desproporcionalidade).



1. A aplicação da penalidade administrativa deve atentar para a correspondência entre a quantidade e a qualidade da sanção e a grandeza e o grau de responsabilidade do servidor.

2. Na hipótese, não se mostra adequada a pena de demissão, "ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades" do caso.

3. Precedentes específicos: Mandados de Segurança nºs 7.983 e 8.106. 4. Agravo regimental da União julgado prejudicado.

5. Ordem parcialmente concedida. (MS 7988/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0138896-3; Relator(a): Ministro NILSON NAVES- TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 23/05/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 06/08/2007 p. 459)

(grifos não constantes do texto original)

36. E sendo reforçado que o entendimento que propõe a ponderação da aplicabilidade da penalidade administrativa independentemente das balizas legais revela-se minoritários, tem-se o julgado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS FORMAIS. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA NÃO OPERADA. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE VERIFICADA NA ESPÉCIE. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. Preliminares afastadas. Decadência não operada.

2. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades da espécie.

3. Segurança concedida em parte para o fim específico de anular-se a Portaria n. 944, de 27 de agosto de 2002, que demitiu o impetrante do cargo de Agente Administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sem prejuízo de eventual apenamento menos gravoso, pelas infrações disciplinares detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar instaurado.

Voto do relator:

5. Contrariando o relatório final da comissão processante e adotando o parecer da Consultoria Jurídica do Ministério, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social aplicou ao servidor a reprimenda máxima, a pena de demissão, com supedâneo no art. 132, inciso XIII, da Lei n. 8.112/90, por proceder de forma desidiosa, transgredindo assim o inciso XV do art. 117 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

Todavia, ocorre que, consoante dos autos emana, a conduta do servidor impetrante equipara-se - segundo os *standards* de dano ao erário público e de gravidade do ilícito, critérios a serem observados pela autoridade julgadora na aplicação da penalidade, segundo os ditames do art. 128 da Lei n. 8.112/90 -, à conduta irregular da servidora Mara Aparecida Martins Caglioni, a quem foi imposta a pena de suspensão por 5 (cinco) dias, por ter concedido 4 (quatro) aposentadorias por idade rural em desacordo com a legislação vigente. Segundo a dicção do art. 128 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, "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". Esse preceito é a própria expressão do princípio da proporcionalidade na lei, e do qual o administrador não pode se afastar, bem assim há de lhe dever obediência quando, nos procedimentos disciplinares, editar atos administrativos, no exercício do poder disciplinar.

Em caso de idêntico jaez, apreciado por esta Terceira Seção, na assentada de 23 de fevereiro do ano em curso, Mandado de Segurança n. 7.983/DF,

com respaldo e aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se apreciou o conteúdo de ato administrativo de natureza disciplinar, posto ter sido constatado, na peculiaridade daquela espécie, por parte da Administração, excesso na aplicação da pena imposta a servidor público que, no universo amplo das irregularidades apuradas, tivera conduta de menor significância. Vale rememorar como, naquela ocasião, foi dirimida, no ponto, a

questão, sob minha relatoria: "Ao propósito, vale ressaltar, desde logo, não estar sendo abstraída, pura e simplesmente, a noçãoomezinha de que, via de regra, ao Poder Judiciário não

41

é dado substituir juízo de avaliação no âmbito disciplinar, reservado à Administração, no tocante à definição da gravidade da conduta atribuída ao agente público infrator e, conseqüentemente, à escolha, bem como à dosagem da reprimenda cabível em razão do ilícito administrativo perpetrado.

[...]

Não se trata, vale a reprise, de pretender substituir o Judiciário o juízo prévio de mérito da Administração, que faz por prenunciar a iminente aplicação daquela reprimenda, mas de haver em conta, diante do quadro fático apurado, com observância dos princípios da razoabilidade, num plano mais abrangente, e da proporcionalidade, seu desdobramento, que a se eleger a reprimenda mais drástica, com vista à punição do faltoso, estar-se-á, em última análise, também a incidir na prática de ato ilegítimo, que o é aquele desafelhado da finalidade para o qual se diria praticado.

Ilegítimo, com efeito, não será apenas o ato que colida frontalmente com a exigência de subordinação aos requisitos ordinários de validade do ato, dentre estes os de forma e de motivação; nesse último terreno, com efeito, sob pena de perpetrar-se ato maculado por desvio de poder, se inclui a pertinência de que o motivo argüido se ajuste ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. [...]

Sob tal ótica e dentro da vertente da razoabilidade, não se antecipe crítica alicerçada em que ao juiz não caiba, por entender que a valoração específica do administrador se confronte com a sua, do que é razoável, a partir de parâmetros variáveis dentre os quais oscilam os standards de aceitabilidade, substituir o juízo de valor do administrador; porque, ainda assim se pensando — e com razão irreprochável —, tal não inibe o desfazimento do ato, na via judicial, ou que se lhe anteponha obstáculo, caso iminente a sua prática, porquanto, afinal, a detectada falta de congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas afronta, sim, verdadeiramente, ao próprio princípio da legalidade, não somente ao da razoabilidade.

Este, com efeito, tem fundamento e base de sustentação nos princípios maiores, da legalidade e da finalidade, os quais, por si, bastariam para ferretear uma providência desarrazoada.

Porque "uma providência desarrazoada", consoante magistério de Celso Antônio, "não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos" (Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 55).

Idêntica linha de raciocínio subsidia a consagração e a aplicabilidade do princípio da razoabilidade, também em sede do controle jurisdicional dos atos administrativos, tomando em consideração que referido princípio se põe a campo e há de operar, naqueles casos em que se manifeste a prática de atos viciados por excesso ou desvio de poder, ou quando haja sinalização convincente de que estão prestes a ser praticados, caracterizando comportamento administrativo ilegítimo, bem por isso, suscetível de correção pela via judicial.

Sobre o princípio da razoabilidade, discorre o festejado Alexandre de Moraes, não deixando à margem o da proporcionalidade, umbilicalmente atrelados que se acham um ao outro:

"o que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação da medidas restritivas e sancionadoras; estando, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, ed. Atlas, São Paulo, 2004, 4ª edição, p. 370).

Em remate e consoante estudo de Ricardo Aziz Cretton: "Confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante no próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (plenalista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)" (Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário, ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 75).

[...]

Multiplicam-se precedentes, nesta Corte, em que não se recusou o exame de pedidos revisionais de penalidades administrativas, mediante análise do aspecto concenente à devida proporcionalidade entre o fato punível e a reprimenda imposta, embora na imensa maioria das impetrações não tenham sido mitigadas as penas impostas (MS n. 8.149/DF, Terceira Seção, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJ de de 16.6.2003; RMS n. 10.895/ES, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.10.2003; MS n. 7.453/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de

4.10.2004). (MS 8845/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0176607-5; Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 14/12/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 06/02/2006 p. 192) (No mesmo sentido MS 7983/DF- 2001/0137400-4)

2



VII- JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

37. Cumpre ter presente alguns entendimentos colhidos no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que retratam duas temáticas afetas à temática ora em apreço, os limites do controle jurisdicional sobre o ato de sanção aplicado ao servidor público e o embasamento probatório referente à conduta imputada e a penalidade aplicada, em essência, sendo observados os parâmetros legalistas.

37.1. ente as decisões monocráticas que expressam as perspectivas citadas:

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. 1. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de Instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DEMISSÃO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a proporcionalidade da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes. 2. A conduta do impetrante não se ajusta à descrição da proibição contida no art. 117, inciso XI, da Lei n.º 8.112/90, tendo em vista que a Comissão Processante não logrou demonstrar que o servidor tenha usado das prerrogativas e facilidades resultantes do cargo que ocupava para patrocinar ou intermediar interesses alheios perante a Administração. 3. Ordem concedida, para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público, sem prejuízo de eventual imposição de pena menos severa, pelas infrações disciplinares porventura detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar em questão" (fl. 454 - grifos nossos). Os embargos de declaração opostos pela ora Agravante e pelo ora Agravado foram julgados nos seguintes termos: "MANDADO DE SEGURANÇA E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. INVIABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. DESNECESSIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. SÚMULAS NS. 269 E 271 DA SUPREMA CORTE. NÃO-INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. PRECEDENTE. 1. A obtenção de efeitos infringentes, como pretende a UNIÃO, somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 535 do Código de Processo Civil, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado. Precedente. 2. Conforme recente orientação da eg. Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, tem o servidor público direito de receber os vencimentos que deixou de auferir enquanto esteve afastado do cargo em razão da aplicação de penalidade posteriormente invalidada, retroagindo os efeitos patrimoniais à data da prática do ato impugnado. Inaplicabilidade dos enunciados ns. 269 e 271 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Precedente. 3. Embargos de declaração da UNIÃO rejeitados. Embargos de declaração opostos por JOSIAS INÁCIO LINS acolhidos" (fl. 59). Os segundos embargos declaratórios opostos pela ora Agravante foram rejeitados. 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a circunstância de que a ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta. 4. A Agravante alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 2º, 5º, inc. XXXV e LXIX, e 37, caput, da Constituição da República. Argumenta que "a justiça ou a injustiça da penalidade foge a esse processo sumaríssimo. Não ocorrendo defeitos de ilegalidade do ato, tais como a incompetência da autoridade, a inexistência de norma autorizadora da pena e a preterição de formalidade essencial, é incabível o mandado de segurança contra ato que aplica pena disciplinar, e esse é também o entendimento da jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal" (fl. 14). Sustenta que, "considerando que os critérios adotados pela Administração Pública para graduação da penalidade por infração ensejam reexame de provas, a sua discussão na estrita via do mandado de segurança é descabida" (fl. 15). Assevera que "o mandado de segurança não pode ser tido como substitutivo de ação de cobrança, sendo que os efeitos financeiros decorrentes da decretação de ilegalidade de ato ilegal pelo Poder Judiciário, deve ser buscado na via própria, seja esta administrativa, ou mesmo judicial" (fl. 19). Analisada a matéria posta à apreciação, DECIDO. 5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a Agravante intimada depois de 3.5.2007 e constar do recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional toma-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso. 6. Razão jurídica não assiste à Agravante. 7. O Tribunal a quo decidiu com base na Lei n. 8.112/90. A Agravante argumenta que o mandado de segurança seria incabível na espécie. Para concluir de forma diversa do acórdão recorrido e analisar as alegações da Agravante, seria necessária a análise da Lei n. 8.112/90. Também seria preciso verificar o disposto na Lei 1.533/51, que, embora tenha sido revogada pela Lei n. 12.016/09, era a legislação que prevalecia à época em que prolatado o acórdão recorrido. Assim, a ofensa à Constituição da República, se existente, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Admissibilidade de mandado de segurança: impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. 2. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil" (RE 582.662-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 26.6.2009). "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) MANDADO DE SEGURANÇA. PRESSUPOSTOS. CABIMENTO. (...) 1. A violação da Constituição do Brasil seria indireta, eis que imprescindível o reexame do cabimento e das condições da ação, nos termos da Lei n. 1.533/51 e do Código do Processo Civil. (...) Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 565.157-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 14.11.2008). "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. CONFRONTO ENTRE AS CONDUTAS IMPUTADAS E AS TIFICAÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE MÁXIMA, DETECTADA PELO TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE REVOLVER MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAR DIREITO INFRACONSTITUCIONAL. EXAME DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. A controvérsia cuja solução depende do confronto entre as condutas imputadas ao servidor e as tipificações da lei que rege o processo administrativo disciplinar se situa no mundo dos fatos e no campo infraconstitucional, o que impede a abertura da via extraordinária" (RE 395.831-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 18.11.2005). "PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS QUE NÃO TRATARAM DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL ALEGADO COMO VIOLADO. SÚMULA/STF 282. (...) O acórdão recorrido decidiu a questão com fundamento na legislação infraconstitucional aplicável à espécie, qual seja, Lei 8.112/90 e 8.745/93. Assim, eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa, o que elide o processamento do recurso extraordinário. 3. Agravo regimental improvido" (RE 470.197-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 25.9.2009). 8. As Súmulas 269 e 271 consubstanciam o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de impetração de mandado de segurança cuja causa de pedir seja um suposto crédito pecuniário. No entanto, nada impede que essa ação seja impetrada com a finalidade de assegurar direito líquido e certo do qual decorra crédito. O reconhecimento do direito do Agravado aos vencimentos que deixou de auferir em razão do afastamento do cargo que ocupava seria a consequência da decisão do Tribunal a quo, que entendeu que sua conduta não se enquadraria na proibição constante do art. 117, Inc. XI, da Lei n. 8.112/90. Assim, incabíveis na espécie as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA

f



DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. PORTARIA QUE DECLAROU O RECORRENTE ANISTIADO POLÍTICO E DETERMINOU O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. 1. O não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça que reconheceu o Recorrente como anistado político, fixando-lhe indenização de valor certo e determinado, caracteriza-se ato omissivo da Administração Pública. 2. Configurado o direito líquido e certo do Recorrente, por se tratar de cumprimento de obrigação de fazer, e não cobrança de valores anteriores à impetração do presente writ. Não-incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. 3. Demonstrada a existência de prévia dotação orçamentária, não há afronta ao princípio da legalidade da despesa pública. 4. Recurso em Mandado de Segurança conhecido e provido" (RMS 26.947, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 17.4.2009). "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-GESTANTE. EXONERAÇÃO. C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b. I. - Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante: a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b. II. - Remuneração devida no prazo da licença-gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF. III. - Recurso provido" (RMS 24.263, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 9.5.2003). O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante. 9. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. (AI 761553/DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA; Julgamento: 30/09/2009; Publicação: DJe-208 DIVULG 05/11/2009 PUBLIC 06/11/2009)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA FÁTICA - INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS - INVIABILIDADE - DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Superior Tribunal de Justiça concedeu a segurança requerida, ante fundamentos assim sintetizados (folha 52): ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CORRUPÇÃO. DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS. AUTORIDADE COMPETENTE. FORMALIDADES ESSENCIAIS. PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio. 2. A infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida (propina), e de resto todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão devem ser respaldadas em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: MS 12.429/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER (DJU 29.06.2007). 3. O acervo probatório não se mostra suficiente para revelar, de maneira ampla e indubitável, a corrupção supostamente cometida pelo Policial Rodoviário Federal, eis que se resume só e apenas aos depoimentos, de mesmo conteúdo, prestados pelo própria vítima e seu patrão, que descreveram o ato de corrupção sofrido. 4. A proporcionalidade da sanção aplicada resta comprometida quando não se vislumbram, no conjunto de provas colacionado aos autos, elementos de convicção que desafiem a persistência de dúvidas ou incertezas quanto ao fato típico imputado ao agente. 5. Segurança concedida para anular a Portaria 513, de 07.03.2007, que demitiu o impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, promovendo-se a sua reintegração no cargo. 2. A recorribilidade extraordinária é distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido, na maioria das vezes procedida mediante o recurso por excelência - a apelação. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pela Corte de origem, considerando-se as premissas constantes do acórdão impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o Verbete nº 279 da Súmula deste Tribunal: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado, buscando-se, em última análise, conduzir esta Corte ao reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar a viabilidade do recurso. A par desse aspecto, descabe confundir a ausência de entrega aperfeiçoada da prestação jurisdicional com decisão contrária aos interesses defendidos. A violência ao devido processo legal não pode ser tomada como uma

alavanca para alçar a este Tribunal conflito de interesses cuja solução se exaure na origem. A tentativa acaba por se fazer voltada à transformação do Supremo em mero revisor dos atos dos demais tribunais do País. Na espécie, o Colegiado de origem procedeu a julgamento fundamentado de forma consentânea com a ordem jurídica. Acresce que o acórdão impugnado mediante o extraordinário revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. A mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se guindar a esta Corte matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Este agravo somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria estar sendo utilizado no exame de processo da competência da Corte. 3. Conheço do agravo e o desprovejo. 4. Publiquem. Brasília, 16 de junho de 2009. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (AI 753761 / DF - DISTRITO FEDERAL; AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 16/06/2009; Publicação: Dje-120 DIVULG 29/06/2009 PUBLIC 30/06/2009)

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, Impetrado por Lucivaldo Melo Santos em face da Portaria no 117/2006, do Ministério Público da União. Consta dos autos que foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar (PAD), sob o no 1.26.000.000312/2005-74, para a apuração de diversas irregularidades atribuídas ao impetrante, que ocupava o cargo de Técnico Administrativo do Ministério Público da União (MPU). Ao final do PAD, foi aplicada a pena de demissão (art. 132, VI e XIII, da Lei no 8.112/1990) pela infringência dos arts. 116, III, IV, X e XI; e 117, I, II, IV, V e XVI, da Lei no 8.112/1990. Alega-se, em síntese, que o impetrante não foi notificado para especificar as provas que pretendia produzir no processo administrativo. Por essa razão, teria ocorrido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além do disposto no art. 28 da Lei no 9.784/1999 e no art. 156 da Lei no 8.112/1990. Ademais, afirma-se que houve ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a penalidade aplicada - demissão - teria sido excessiva tendo em vista os fatos atribuídos ao impetrante. O autor requer a concessão de liminar para que seja determinada a sua reintegração ao cargo de Técnico Administrativo do MPU até o julgamento final deste mandado de segurança. A autoridade coatora prestou informações às fls. 49-58. Passo a decidir. À primeira vista, os dados constantes dos autos indicam que o direito de defesa foi exercido em toda a sua plenitude. (...) Portanto resta inconsistente a alegação do impetrante, não se configurando qualquer infringência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois o mesmo foi devidamente cientificado de todos os atos processuais." A meu ver, nesse juízo preliminar, também não há plausibilidade jurídica na alegação de que a penalidade de demissão feriu o princípio da proporcionalidade. Quanto a esse ponto, a autoridade coatora assim se manifestou, verbis (fls. 51-53): "Quanto à segunda alegação, a penalidade aplicada obedeceu fielmente ao disposto no artigo 132 da Lei nº 8.112 de 1990, senão vejamos: Art. 132 A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) XII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. Restou evidenciado no processo administrativo disciplinar que o impetrante utilizou recursos materiais da repartição para atividades particulares. Não houve, no curso do processo, negativa de autoria dos fatos que estavam sendo apurados, ao contrário, o impetrante confirmou a transgressão, justificando que "... se valeu de alguns litros de combustível da Procuradoria, causando prejuízos de valor ínfimo e írisório..." (anexo IV). Agindo assim, transgrediu o disposto no artigo 117, inciso XVI, a seguir transcrito, punível com pena de demissão nos termos do art. 132, inciso XIII, da Lei n.º 8.112 de 1990: Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; O fato de o próprio impetrante ter alegado que a utilização dos recursos materiais da repartição em atividades particulares causaram prejuízos ínfimos à Administração, não tem o condão de afastar a transgressão ao inciso XVI do artigo 117 da Lei n.º 8.112 de 1990, aliás só ratifica a prática da conduta vedada. Além disso, o artigo 132, inciso XIII, dessa mesma lei, penaliza a transgressão, independentemente da averiguação da extensão do prejuízo causado à Administração Pública. Vale ressaltar que no caso específico, o só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos. No mais, entende-se que a demissão é compulsória quando apurada infração disciplinar elencada no art. 132 da Lei n.º 8.112 de 1990, tal como entendeu a Advocacia-Geral da União no Parecer n.º GQ-167, cuja ementa transcreve-se abaixo: PARECER Nº GQ-167 - Ementa:



Configurada a infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112 de 1990, a pena expulsiva torna-se compulsória. Os fatores de graduação de pena, enumerados no art. 128 da Lei nº 8.112 de 1990, podem justificar punição mais grave que a expressamente cominada para o ilícito praticado. É forçoso registrar que, além da conduta tipicamente descrita no art. 117, inciso XVI, que por si só justificaria a pena de demissão, o servidor também violou os preceitos normativos constantes no art. 116, incisos III, X e XI, a saber: É forçoso registrar que, além da conduta tipicamente descrita no art. 117, inciso XVI, que por si só justificaria a pena de demissão, o servidor também violou os preceitos normativos constantes no art. 116, incisos III, X e XI, a saber: Art. 116. São deveres do servidor: [...] III - observar as normas legais e regulamentares; [...] X - ser assíduo e pontual no serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas. A inobservância destes dispositivos, como acertadamente concluiu a comissão processante, acabou por configurar circunstância agravante à conduta típica praticada pelo servidor, na forma do artigo 128, caput, da Lei n.º 8.112 de 1990: Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provirem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Dos autos do processo administrativo disciplinar, é possível extrair, ainda, que houve inobservância, por parte do servidor, de outros preceitos normativos, dispostos no art. 117, incisos II e IV, da Lei 8.112 de 1990, a saber: Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; [...] IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço. Entim, o conjunto das infrações cometidas pelo impetrante demonstram que a penalidade que lhe foi imposta obedeceu rigorosamente ao quantum disciplinado em lei, sendo, portanto, justa e coerente, mormente porque todos os fatos imputados ao impetrante foram comprovados ao longo de toda instrução do processo administrativo disciplinar, não havendo que se falar em desproporcionalidade. Como se depreende, a pena aplicada tem previsão legal e foi imposta após a comprovação da autoria e materialidade da transgressão atribuída. Como se depreende, a pena aplicada tem previsão legal e foi imposta após a comprovação da autoria e materialidade da transgressão atribuída ao impetrante. A jurisprudência desta Corte, em casos análogos, também afasta a configuração da plausibilidade jurídica do pedido neste caso. Veja-se, por exemplo, os seguintes precedentes: RMS no 25.574/DF, Relator Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 16.6.2006; MS no 23.512/DF, de minha relatoria, DJ 28.2.2003; e MS 23.268/RJ, Relatora Ellen Gracie, DJ 7.6.2002. Nesses termos, indefiro o pedido de liminar. Publique-se. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Ministro Gilmar Mendes Relator 1 (MS 26023¹³ MC/DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 12/12/2006; Publicação: DJ 18/12/2006 PP-00057) (grifos não constantes do texto original)

DECISÃO Vistos. Vera Lopes de Assis interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, inciso LV, e 41, inciso II e § 1º, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão assim ementado: "DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. A demissão de servidor público é pena disciplinar prevista no art. 132 da Lei 8.112/90 para casos de improbidade administrativa, tal como a imputada à apelante, professora da Secretaria de Educação do Distrito Federal, que favoreceu a fraude de contrato temporário em nome de outrem, valendo-se do cargo para a prática do ilícito. Observando os postulados do contraditório e da ampla defesa, merece subsistir a pena imposta. Recurso conhecido e não-provido. Unânime" (fl. 173). Colhe-se do voto condutor do acórdão atacado: "Depreende-se, da leitura atenta do conjunto probatório acostado, que houve a imputação da conduta à apelante e oportunizou-se a esta a apresentação de defesa com, inclusive, oitiva de testemunhas. As decisões proferidas foram regularmente motivadas. Não vislumbro, nesse descortino, a presença de

¹³ Nos autos da ação principal, idêntico posicionamento foi adotado pelo ministro Relator: "Processo administrativo disciplinar. 2. Pena de demissão. 3. Alegada ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da proporcionalidade. 4. Inexistência de irregularidade na notificação do impetrante. 5. Proporcionalidade da penalidade aplicada. 6. Precedentes. 7. Segurança denegada". (MS 26023 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. GILMAR MENDES -Tribunal Pleno; Julgamento: 01/08/2008; Publicação: Dje-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008; EMENT VOL-02337-01 PP-00182; LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 141-148)

qualquer vício passível de anular o procedimento administrativo, bem como a decisão ali proferida. A penalidade aplicada (demissão) é prevista no art. 132 da Lei nº 8.112/90 para casos de improbidade administrativa, conduta na qual foi a apelante enquadrada pela Administração. Isto porque esta concluiu que a apelante favoreceu a ilicitude da conduta da professora Beatriz ao lançar de forma equivocada os dados cadastrais daquela" (fls. 180). Alega a recorrente que "o caso em julgamento consiste na falta de procedimento administrativo, para que fosse assegurado a autora, ora recorrente o direito a mais ampla defesa e contraditório, vez que apesar de ter sido intimada a apresentar defesa no PAD, não houve a capitulação legal, para que a autora ao menos tivesse uma noção de qual poderia ser sua pena final, para que daí providenciasse meios de se defender" (fl. 197). O Superior Tribunal de Justiça, em decisão definitiva, negou provimento ao recurso especial interposto simultaneamente ao recurso extraordinário (fls. 233 a 239 e 240). Decido. Anote-se, primeiramente, que o acórdão recorrido, conforme expresso na certidão de fl. 182, foi publicado em 9/2/06, não sendo exigível, conforme decidido na Questão de Ordem no AI 664.567, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário. Não merece prosperar a irresignação. Para acolher a pretensão da recorrente e chegar a conclusão diversa daquela adotada pelo acórdão recorrido, no sentido de que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, seria necessária a análise dos documentos acostados aos autos e o reexame dos fatos e demais provas que permeiam a lide, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, anote-se: "I. Recurso extraordinário: inadmissibilidade: falta de prequestionamento do tema do art. 37, caput, da Constituição Federal, dado por violado, uma vez que não foi examinado pelo acórdão recorrido, nem objeto dos embargos de declaração opostos: incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso extraordinário: descabimento: discussão relativa à observância, em processo administrativo, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que demanda o revolvimento de matéria de fato e o reexame de prova inviáveis no recurso extraordinário: Incidência da Súmula 279. III. Prescrição: questão restrita ao âmbito de legislação infraconstitucional local, que não enseja reexame no recurso extraordinário; incidência da Súmula 280" (RE 487.434-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/2/07). "RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL, PROCESSO ADMINISTRATIVO, PENA DE DEMISSÃO. Baseou-se o Tribunal a quo, para não acolher a pretensão do servidor, na regularidade do processo administrativo que culminou na sua demissão do serviço público, pois observados o contraditório e a ampla defesa, e na impossibilidade de o Judiciário rever a proporcionalidade da pena imposta ao funcionário, em respeito ao art. 2º da Constituição Federal. A análise do primeiro fundamento exige a reapreciação da matéria fático-probatória constante dos autos, o que encontra óbice na Súmula STF nº 279. O segundo argumento, todavia, deixou de ser impugnado nas razões do extraordinário, pois se restringiu o agravante a assinalar que lhe fora recusada a jurisdição, o que, efetivamente, não se confunde com a observância da independência e harmonia entre os Poderes. Aplicável, portanto, à espécie a Súmula STF nº 283, a também inviabilizar o conhecimento do apelo extremo. Agravo regimental improvido" (RE 383.405-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 12/9/03). "Servidor público. Processo disciplinar. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido" (AI 478.624-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 13/4/04). Nego provimento ao agravo. Intime-se. Brasília, 4 de março de 2008. Ministro MENEZES DIREITO Relator. (AI 683376 / RJ - RIO DE JANEIRO; Relator(a): Min. MENEZES DIREITO; Julgamento: 04/03/2008; Publicação: Dje-073 DIVULG 23/04/2008 PUBLIC 24/04/2008) (grifos não constantes do texto original)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA FÁTICA - VERBETES Nº 279 E 282 DA SÚMULA DESTA CORTE - NEGATIVA DE PROCESSAMENTO - AGRAVO - IMPROCEDÊNCIA DO INCONFORMISMO. 1. O ato atacado mediante este agravo tem o seguinte teor: Trata-se de recurso extraordinário tempestivo, interposto com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea a da Constituição Federal contra acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou improcedente ação em que se postula a anulação de ato administrativo de demissão de servidor público. Sustenta o recorrente, em síntese, violação dos artigos 37, caput e 41, inciso II da Constituição Federal. Passo a decidir. Como se verifica do teor do acórdão recorrido, a matéria de que tratam os dispositivos ditos violados não foi prequestionada, não tendo sido

f



decidida sequer implicitamente pelo órgão julgador nem se tendo o recorrente utilizado dos embargos de declaração de modo a proporcionar ao tribunal a oportunidade de enfrentá-la. Impossível, diante disso, a admissão do recurso interposto, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. A propósito: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. QUESTÃO FEDERAL. É necessária a interposição de embargos de declaração para se obter o prequestionamento, possibilitando a abertura da via especial, mesmo que a questão federal tenha surgido somente no julgamento perante a Corte de origem" (Corte Especial, EDiv-REsp nº 8.285-RJ, relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 9.11.98, pág.1). Realmente, o acórdão proferido pela Corte de origem repousa em conclusão embasada em elementos probatórios coligidos, havendo referência ao que apurado em processo administrativo, no qual teria sido assegurado o direito de defesa. Assentou o Tribunal de Justiça: Na espécie, reprisa-se discussão que passou a existir ao depois da vigência da Constituição Cidadã de outubro de 1988. Ou seja, sob a novel Carta, entende-se poder o Judiciário intervir no ato administrativo, mesmo que discricionário, ditado pelos critérios da oportunidade e conveniência segundo os ensinamentos preciosos de Hely Lopes Meirelles, quando houver no conteúdo ofensa a princípios tais como da legalidade, Impessoalidade ou moralidade. Estando insito no primeiro o da razoabilidade, que abrange o da proporcionalidade sancionatória. Cotejando-se a abundante prova documental trazida pelo servidor demitido e pelo Estado, vê-se que tal servidor, Oficial de Justiça Avaliador em cargo de Entrância Especial Classe "A", Índice 800, do Quadro I, foi incurso em abandono de cargo, Através da Portaria nº 193/98, pelo que constou do Processo Administrativo nº 29325/97, o então Desembargador Corregedor Ellis Hermydio Figueira determinou a Instauração do Processo Disciplinar, aos 12 de fevereiro de 1998. Em tal procedimento, tudo correu no atendimento do contraditório e da defesa ampla, como hoje se exige em qualquer feito judicial ou não. Teve o ora Apelante amparo de Defensor, que agiu com zelo presumido. Culminou com o Relatório Final da Comissão Permanente, presidida pela Juíza Tereza Cristina Sobral Sampaio, que concluiu pela procedência da acusação, sugerindo penalidade demissória. Tendo então o mesmo Corregedor Geral submetido tal sanção à consideração do então Desembargador Presidente Thiago Ribas Filho. O qual, pelo Ato Executivo nº 3176 de 25 de novembro de 1998, efetivou a demissão do ora Apelante. Sendo a sanção, conquanto severa, plenamente encerrada na Lei nº 2085-A de 05 de setembro de 1972, artigos 62, I e 64, VI, "b", combinada com o Decreto-Lei nº 220 de 18 de julho de 1975, artigos 39, I, 40, XII e 52, V e § 1º, ambos os Diplomas de natureza estadual, e não contrariando qualquer norma de superior hierarquia, descabe ao Estado-jurisdicção a pretendida interferência no decidido, discricionariamente, pelo Estado-Administração. Não se confundindo, por elementar sabença, atos jurisdicionais de Magistrados com atos dos mesmos na esfera executiva. Como se não bastasse, o Autor interpôs Recurso ao Conselho da Magistratura, no Feito nº 1405/98. Houve Parecer contrário da culta Procuradora de Justiça Maria Teresa Moreira Lima, com o assente do 1º Subprocurador-Geral Hugo Jerke, tendo o aresto relatado pelo Eminentíssimo Par José Affonso Rondeau, lavrado aos 13 de maio de 1999, negado provimento ao mesmo, e de modo unânime. Daí se deduz que a Sentença da zelosa Juíza Débora Maria Barbosa Sarmiento, que foi na esteira do posicionar ministerial, não é de ser reformada em nenhum aspecto. À conta dessas considerações, conhece-se da Apelação Interposta mas nega-se provimento à mesma. Em momento algum, veio a ser adotado entendimento contrário aos artigos da Constituição Federal invocados pelo agravante. Aprecia-se o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea "a" do Inciso III do artigo 102 da Constituição Federal mediante cotejo do que decidido e impugnado com as razões recursais. 2. Com o registro de que os embargos declaratórios interpostos não foram providos, conheço deste agravo e desacolho o pedido formulado. 3. Publique-se. Brasília, 9 de dezembro de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (AI 520863/RJ - RIO DE JANEIRO; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 09/12/2004; Publicação: DJ 09/02/2005 PP-00027)

DECISÃO: O presente recurso ordinário insurge-se contra decisão, que, proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (Rs. 283): ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANULAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA BIS IN IDEM. PROPORCIONALIDADE. PENALIDADE. DEMISSÃO. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. 1. O processo administrativo disciplinar pode ser revisto até mesmo de ofício, nos termos