



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCeub
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EDRYANNE BRAZ SANTILLI

**A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do
processo administrativo disciplinar nos casos de demissão**

Brasília - 2013

EDRYANNE BRAZ SANTILLI

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE DEMISSÃO

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor Dr. André Gontijo

Brasília – 2013

EDRYANNE BRAZ SANTILLI

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE DEMISSÃO

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor Dr. André Gontijo

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Dr. André Gontijo

Professor
Examinador

Professor
Examinador

SANTILLI, Edryanne Braz

a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar nos casos de demissão / Edryanne Braz Santilli – Brasília, 2013.

59 fls.

Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção de aprovação na disciplina Monografia III, Curso de Bacharelado em Direito Professor Dr. André Gontijo

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 1.1 Conceito de princípio 1.2 O Princípio da Proporcionalidade: considerações iniciais 1.3 A mitigação da legalidade pelo princípio da proporcionalidade 1.4 As primeiras aplicações do princípio da proporcionalidade no direito administrativo 1.5 A positivação do princípio da proporcionalidade 2 O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 2.1 O poder Disciplinar 2.2 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar 2.3 Sanção administrativa 2.3.1 A aplicação da sanção administrativa: um ato vinculado ou discricionário? 3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE DEMISSÃO 3.1 Demissão como um ato vinculado e a aplicação do princípio da proporcionalidade 3.2 Posicionamento defendido pela Advocacia-Geral da União e pela Controladoria-Geral da União (CGU) em face da aplicação da pena capital de demissão 3.3 Aspectos do controle jurisdicional 3.4 O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de demissão

RESUMO

A presente pesquisa segue o modelo de pesquisa jurídica dogmática instrumental, tendo como problemática central a questão da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar nos casos de demissão, no sentido de saber se este princípio deve ou não ser aplicado e se os posicionamentos a respeito do assunto são ou não constitucionalmente adequados. Para tanto, criam-se outros questionamentos com vistas a apontar o caminho a ser trilhado na busca de uma maior compreensão do tema. Todo o estudo gira no entorno do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação nos casos da pena capital de demissão no processo administrativo disciplinar, fazendo um paralelo entre o princípio constitucional da proporcionalidade e as correntes apontadas pela Advocacia Pública (AGU), os Tribunais Superiores e a doutrina majoritária.

Por fim, será apresentado o conflito entre a obrigatoriedade da aplicação da pena de demissão ao ver da Advocacia-Geral da União e da exigência da dosimetria da pena e a aplicação do princípio da proporcionalidade conforme o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, mostrando que apesar da AGU considerar a aplicação da penalidade de demissão obrigatória após o enquadramento no artigo 132 da lei 8.112/90, o princípio da proporcionalidade é aplicado no curso do PAD.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Demissão. Princípio da Proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	9
1.1 Conceito de princípio	9
1.2 O Princípio da Proporcionalidade: considerações iniciais	11
1.3 A mitigação da legalidade pelo princípio da proporcionalidade	15
1.4 As primeiras aplicações do princípio da proporcionalidade no direito administrativo	18
1.5 A positivação do princípio da proporcionalidade	20
2 O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	22
2.1 O poder Disciplinar	22
2.2 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar	25
2.3 Sanção administrativa	30
<i>2.3.1 A aplicação da sanção administrativa: um ato vinculado ou discricionário?</i>	35
3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE DEMISSÃO	37
3.1 Demissão como um ato vinculado e a aplicação do princípio da proporcionalidade 37	
3.2 Posicionamento defendido pela Advocacia-Geral da União e pela Controladoria-Geral da União (CGU) em face da aplicação da pena capital de demissão	40
3.3 Aspectos do controle jurisdicional	44
3.4 O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de demissão	48
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise da obrigatoriedade da pena de demissão em sede de processo administrativo disciplinar para as mais diversas condutas – das mais graves às menos gravosas. O centro gravitacional dessa pesquisa reside nos pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União (GQ 183 e GQ 177) nos quais a tese defendida é a de que obrigatoriedade da aplicação da pena capital de demissão em hipóteses tão distintas entre si, decorrentes da Lei 8.112/90, art. 132, não fere o princípio da proporcionalidade.

Frente a essas manifestações da Advocacia Pública, tem-se não apenas a posição majoritária da doutrina, mas também precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como, por exemplo, o Mandado de Segurança.13.523 – DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, ocasião em que posicionou-se, por unanimidade, a 3ª Seção, assentando o entendimento de que os pareceres QG - 177 e QG – 189 da AGU são ilegais por contrariar o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, na medida em que ferem os princípios da proporcionalidade, individualização da pena e razoabilidade.

A fim de se analisar a referida divergência, inicialmente, será apresentada uma noção introdutória a respeito do princípio da proporcionalidade – a sua origem, o seu caráter implícito na nossa Constituição Federal –, e a aplicabilidade deste princípio no Direito Administrativo.

No segundo capítulo abordar-se-á, especificamente, o conceito de Poder Disciplinar, bem como o de Processo Administrativo Disciplinar, sua aplicação, as sanções impostas por esse processo, buscando-se fazer uma análise da aplicação ou não do princípio da proporcionalidade no decorrer desse procedimento, e a imputação da penalidade de demissão, conforme a Lei 8.112/90 prevê em seu art. 132.

Já no último capítulo, serão estudados os pareceres vinculantes da AGU QG - 177 e QG – 189 em contraposição a recentes precedentes do STJ referentes à aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar, analisando-se se há ou não a violação desse princípio constitucional.

Assim, esta monografia seguirá o modelo de pesquisa jurídica dogmática-instrumental, visto que o objetivo se coaduna com o tema, ou seja, busca na teoria uma contribuição à resolução de uma questão prática do cotidiano da

administração pública, por meio de leituras, interpretações e teses sobre o assunto. Desse modo, o trabalho irá expor os pensamentos doutrinários acerca do processo administrativo disciplinar de forma geral e, em específico, casos de demissão, buscando analisar se nas hipóteses de aplicação da mencionada pena capital há correlação com o princípio da proporcionalidade.

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 Conceito de princípio

Como bem destaca José Afonso da Silva, “a palavra princípio é equívocada”¹, razão pela qual a doutrina procura, cada autor à sua maneira, conceituar o que seja princípio. Iniciamos com as reflexões feitas por Inocêncio Mártires Coelho de que os princípios “não são – ou ainda não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam – aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá decidir os casos concretos.”²

Luís Roberto Barroso, nesse mesmo sentido, nos lembra que, quanto à sua estrutura normativa, o princípio é uma norma precipuamente finalística que indica “estados ideais a serem buscados”³. Os princípios apontam para uma direção, um fim a ser perseguido⁴. Em suma: “os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível”⁵.

Postas essas premissas, buscamos em Celso Antônio Bandeira de Mello a definição que entendemos mais completa e adequada ao termo princípio:

[Princípio jurídico é] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁶

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do civilista Carlos Roberto Gonçalves, para quem os princípios são regras incutidas na consciência dos povos, amplamente reconhecidas independentemente de positivação, concluindo que referidas

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91.

² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 450-451.

normas, “de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo.”⁷

Cumpra ressaltar ainda que o estudo e conceituação do que seja princípio vem, na maioria das vezes, acompanhado do estudo das regras de direito. Ou seja, faz-se uma contraposição, um estudo conjunto, entre princípios e regras.

Dessa forma, a diferenciação tradicional aponta no sentido de que os princípios são mandatos de otimização que devem ser atendidos na maior medida possível, quando da sua aplicação ao caso concreto. Ao passo que as regras de direito se apresentam como mandatos definitivos, imperativos categóricos. Essa distinção tem em Robert Alexy um de seus maiores expoentes, de modo que se mostra interessante trazermos o seu posicionamento sobre o tema, *verbis*:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os *princípios* são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio”.⁸

Concluindo: os princípios “enunciam motivos para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido”⁹. Ou seja, “enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para tomar posição em circunstâncias só aparentemente indeterminadas.”¹⁰

Desse modo, “entende-se por princípio, o conjunto de preceitos

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: Parte Geral. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 75-76.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56.

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

essenciais os quais se destinam a exprimir o fenômeno jurídico”¹¹. Postas todas essas anotações, encerramos essa primeira passagem com a seguinte lição de Szaniawski:

Os princípios jurídicos, por conseguinte, consistem em ideias jurídicas gerais, as quais permitem considerar uma regulamentação ou norma, como convenientemente fundada por referência à ideia de Direito, ou a valores jurídicos reconhecidos, identificando-se, estes princípios, pelo menos em parte, com os próprios valores jurídicos, tal qual a noção de boa-fé ou de justiça distributiva.¹²

1.2 O Princípio da Proporcionalidade: considerações iniciais

Conforme leciona Suzana de Toledo Barros, forte no magistério de Karl Larenz, os princípios constitucionais são vistos como “ideias jurídicas materiais que lograram uma consciência jurídica geral”¹³. De modo que o reconhecimento e a aplicação de determinado princípio independe, ao menos em tese, de positivação. Dito de outro modo, os princípios jurídicos podem ser explícitos pela Constituição da República, ou podem ser retirados dela, de forma implícita¹⁴.

Sobre o processo de reconhecimento do princípio da proporcionalidade como um princípio constitucional implícito, trazemos a seguinte lição de Toledo Barros:

“Logo, por um processo de permanente adequação do sentido da Constituição, é natural que alguns princípios vão sendo descobertos e, graças a sua forma de convicção, vão se impondo nessa ordem jurídica como aptos a solucionar os casos concretos, qualificando o sistema interno como sistema aberto.

(...)

A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais”.¹⁵

De acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides, a ideia de princípio

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, 2000, p. 20.

¹² SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, 2000, p. 20.

¹³ BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 577.

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 92.

¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 92.

da proporcionalidade como um princípio constitucional, surge com a transição de um Estado de Direito superado, que se vinculava primordialmente ao princípio da legalidade e baseava-se no direito positivado, para a ascensão de um Estado de Direito ligado ao princípio da constitucionalidade, tendo como prioridade a atenção aos direitos fundamentais.¹⁶

Para entendermos o princípio da proporcionalidade como um princípio constitucional, temos, portanto, que considerar o advento histórico de duas concepções distintas de Estado de Direito: uma em declínio, vinculada por meio de doutrina ao princípio da legalidade, e a outra vinculada à constitucionalização do direito, na qual se encaixaria o princípio da proporcionalidade como um princípio inerente à Constituição¹⁷.

Com a constitucionalização do princípio da legalidade, e com a mitigação do direito positivo, observa-se uma maior liberdade do juiz – que deve fazer uso da aplicação das normas e princípios, dentre eles, o da proporcionalidade – se comparado ao legislador que já não tem mais o mesmo espaço de atuação de antes, estando, agora, inafastavelmente submetido ao princípio da constitucionalidade das leis por ele editadas^{18 19}.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399-400.

¹⁹ Sobre essa questão o prof. Bonavides faz questão de destacar que, a despeito do avanço institucional do Judiciário e da limitação à atuação Legislativa, não há que se falar em quebra da separação dos poderes. Nesse sentido: “Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascensão do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes. Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação dos poderes, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399.

Ou seja, “o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, típica da idade do primeiro Estado de Direito.”²⁰

“As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da constituição sobre a lei. Ou seja, a preponderância sólida do princípio de constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio da legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal.”²¹

Nesse contexto, como já afirmamos, a magistratura, ao promover a aplicação da lei aos casos que lhe são submetidos, tem um campo de atuação mais amplo. Espaço criado em grande parte pelas noções de conformidade e compatibilidade constitucional das leis²². Essas noções são, “por isso mesmo, mais aptas a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.”²³

De todo modo, a supremacia do princípio de constitucionalidade só cobra sentido, como bem assevera Bandeira de Mello, se diretamente vinculado à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e ao respeito aos direitos fundamentais. “Aqui, o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional²⁴.”

Como visto, com a superação do positivismo, os princípios jurídicos ganham cada vez mais espaço no nosso ordenamento²⁵. O princípio da proporcionalidade é pacificamente considerado princípio constitucional implícito²⁶, de modo que deve, junto aos demais postulados de status constitucional, orientar toda a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional. A doutrina mais autorizada vai além, considerando o postulado da proporcionalidade não apenas como um princípio

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

²⁵ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n.º 8 outubro/2010, p. 10.

²⁶ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**, 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 73.

constitucional implícito, mas como um princípio geral de direito do qual emanam as ideias de justiça, equidade, bom senso e direito, etc ²⁷.

Apesar de o princípio da proporcionalidade não se apresentar de forma expressa na Constituição Federal, sua existência é reconhecida como norma implícita constitucional, tal noção é deduzida de outros princípios que lhe são afins, tais como o princípio da igualdade, do devido processo legal (em sua acepção substantiva), da razoável duração do processo e da representação proporcional ²⁸.

Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides entende que o princípio da proporcionalidade integra a nossa constituição de modo implícito, não existindo enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional, concluindo, nesse sentido, que:

“O direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo.”²⁹

Para notar a relevância do princípio da proporcionalidade, é necessário ter atenção ao ensinamento de TOLEDO BARROS no sentido de que esse postulado tem aplicação no controle de constitucionalidade, regulando o excessos de poder do legislador quando este acaba por restringir em alguma medida os direitos fundamentais ³⁰.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120-122.

²⁸ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**, Ano V, n.º 8 outubro/2010, p. 10.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395.

³⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 34.

Sobre essa questão, segue Toledo Barros:

“Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.”³¹

Mas não apenas como instrumento de aferição da constitucionalidade das leis se limita o princípio da proporcionalidade. Conforme ressalta Gilmar Mendes, esse postulado compreende-se como um princípio geral de direito, o qual tem sido utilizado também na solução de conflitos federativos e na resolução de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos³². Para ilustrar seu entendimento, Gilmar Mendes cita a Intervenção Federal n.º 2.915, “na qual se assentou que a Intervenção federal, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade.”³³

1.3 A mitigação da legalidade pelo princípio da proporcionalidade

Nessa passagem, mostra-se relevante fazer uma breve contextualização histórico-evolutiva do direito constitucional, no sentido de que anteriormente esse ramo do direito previa quase que exclusivamente a organização do Estado com fundamentação na separação dos poderes, não fazendo parte da Carta Magna diversos outros assuntos incluídos nos dias de hoje. A evolução do direito constitucional acabou influenciando no conteúdo da nossa Constituição de 1988, que passou a abranger novas funções, passando a ir além da mera proteção contra o abuso estatal. Desse modo, a Constituição Federal passou a abranger os direitos fundamentais³⁴.

Com a evolução do constitucionalismo, desenvolveram-se novos princípios, e ocorreu uma redefinição dos princípios clássicos. O Poder Público continuou se baseando pelo princípio da legalidade, pelo qual se segue o que a lei

³¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 27.

³² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256.

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-46.

impõe. Entretanto, também se guiou pela legitimidade de sua atuação, ou seja, não mais era suficiente a obediência à estrita legalidade dos atos da Administração, tornando-se necessário que esses atos fossem coerentes aos fundamentos democráticos³⁵.

No panorama do Estado Democrático de Direito, faz-se especialmente importante o postulado da legalidade que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”³⁶.

O princípio da legalidade é um princípio inerente ao Estado de Direito:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.³⁷

Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito deste princípio, no Brasil, o postulado da legalidade significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina³⁸. No mesmo sentido se posiciona Di Pietro, ao afirmar que “a vontade da Administração Pública é a que decorre de lei”³⁹:

“Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.”⁴⁰

Nesse sentido, segue Di Pietro, “Na Administração Pública, só pode ser feito o que a lei permite, já na esfera privada, o princípio da autonomia da vontade

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-46.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 102-103.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 108.

permite que seja feito tudo o que a lei não proíba.”⁴¹

Nesse contexto, Di Pietro defende a tese de que, com a Constituição de 1988, houve um alargamento desse princípio da legalidade, quando começaram a ser incluídos os princípios do Estado Democrático de Direito. A consequência desse alargamento da legalidade foi o aumento da limitação à discricionariedade administrativa, pela obrigatoriedade de a Administração Pública se submeter aos princípios e valores inerentes à Constituição Federal de 1988⁴²:

“Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democráticos de Direito. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.”⁴³

A inclusão de princípios e valores à interpretação das leis traz consigo a pretensão de vincular a lei aos ideais de justiça, “ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na constituição.”⁴⁴

Com a supremacia da Constituição, esta passou a figurar o centro do ordenamento jurídico, trazendo assim uma grande mudança nos paradigmas do direito administrativo. Essa mudança fez com que os princípios e regras presentes na Constituição Federal passassem a influenciar diretamente no direito administrativo, “ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional”⁴⁵

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed.. São Paulo: Atlas, 2009, p.29.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.29.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 04, n. 14, jul./set. 2006, p. 34.

Nesse sentido vale destacar parte do texto de Gustavo Binenbojm:

“A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

(...)

Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão *validar* condutas *para além* ou mesmo contra a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, *validando* atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos.”⁴⁶

1.4 As primeiras aplicações do princípio da proporcionalidade no direito administrativo

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido a partir da jurisprudência de outros países, notadamente a França, com a sua doutrina da proibição dos excessos e dos desvios de finalidade dos atos de polícia, e a Alemanha, onde a proporcionalidade era usada como princípio jurídico de índole administrativa⁴⁷.

Este princípio teve como função principal controlar, tanto quanto possível, a discricionariedade do agente público, buscando evitar os excessos cometidos nessa atividade em face dos ilícitos cometidos por esses agentes. Tal discricionariedade da administração é decorrência direta da impossibilidade de a lei de regulamentar todos os possíveis atos do administrador, restando, assim, nas omissões do legislador, espaço para a discricionariedade da Administração Pública. Podendo-se, portanto, incorrer em

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 04, n. 14, jul./set. 2006, p. 35.

⁴⁷ COSTA, José Armando. *Contorno Jurídico da improbidade administrativa*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 70-71.

abuso no exercício do poder de polícia, ocasião em que é cabível falar na aplicação do princípio da proporcionalidade ⁴⁸.

Conforme destaca José Armando da Costa, o uso da proporcionalidade para limitar o poder de polícia do estado “foi, sem dúvida, o maior refrigério concebido no campo do direito público em favor dos direitos individuais.” ⁴⁹

Observa-se que, com o reflexo direto dos princípios constitucionais sob o direito administrativo, a discricionariedade administrativa fica vinculada a ponderações proporcionais e razoáveis, de acordo com os interesses jurídicos tutelados na Carta Maior. Nesse sentido, ocorre um pequeno estreitamento do ato administrativo, respaldado pela incidência direta dos princípios presentes na Constituição Federal. ⁵⁰

Desse modo, a atividade administrativa sofre influência decisiva da Constituição Federal, ocorre uma vinculação direta à lei maior, onde os princípios constitucionais, direitos fundamentais, princípios democráticos são diretamente ligados ao direito administrativo ⁵¹.

Ademais, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 966-4 e 958-3, pacificaram, ou ao menos acentuaram, o entendimento de que o princípio da proporcionalidade integra o contexto do nosso ordenamento constitucional, promanando diretamente do núcleo do direito fundamental à igualdade, ou ainda do devido processo legal, como acertadamente entende o Ministro Moreira Alves. Tal posicionamento se inspira no constitucionalismo americano⁵².

O princípio da proporcionalidade, sendo um princípio implícito na Constituição Federal, deve ser aplicado em todo o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se presente no nosso direito administrativo há muito tempo. A despeito de não ser positivado, e da forte resistência que em razão disso se percebeu na corrente

⁴⁸ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 70.

⁴⁹ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 70.

⁵⁰ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 70.

⁵¹ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 71.

⁵² COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 80.

positivista mais radical, tal princípio já era aplicado pela nossa jurisprudência ⁵³.

1.5 A positivação do princípio da proporcionalidade

No direito administrativo, o princípio da proporcionalidade já vem sendo colocado em prática há bastante tempo ⁵⁴, tornando-se positivado com a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

A omissão legislativa quanto ao princípio da proporcionalidade foi superada, como visto, pelo artigo 2º da Lei n.º 9.784/99. Impondo-se, desse modo, a sua aplicação na esfera do processo administrativo. Observe-se, nesse sentido, o texto da norma citada:

Lei n.º 9.784/1999, art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [grifo nosso].

Acerca da resistência à aplicação do princípio da proporcionalidade antes à sua positivação, Costa assevera o seguinte:

Embora já houvessem antigos acórdãos da nossa Suprema Corte reconhecido como implícito, já no nosso ordenamento constitucional de 1946, o princípio da proporcionalidade como diretriz delimitadora da ação legislativa do Congresso Nacional (o qual, com o pretexto de regular os direitos fundamentais insculpidos na lei das leis, chegava e chega por vezes, a negá-los), mesmo assim, predominavam, em matéria de direito administrativo, fortes resistências à sua aceitação.

Até a promulgação da lei acima referida, não havia o princípio da proporcionalidade adquirido, entre nós, *status* de padrão jurídico positivo, embora já houvesse muitas disposições legais que insinuavam a sua cogência. ⁵⁵

Além do dispositivo 2º da Lei n.º 9.784/99, autor também destaca o art. 128 da Lei 8.112/90, como mais uma positivação do princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas. Costa considera que: “Tal disposição, associando-se aos termos do

⁵³ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 73.

⁵⁴ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 73.

⁵⁵ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 73.

art. 128 referido, constitui o mais forte baluarte jus-positivista da proporcionalidade das sanções disciplinares”⁵⁶.

Nesse sentido, o dispositivo mencionado:

Lei 8.112/1990, 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.

Seguindo este posicionamento, Costa conclui:

Embora já vigorasse como princípio inorgânico e implícito no nosso ordenamento jurídico, vale enfatizar, contudo, que, somente com o advento do aludido dispositivo legal (art. 2º da Lei n.º 9.748/99), o princípio da proporcionalidade adquiriu, entre nós, indubitosa expressão de positividade, passando daí em diante a produzir eficácia jurídica em todas as áreas de manifestação da administração pública, incluindo-se obviamente o exercício do poder disciplinar⁵⁷.

⁵⁶ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 74.

⁵⁷ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 74.

2 O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 O poder Disciplinar

Conforme os ensinamentos de Antônio Carlos Alencar Carvalho, a Administração Pública, organizada de forma hierarquizada, não tem apenas a função de fazer com que os órgãos e agentes superiores tenham o dever de ordenar, coordenar e examinar os atos realizados por seus subordinados. A função dos agentes e órgãos superiores vai além disso, cabendo-lhes também a incumbência coercitiva, ou seja, aplicar aos agentes que cometerem irregularidades as punições devidas.⁵⁸

Desse modo, o poder disciplinar pode ser definido como uma estrutura hierarquizada da administração pública que constitui, e tem como fundamento, poder advindo dos órgãos e agentes hierarquicamente superiores, os quais têm o dever de observância em relação aos atos praticados pelos seus agentes subordinados, devendo aplicar-lhes sanções quando estes cometerem atos em divergência com o autorizado pela lei.⁵⁹

Nesse sentido, o autor destaca o conceituado Helly Lopes Meirelles:

“Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.”⁶⁰

Com efeito, Lucas Rocha Furtado⁶¹ ensina que o poder punitivo do Direito Administrativo pode se manifestar de duas formas distintas, ou seja, por meio do poder disciplinar, ou pelo poder de polícia. Observa-se que esses poderes punitivos conferidos ao Direito Administrativo são diferentes, pois atuam em áreas distintas. Ocorre que o poder de polícia intervém no âmbito privado, e o poder disciplinar atua na área pública.

Desse modo, o poder disciplinar atinge pessoas que se submetem à

⁵⁸ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 65.

⁵⁹ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 65.

⁶⁰ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.123.

⁶¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 676.

esfera interna da Administração Pública assessorando a administração, seja por meio de prestação de serviço, ou de abastecimento de materiais, realização de obras, entre outros. Assim, as pessoas atingidas pelo poder disciplinar sofrem punições em face de infrações cometidas em atividades relacionadas à Administração Pública.⁶²

Sendo assim, apenas os servidores públicos e colaboradores – prestadores de serviços, como, por exemplo, uma empresa contratada pela administração – são submetidos a sanções provenientes do poder disciplinar do estado.⁶³

Nesse contexto, explica Lucas Rocha Furtado:

“Ao tomarem posse em cargos públicos ou firmarem contratos com a Administração Pública, os servidores e as empresas contratadas se sujeitam a determinados regimes jurídicos que lhes impõe uma série de deveres e proibições. O poder disciplinar corresponde à atividade administrativa do Estado por meio da qual são aplicadas sanções àqueles que violem esses deveres ou que pratiquem ato vedado pela legislação ou pelo contrato.”⁶⁴

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que a lei é a fonte do poder disciplinar, competindo a ela determinar as penalidades disciplinares a serem imputadas ao agente que cometer ilícito administrativo.

Entretanto, no que tange ao contrato administrativo, este poderá prever as infrações que podem ocorrer, bem como as respectivas punições. Veja-se a seguinte lição:

“Em virtude da diversidade de condutas que podem resultar da execução dos inúmeros contratos celebrados pela Administração Pública, seria impossível à lei indicar quais se caracterizam como ilícitas. Se cabe ao contrato indicar os deveres e proibições impostas às empresas e aos profissionais contratados, cabe igualmente ao contrato estabelecer que a sua infração deva ser punida, apontando igualmente a pena a ser aplicada, dentre aquelas previstas em lei.”⁶⁵

Em relação à funcionalidade do poder disciplinar, as normas disciplinares criadas pelo Estado têm o condão de garantir a normalidade do desempenho das atividades da Administração. Essas normas objetivam impor aos servidores o cumprimento de seus deveres e o respeito às proibições estabelecidas na

⁶² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 677.

⁶³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 677.

⁶⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 677.

⁶⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 677.

Lei 8.112/90.⁶⁶

Desse modo, a violação das proibições emanadas na Lei do servidor público enseja a responsabilização disciplinar do agente que praticou o ilícito, impondo-lhe sanções correspondentes à gravidade do ilícito cometido, respeitando assim o princípio da proporcionalidade.⁶⁷

Nesse sentido, Antônio Carlos de Alencar Carvalho defende que o poder disciplinar objetiva o bom funcionamento da Administração, em prol do bem público, ou seja, zela pela efetividade e pela qualificação do serviço prestado, ao colocar sempre o interesse público acima do interesse privado, sendo necessária a imposição de penalidades para o agente que praticar atos em desarmonia com os interesses públicos, a fim de reprimir uma maior incidência dessas irregularidades.⁶⁸

“A existência de regras disciplinares, portanto, colima prevenir irregularidades no serviço público e preservar os valores e interesses superiores à coletividade confiados à Administração Pública, a qual atua mediante atos praticados por seus agentes, daí a importância do regramento da conduta destes. “O poder disciplinar tem feição essencialmente apenadora, pois é destinado a reprimir os desvios de comportamento dos servidores públicos por meio da imposição de correspondentes sanções aos transgressores. A punição dos culpados é fundamental, porquanto atua como fator de exemplo para os demais agentes públicos e termina por desencorajar o descumprimento das regras de conduta funcional.

Na verdade, o aspecto repressivo do direito administrativo disciplinar reflete o ideal do ordenamento jurídico de, mediante a previsão em lei de punições para condutas consideradas indesejáveis, proteger os valores fundamentais para o bom funcionamento da Administração Pública, assim como assegurar o respeito aos princípios constitucionais e legais que a regem.”

É importante salientar que o poder disciplinar é discricionário, ou seja, a Administração, de acordo com a infração cometida pelo agente e a função que deveria desempenhar, tem discricionariedade para aplicar a sanção que considerar cabível, dentro do disposto em lei, e de acordo com a proporcionalidade.⁶⁹

⁶⁶ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 24.

⁶⁷ COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 25.

⁶⁸ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 66-67.

⁶⁹ AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.76.

Entretanto, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esta discricionariedade é limitada, uma vez que se refere apenas à margem de discricionariedade que a lei dá à Administração para escolher a sanção cabível de acordo com a gravidade do ilícito cometido, desde que em consonância com o disposto em lei. Não sendo permitida à administração a discricionariedade quanto a punir ou não punir. Entende-se que, uma vez tendo tomado conhecimento de ilícito cometido por servidor dentro da administração, é dever dela apurar o ocorrido e, sendo o caso, aplicar a sanção cabível.⁷⁰

Por fim, é de se notar, que não é possível a aplicação de qualquer sanção administrativa sem que haja o respeito ao princípio do devido processo legal, o qual enseja na procedimentalização do exercício do poder disciplinar. Assim, apenas por meio do devido processo disciplinar, seja o PAD ou a sindicância, é que é permitido à Administração impor penalidade ao servidor.⁷¹

Sendo assim, passaremos a analisar o devido processo disciplinar em face da penalidade de demissão, que ocorre somente por meio do processo administrativo disciplinar. Portanto, neste trabalho não analisaremos a sindicância.

2.2 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar

O processo administrativo disciplinar é um procedimento previsto na Constituição Federal, em que se deve obedecer ao devido processo legal, conferindo aos seus acusados o acesso a todos os princípios constitucionais. Desse modo, a Lei dos servidores públicos (Lei 8.112/90) é a responsável por regulamentar todo o regime e o respectivo processo disciplinar dos servidores públicos federais. Caso a Lei 8.112/90 traga algum tipo de omissão, deve ser utilizada, por analogia a Lei 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.⁷²

Conforme dispõe o artigo 148 da Lei 8.112/90, o Processo Administrativo Disciplinar é o instrumento formal pelo qual a administração pública

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 94.

⁷¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 677.

⁷² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 986.

deve apurar possíveis atos ilegais praticados pelos servidores públicos, cabendo a aplicação de sanções devidas a cada caso.⁷³

“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 encontre investido”.

Observa-se que, para que ocorra qualquer tipo de sanção, a infração deve ser apurada por meio de procedimento formal, no qual o agente tem o direito constitucional de se defender:

“Quando uma infração é praticada no âmbito da administração, é absolutamente necessário apura-la, como garantia para o servidor e também da administração. O procedimento tem que ser formal para permitir ao autor do fato o exercício do direito de ampla defesa, procurando eximir-se da acusação a ele oferecida.”⁷⁴

Ainda de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, o Processo Administrativo Disciplinar está abrigado no sistema disciplinar existente na relação entre o Estado e seus agentes, no qual a administração pública é responsável pela atuação de seus servidores dentro da legalidade.⁷⁵

Nesse contexto, há a Lei 8.112/90, que é o Estatuto dos Servidores Civis da União, que deve ser aplicada aos processos administrativos disciplinares relativos aos servidores federais. No entanto, cada ente federativo tem autonomia, podendo ter o seu próprio estatuto. Sendo assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regras próprias para apuração de irregularidades cometidas por seus servidores.⁷⁶

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073.

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073-1974.

O mesmo autor define como objeto do Processo Administrativo Disciplinar a apuração de infrações cometidas por servidores públicos no exercício de sua função, independentemente da gravidade da conduta⁷⁷

Tal posicionamento difere-se do defendido por Helly Lopes Meirelles, que, considera que o Processo Administrativo Disciplinar tem a finalidade de apurar e punir as faltas graves cometidas por funcionário público.⁷⁸

Observa-se, portanto, que, para se chegar à conclusão sobre a gravidade da conduta praticada, é necessária a instauração do Processo Administrativo Disciplinar. Desse modo, deve-se instaurar o Processo Administrativo Disciplinar tanto no caso de faltas leves, como na prática de faltas mais graves, pois só, ao final do processo, é possível mensurar a gravidade da conduta, aplicando-se assim a sanção prevista.⁷⁹

O artigo 146 da Lei 8.112/90 define as penalidades que necessitam obrigatoriamente da instauração do Processo Administrativo Disciplinar. As penalidades elencadas nesse artigo são imputadas aos agentes públicos no caso de cometimento de faltas graves.

Desse modo, observa-se que as faltas graves, que ensejam penalidade de suspensão superior a 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão, devem necessariamente ser apuradas por meio de Processo Administrativo Disciplinar, respeitando-se, assim, o princípio do devido processo legal.⁸⁰:

“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.”

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073-1074.

⁷⁸ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.594.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p.1.073-1074.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 634.

Maria Sylvia Zanela di Pietro observa que o Processo Administrativo Disciplinar é de caráter obrigatório no caso de penas que impliquem a perda de cargo no caso dos funcionários estáveis, conforme previsto no artigo 41 da Constituição Federal:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”

Di Pietro destaca ainda o artigo 100 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que também exige o Processo Administrativo Disciplinar no caso de demissão ou dispensa de servidor efetivo, ou estável, que, seja considerado ineficiente ou desidioso no desempenho de suas funções.⁸¹

Como já dito, o Processo Administrativo Disciplinar é o procedimento adotado para a apuração de irregularidades que podem existir dentro da administração pública, e a consequente responsabilização do servidor que descumpriu o estabelecido em lei, seja causando dano ao erário público, ou ferindo a conduta ilibada da administração.

Para que a administração possa apurar tais infrações, deve ser observado o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que define o devido processo legal como direito fundamental daquele acusado em processo judicial ou administrativo⁸²:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Pode se dizer que o Processo Administrativo Disciplinar é espécie do gênero Processo Administrativo, tendo a função de tomar conhecimento e apurar

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 634-635.

⁸² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 986.

infrações cometidas por agentes públicos ou particulares que se submetem ao regime jurídico administrativo.⁸³

Observa-se que a sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar são necessários para que se possa aplicar uma sanção ao servidor que cometeu desvio funcional, sendo obrigatória a sua instauração quando do conhecimento de alguma irregularidade praticada por servidor dentro da Administração, não restando discricionariedade à Administração quanto à instauração do procedimento devido. Esse dever está disposto no artigo 143 da Lei 8.112/90, senão vejamos:⁸⁴

“Art. 123: A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo.” [grifo nosso]

A Constituição Federal estabelece que o Processo Administrativo Disciplinar deve ser de responsabilidade do contencioso administrativo, sendo um procedimento de controle interno da administração. Observa-se que não há necessidade de existência prévia do PAD para ingresso na esfera judicial, de tal modo que se busque eliminar abusos ocorridos nos órgãos administrativos.⁸⁵

Visto isso, em respeito ao devido processo legal, a Lei n.º 8.112/90, além de estabelecer a responsabilidade administrativa, trata do poder disciplinar do estado sobre seus servidores, bem como do Processo Administrativo Disciplinar aplicado aos servidores públicos federais.⁸⁶

A supracitada Lei dos servidores públicos federais, ao tratar da responsabilidade administrativa de seus servidores, elenca os deveres e as proibições inerentes ao serviço público, além de mencionar todo o procedimento administrativo disciplinar e a consequente sanção aplicada.⁸⁷

“Caracteriza-se o regime disciplinar dos servidores brasileiros, em primeiro lugar, pela adoção de sistemática em que os deveres e as proibições dos servidores, ou seja, em que as denominadas infrações

⁸³ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011, p. 53.

⁸⁴ CRETELLA JÚNIOR, 2008 apud SCHULZ, 2011, p 53.

⁸⁵ CARVALHO FILHO, 2006, apud SCHULZ, 2011, p 55.

⁸⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 986.

⁸⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 986.

funcionais são definidas em lei administrativa e, em segundo lugar, pela circunstância de que a apuração e o sancionamento são efetuados pela própria Administração Pública.”

Sobre o Processo Administrativo e a sua prescindibilidade, Wellington Pacheco Barros, discorre:

“A necessidade de utilização do devido processo administrativo pela Administração Pública, quando houver litígio entre esta e um particular, é princípio fundamental de garantia assegurado pela Constituição Federal, através do art. 5º, incisos LIV e LV, significando entender que, por ele, quando o estado pretender privar alguém de sua liberdade ou de seus bens, somente isto se tornará possível através de processo que tenha previsão prévia na lei no qual seja garantido o chamado litigante o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.

Tem-se, portanto, que o princípio só se torna exigível quando, de alguma forma, ficar estabelecido um litígio entre o Estado e uma pessoa determinada. E litígio, no conceito vernacular, significa pleito, demanda, pendência, lide, causa, efeito, que, em qualquer destes conceitos, significa a existência de uma contrariedade de interesses entre o particular e o estado.”⁸⁸

Observa-se portanto, que não é apenas no processo administrativo disciplinar que é resguardado o devido processo legal e seus princípios decorrentes, em todos os processos da Administração Pública, tais princípios são preservados por força normativa constitucional.⁸⁹

2.3 Sanção administrativa

Como já dito, com a intenção de salvaguardar a qualidade de prestação de serviços, a Administração instituiu normas disciplinares, almejando assim que os servidores cumprissem seus deveres de forma regular e lícita. Para tanto, no caso de cometimento de infrações funcionais, é imposta ao servidor uma sanção disciplinar.⁹⁰

A aplicação da penalidade ao servidor tem duas finalidades principais:

⁸⁸ Barros, Wellington Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

⁸⁹ Barros, Wellington Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

⁹⁰ AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.76.

prevenir e repreender. Desse modo, o objetivo é evitar que o agente cometa atos ilícitos determinados por lei, mas, caso haja a ocorrência de infrações, tem a finalidade de repreender tal conduta.⁹¹

Nesse sentido, servidores Públicos Federais, no caso de condutas ilícitas, ficam sujeitos à imposição das seguintes penalidades: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.⁹²

O artigo 127 da Lei 8.112/90 disciplina as penalidades aplicadas pela Administração Pública a título de sancionamento aos servidores que cometem infrações funcionais:⁹³

“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.”

A demissão é a pena mais severa, é a expulsão do servidor dos quadros de funcionários da Administração Pública, o qual perde seu cargo e fica impedido, de forma temporária ou definitiva, de assumir novo cargo na Administração Pública.⁹⁴

As penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias são consideradas leves, ou seja, são aplicadas nos casos de infrações menos graves. A advertência e a suspensão estão dispostas respectivamente nos artigos 129 e 130 da Lei

⁹¹ AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.77.

⁹² AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.77.

⁹³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 986.

⁹⁴ AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.77.

8.112/90:⁹⁵

“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”.

Vale transcrever o artigo 117 incisos, I a VIII e XIX, citados no artigo 129 e que também dão ensejo à penalidade de advertência:

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapeço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiar-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado”.

Já a pena de suspensão é aplicada no caso de reincidência das condutas que ensejam advertência, conforme prevê o artigo 130 da supracitada lei:

“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”.

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, 2008 apud SCHULZ, 2011, p 53.

Já a penalidade de demissão só é imputada ao servidor no caso de infrações de caráter grave, pois é considerada a pena capital da Administração Pública. As hipóteses de infrações que ensejam em demissão estão previstas no artigo 132 da Lei 8112/90:

“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.”

Vale transcrever o artigo 117 incisos, IX a XVI, citados no artigo 132 e que também dão ensejo à penalidade de demissão:

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

- IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
- XV - proceder de forma desidiosa;
- XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;”

No que tange às demais penalidades, Lucas Rocha Furtado conclui:

“A pena de cassação, por sua vez, está diretamente ligada à demissão. Nos termos do artigo 134, “será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”. Nos termos do artigo 135 da Lei n.º 8112/90, 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.”⁹⁶

Desse modo, conclui-se que, dentre as penalidades de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou a destituição, apenas a demissão pode ser aplicada aos servidores públicos efetivos que pratiquem qualquer das infrações dispostas no artigo 13.⁹⁷

Desse modo, se alguma das infrações dispostas no artigo 132 for praticada na atividade, por servidor inativo (aposentado ou em disponibilidade), a penalidade não será de demissão, e sim de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Também não se aplica a penalidade de demissão ao comissionado sem vínculo efetivo, que tenha praticado alguma das condutas do artigo 132 ou 130 da Lei 8.112/90, a este aplica-se a destituição. Observa-se que, para os comissionados sem vínculo efetivo, a penalidade de destituição ocorre não só no caso de cometimento de infração passível de demissão, como também no caso das infrações passíveis de suspensão.⁹⁸

Como já mencionado no tópico anterior, as infrações correspondentes às penalidades leves (advertência e suspensão até 30 dias) são apuradas por meio de sindicância, já as infrações graves, que dão ensejo às penalidades de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e destituição, são apuradas apenas por meio do processo administrativo disciplinar.⁹⁹

Após o quanto exposto neste tópico, analisar-se-á com maior destaque os temas referentes à penalidade de demissão, que é o assunto do presente trabalho.

⁹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 988.

⁹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 989.

⁹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 989.

⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, 2008 apud SCHULZ, 2011, p 53.

2.3.1 A aplicação da sanção administrativa: um ato vinculado ou discricionário?

Há grande controvérsia em torno da discricionariedade da Administração na imputação das penalidades disciplinares. O artigo 128 da Lei 8.112/90 dispõe que “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Com isso, subentendemos que existe uma discricionariedade da administração na imputação da penalidade.¹⁰⁰

Contudo, a Lei 8.112/90 especifica todas as penalidades que devem ser impostas a cada tipo de infração praticada, tendo como exceção a penalidade de suspensão, que o administrador tem a discricionariedade de utilizar do disposto no artigo 128 para determinar o tempo de suspensão, levando em consideração o máximo de 90 dias, além de poder decidir entre converter a pena de suspensão em multa.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado se posiciona: “A margem de discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares é mínima e somente se verifica em duas situações, ambas relacionadas a pena de suspensão. [grifo nosso]

A primeira hipótese de discricionariedade na aplicação de sanções disciplinares diz respeito à gradação da pena de suspensão, que nos termos da lei pode ser de um a 90 dias. A partir do *juízo de ponderação*, e tendo como parâmetro os elementos indicados pelo art. 128 (“natureza e gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”), poderá ser aplicada suspensão de um dia, de dez dias, de trinta dias etc.

A outra situação em que o juízo de discricionariedade interfere na aplicação das sanções está relacionada à possibilidade de a *pena de suspensão ser convertida em multa*. Nos termos do art. 130 § 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”. Ou seja, a decisão de converter a suspensão em multa cabe discricionariamente à Administração Pública, e não ao servidor punido.”¹⁰¹

¹⁰⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 988.

¹⁰¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 989.

No caso do artigo 132 da Lei 8112/90, que define as condutas para as quais a penalidade prevista é a de demissão, é que se observa a ausência de discricionariedade da administração em face do cumprimento do dispositivo legal.

Desse modo, a demissão acaba sendo um ato vinculado, no qual a administração, após o enquadramento do acusado em um dos incisos do artigo 132, não tem o que fazer a não ser aplicar a penalidade prevista em lei.

Com isso, sem margem de discricionariedade, não compete à Administração aplicar o princípio da proporcionalidade após o enquadramento da conduta do acusado. Ocorre que a questão não é pacífica, existindo várias correntes, as quais veremos no próximo capítulo.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE DEMISSÃO

3.1 Demissão como um ato vinculado e a aplicação do princípio da proporcionalidade

As sanções mais severas, ou seja, a demissão, a cassação de aposentadoria e a disponibilidade, via de regra, são vinculadas, ou seja, não dependem da vontade ou da proporcionalidade aplicada pela Administração, uma vez que a lei já impõe a medida cabível.¹⁰²

Desse modo, como analisado no capítulo anterior, a Administração Pública não tem competência para adotar entendimento diverso do estabelecido em lei, devendo, assim, aplicar a decisão normativamente prevista.¹⁰³

Nesse mesmo sentido, José Cretella Júnior, explica:

“(...) a demissão de servidor estável é típico ato vinculado, porque a Administração o pratica sob pressupostos anteriores delineados e é tolhida de decidir que o afastamento do funcionário, apesar de culpado, não seja oportuno ou conveniente à luz do funcionamento do serviço público.”¹⁰⁴

Corroborando a tese de ausência de discricionariedade da Administração Pública ao imputar a penalidade de demissão, observamos o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Tendo a comissão disciplinar considerado que houve infração ao art. 117, inc. IX, da Lei n. 8.112/90, a ser punida com pena de demissão, a teor do que determina o art. 132, XII, da Lei 8.112/90, é de se reconhecer que houve vício na decisão que determinou a aplicação da pena de suspensão à autora.”¹⁰⁵

Contudo, sendo a demissão um ato vinculado ao artigo 132 da Lei 8.112/90, sendo o acusado enquadrado em qualquer uma das condutas presentes nesse dispositivo, deverá a administração cumprir a Lei, não cabendo, após o enquadramento,

¹⁰² COSTA, José Armando da. **Controle Judicial do Ato Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 47-48.

¹⁰³ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 65.

¹⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1977 apud Carvalho, 2001.

¹⁰⁵ AC n.º 2000.32.00.006062-3/AM – Apelação Cível, relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª turma, DJ, P.11, 08.10.2007, decisão de 22.08.2007, por unanimidade.

a análise da proporcionalidade da pena aplicada.¹⁰⁶

Vinícius de Carvalho Madeira defende que, no caso em que a penalidade a ser imputada é a de demissão, para que seja aplicada uma pena justa, dependendo do caso, o administrador não deve instaurar o processo, ou desclassificar o ilícito para um outro dispositivo que não seja do artigo 132 da Lei 8.112/90, possibilitando assim uma pena mais amena. Concluindo assim, que o princípio constitucional da proporcionalidade só pode ser invocado para evitar a pena de demissão se for para desclassificar o ilícito, ou seja, mudar o enquadramento para que não enseje demissão, não podendo ser usado apenas para atenuar a pena.¹⁰⁷

Percebe-se, portanto, que a questão não é pacífica. O debate envolve interesses diversos e de relevância, notadamente no que se refere ao interesse do jurisdicionado na qualidade de servidor público, que pode ter seu cargo público ceifado em razão de um processo administrativo disciplinar movido a fim de punir, por exemplo, a negligência do servidor público no cuidado com o patrimônio público (Lei 8.429, art. 10, inciso X), conduta tipificada como improbidade administrativa, sujeita à penalidade de demissão. Conforme entendimento de José Armando da Costa¹⁰⁸:

“(…) Onde se pode constatar o absurdo do legislador prevendo a pena capital de demissão para uma conduta faltosa apenas negligente, o que incorre, até, em petição de princípio, pois como, de sua consciência, admitir a desonestidade de alguém por conduta funcional involuntária. A falta de razoabilidade de tal norma ecoa de modo descometido. Tal norma é portanto inconstitucional.”

Observe-se que a conduta tipificada como ilícito administrativo é demasiadamente aberta, podendo dar ensejo a demissões arbitrárias e que violam o princípio da proporcionalidade. E no sentido de se analisar de forma mais detida essa questão é que pretende se direcionar o presente trabalho.

Percebe-se que a controvérsia se dá em torno da obrigatoriedade da imputação da pena capital de demissão, nos casos em que se conclui pela tipificação da infração do servidor nos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90. Desse modo, a doutrina e os tribunais se posicionam contrariamente à orientação seguida pela Advocacia-Geral

¹⁰⁶ PASTORE, Alexandro Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010.

¹⁰⁷ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **Lições de Processo Disciplinar**. 1. ed. Brasília: Fortium, 2008.

¹⁰⁸ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 80.

da União.¹⁰⁹

Se, por um lado, seguir cegamente os opinativos poderia importar automatismo, esvaziando-se o juízo que necessariamente integra e caracteriza o processo administrativo disciplinar, por outro, também se pode afirmar que obtemperar de forma acrítica o conteúdo judicial acima equivaleria a relativizar o efetivo exercício do Direito Disciplinar, acarretando punições divergentes para infrações similares, expondo a matéria correcional à insegurança jurídica e a alegações de arbitrariedade.¹¹⁰

Contudo, o princípio da proporcionalidade se vê aplicado no processo administrativo disciplinar durante o seu percurso em vários momentos, começando pela fase anterior à instauração, onde se escolhe o procedimento adequado a se seguir (processo administrativo disciplinar, sindicância, ou arquivamento sumário da denúncia) e nas demais oportunidades no decorrer do processo administrativo.

Cumprir registrar que a proporcionalidade aplicada no relatório final da comissão processante, quando a comissão, diante do ato irregular noticiado na indicição, à vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* este se encaixe, deve enquadrá-lo no que for mais adequado, fazendo um balanço de todas as circunstâncias presentes no caso, sejam estas agravantes, atenuantes, antecedentes funcionais, etc., obedecendo assim ao disposto no artigo 128 da Lei 8112/90¹¹¹:

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.

Desse modo, após a aplicação da proporcionalidade no curso do procedimento administrativo, caso a comissão processante entenda que a conduta do acusado deve ser enquadrada no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, caberá ao servidor a

¹⁰⁹ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 18.

¹¹⁰ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 18.

¹¹¹ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 15-16.

penalidade de demissão.¹¹²

Nesse sentido, confira-se:

“(…) a obrigatoriedade da aplicação de pena de demissão, encarada como lei natural definida pela causa (a conduta apurada) e pelo efeito (a punição), só se verificará caso, posteriormente ao juízo de proporcionalidade, a autoridade julgadora se convencer, com base na prova dos autos, de que a conduta sob exame se enquadra num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.”¹¹³

Por fim, cabe ressaltar que o princípio da proporcionalidade, por ser um princípio inerente à Constituição, não deve nem pode deixar de ser aplicado no processo administrativo disciplinar em face da obrigatoriedade de uma determinada pena. Contudo, a proporcionalidade, e a consequente dosimetria da pena, encontra-se presente na própria determinação do enquadramento do ilícito cometido.¹¹⁴

Além das discussões doutrinárias sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, e a vinculação da administração à lei no que tange à imputação da penalidade de demissão nos casos previstos no artigo 132 da lei nº 8.112/90, tal matéria já é objeto de pareceres vinculantes proferidos pela Advocacia-Geral da União, e é também objeto do controle jurisdicional, que tem como objetivo o controle dos atos administrativos. Em relação ao posicionamento da AGU e dos Tribunais Superiores, estudaremos a seguir.

3.2 Posicionamento defendido pela Advocacia-Geral da União e pela Controladoria-Geral da União (CGU) em face da aplicação da pena capital de demissão

De acordo com o Manual de Processo Administrativo Disciplinar, feito pela Controladoria-Geral da União (CGU) em consonância com o posicionamento da Advocacia-Geral da União (AGU), quando o acusado é enquadrado no artigo 132 da Lei 8.112/90, não existe a possibilidade de ser aplicada pena mais branda, a atuação da

¹¹² PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 19.

¹¹³ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 19.

¹¹⁴ COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 76.

Administração nesse caso é vinculada, não podendo deixar de aplicar a pena capital ao acusado.¹¹⁵

A impossibilidade de dosimetria da pena que ocorre nos casos de demissão, não ocorre no caso das penalidades de advertência e de suspensão, nos quais não há qualquer impedimento para a aplicação do artigo 128 da Lei 8.112/90.

Ocorre que a imputação da pena de demissão é de caráter vinculado, não restando alternativa que não seja respeitar o disposto no artigo 132. Já nos casos de advertência e suspensão, existe uma discricionariedade por parte da Administração para dosar a pena de acordo com o princípio da proporcionalidade, podendo agravar a penalidade de advertência, ou ainda, decidir o tempo de suspensão entre 1 a 90 dias, conforme previsto em Lei.¹¹⁶

Nesse sentido,

“(…) Entretanto, para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n.º 8.112/90, o entendimento majoritário aponta no sentido da inadequação da aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, considerando a inexistência de comunicação entre as penas capitais e as penas de advertência e suspensão.”¹¹⁷

Nesse mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União já se manifestou em seus pareceres vinculantes QG 183 e QG 177, senão vejamos:

“**PARECER N.º GQ-177** (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar n.º73, de 10/02/93) - 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

¹¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2013, p. 377.

¹¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2013, p. 380-381.

¹¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2013, p. 378.

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.[grifo nosso]

“PARECER N.º GQ-183

(Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar n.º73, de 10/02/93)

- Ementa:

É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n.º 8.112, de 1990”.
[grifo nosso]

Observa-se, de acordo com a Advocacia-Geral da União, em seus pareceres vinculantes GQ 183 e GQ 177, considera-se que, uma vez que o seja servidor enquadrado na lei que impõe a penalidade de demissão (Lei 8.112/90, art. 132), não cabe à administração atenuar tal penalidade. Podemos ver a aplicação do parecer vinculante GQ 177 em recente posicionamento da AGU,

“PARECER N.º 086/2012/EVX/CAD/CONJUR-MJ/CGU/AGU.
Verbis:

31. Ao assim proceder, o indiciado praticou a infração disciplinar prevista no artigo 117, inciso XVI, da Lei n.º 8112/90 (utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares), conforme corretamente se manifestou a comissão processante.

Ora, dispõe a Lei 8.112/90 que tal transgressão disciplinar enseja a aplicação da penalidade de demissão. *In verbis:*

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

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

32. Todavia, o colegiado ao se pronunciar sobre a sanção, erroneamente opinou no sentido de substituir tal pena para a de suspensão, em observância ao Princípio da Proporcionalidade.

33. Ocorre, que tal substituição é incabível nos termos do Parecer da

Advocacia-Geral da União n.º GQ – 177, vinculante para toda a Administração Pública Federal:

‘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.’

34. Deste modo, conclui-se que apurada a falta a que a legislação de regência determina a aplicação da pena capital, esta deverá ser imposta não havendo qualquer margem de discricionariedade na autuação da autoridade administrativa.” [grifo nosso]

De todo modo, é de se notar que essa é uma questão ainda não pacificada. O Superior Tribunal de Justiça, em algumas de suas decisões, vem se posicionando de maneira divergente da AGU e da CGU. Veremos, portanto, nos próximos capítulos o posicionamento adotado pelo STJ.

3.3 Aspectos do controle jurisdicional

O atual Estado de Direito permite a intervenção do Poder Judiciário em qualquer lesão ou ameaça ao direito, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Tal artigo refere-se ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que atos administrativos disciplinares podem ser levados à apreciação do Judiciário.¹¹⁸ Confira-se:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Com efeito, o Poder Judiciário tem a liberdade de intervir nas sanções impostas em Processo Administrativo Disciplinar em busca do controle da legalidade do ato. Nesse momento, o Judiciário aplica o Princípio da Proporcionalidade previsto em lei, para alterar a decisão proferida no Processo Administrativo Disciplinar. Confira-se a seguinte lição:¹¹⁹

“A problemática surge quando o Poder Judiciário reconhece sua incompetência para atuar no controle de mérito do ato disciplinar, mas mesmo assim se imiscui nas decisões disciplinares, sob a alegação de estar controlando apenas a legalidade do ato. Para tal, utiliza-se do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 2º da Lei no 9.784/99. Todavia, por vezes, extrapola essas questões de legalidade e passa, na verdade, a analisar indiscriminadamente todos os procedimentos disciplinares, inclusive alterando a sanção imposta pela Administração. Dessa forma, o Poder Judiciário anula a penalidade disciplinar desproporcional e determina a aplicação de uma penalidade “menos severa”, substituindo o julgamento realizado pela Administração Pública.”

Assim, de acordo com a CGU, tal intervenção do Judiciário pode acarretar “uma invasão da esfera de competência da Administração pública pelo poder Judiciário”.¹²⁰ Deve, portanto, haver um controle dessa intervenção, para não ferir o

¹¹⁸ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

¹¹⁹ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

¹²⁰ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU,

princípio da separação dos poderes, conforme estabelece o artigo 2º da Constituição Federal:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A Constituição Federal estabelece um sistema de controle e fiscalização mútuo entre os três poderes para garantir a independência e a harmonia entre eles, afastando assim, a possibilidade de haver supremacia de um poder sobre o outro.¹²¹

O Poder Judiciário exerce controle jurisdicional sob atos administrativos, quais sejam, processos administrativos, contratos, atividades ou operações materiais. Além dos atos praticados pela Administração Pública, o controle jurisdicional abrange até mesmo a omissão ou a inércia administrativa.¹²²

O mencionado controle é posterior à edição dos atos da Administração Pública, sendo, portanto, repressivo ou corretivo, em consonância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural, da proporcionalidade, do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios constitucionais.¹²³

A Administração Pública, vinculada pela lei, não tem uma ampla liberdade para praticar atos discricionários, sendo, na maior parte das vezes, vinculada ao estrito cumprimento legal¹²⁴.

“Em um Estado Democrático de Direito, em que todos estão sob o manto da lei, não é concebível que haja total liberdade para que o administrador público pratique ato discricionário sem quaisquer limites no que diz respeito ao seu mérito, ainda mais quando se encontra em total dissonância com a norma constitucional”.¹²⁵

2011.

¹²¹ MORAES, 2006 apud SCHULZ, 2011.

¹²² MEIRELLES, 2005 apud SCHULZ, 2011.

¹²³ MEDAUAR, 2009 apud SCHULZ, 2011..

¹²⁴ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

¹²⁵ SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

Portanto, por ser a Constituição Federal a norma suprema dentro de um Estado Democrático de Direito, o poder Judiciário tem o dever de exercer o controle dos atos praticados pela Administração Pública, por ser o responsável pela ordem jurídica.¹²⁶

Nesse sentido, entende-se que a observância à aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Judiciário é matéria de legalidade, não intervindo no mérito administrativo, uma vez que o artigo 2º da Lei 9.784/1999 é claro ao quanto à obrigatoriedade da aplicação da proporcionalidade nos processos administrativos.¹²⁷

Portanto, a análise da proporcionalidade do ato administrativo pelo Judiciário não ofende o princípio da autonomia das instâncias, cabendo ao Judiciário controlar o abuso de poder e proibir penalidades excessivas por parte da Administração.

Nesse contexto, observam-se as seguintes decisões:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CABIMENTO. MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM NA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. **Compete ao Poder Judiciário apreciar, além da regularidade do Processo Administrativo Disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade da penalidade aplicada, a fim de garantir que a Administração exerça seu poder disciplinar dentro dos limites estabelecidos no art. 37 de CF.**

2. A motivação do ato administrativo consubstancia-se na exposição dos motivos; é a demonstração das razões que levaram à prática do ato, presentes, na espécie.

3. Não há que se falar em bis in idem na tipificação da conduta praticada pelo Impetrante, pois em que pese a Comissão Processante tenha concluído pela prática das proibições contidas nos incisos IX e XII do artigo 117 da Lei n. 8.112/90, o Parecer Jurídico acolhido pela Autoridade Coatora propôs que fosse aplicada a penalidade ao investigado correspondente apenas ao inciso IX do artigo 117 da referida legislação.

4. A sanção de demissão aplicada ao Impetrante mostra-se proporcional às faltas a ele atribuídas, pois ficou claro que, em conluio com terceiro, fraudou benefícios previdenciários, seja modificando as informações constantes da carteira de trabalho dos segurados, seja facilitando o trâmite para a concessão das aposentadorias irregularmente.(...) [grifo nosso]”¹²⁸

¹²⁶ BONAVIDES, 2009 apud SCHULTZ, 2011.

¹²⁷ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 1091.

¹²⁸ STJ. MS 13828 / DF. 3ª Seção. Rel: Min. Jorge Mussi. DJe: 22/03/2013.

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA DO INSS. DEMISSÃO POR DESÍDIA. LEIS NºS 1.711/52 E 8.112/90. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INOCORRENTE. CONJUNTO PROBATÓRIO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSUBSISTENTE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, NÃO PROVIDAS.

6. A insindicabilidade do mérito do ato administrativo não é princípio absoluto no direito administrativo contemporâneo, mormente em se tratando de aferir a proporção e razoabilidade entre ilícito e sanção. Inexistência de ferimento ao princípio da autonomia das instâncias no exame pelo Poder Judiciário da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo, é dizer, da relação de adequação entre o poder manejado pelo agente público e o fim colimado, bem como, no caso do direito administrativo penal, a proporcionalidade e correta individualização da pena em face da infração praticada.

7. No mérito, o conjunto probatório coligido não demonstra desídia da servidora que justifique a pena de demissão. Outrossim, a regularidade do processo administrativo disciplinar, bem como a observância do devido processo legal, não conferem *ipso facto* razoabilidade ao seu resultado, o qual deve guardar proporcionalidade e coerência com a prova dos autos.

8. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.”
[grifos nosso]¹²⁹

¹²⁹ TRF. 1ª Região. APC 2002.41.00.001563-0/RO. 1ª Turma. Rel: Min. Desembargador Federal José Amilcar Machado. Dj: 13/03/2006.

3.4 O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de demissão

Em contraposição ao posicionamento da Advocacia-Geral da União, temos a vertente do Superior Tribunal de Justiça, e da doutrina. O STJ, por meio do Mandado de Segurança n.º 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, determinou que os citados pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União são ilegais.¹³⁰

“4. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar. 6. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado” (fl. 161). As razões do recurso alegam a repercussão.” [grifo nosso]

Como pode se observar, a controvérsia se dá em torno da obrigatoriedade da imputação da pena capital de demissão, nos casos em que se conclui pela tipificação da infração do servidor nos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90. Desse modo, parte da doutrina e os tribunais se posicionam contrariamente à orientação seguida pela Advocacia-Geral da União.¹³¹

É de se notar que o Judiciário exerce um controle intenso sobre o poder sancionador da Administração Pública, exigindo a motivação dos atos administrativos e a dosimetria e proporcionalidade no Direito Disciplinar.¹³²

Como visto, postam-se os tribunais contrariamente a essa orientação proferida pela Advocacia-Geral da União, por entendê-la contrária aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

¹³⁰ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 18.

¹³¹ PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**. Ano V, n. 8 outubro/2010, p. 18.

¹³² AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.84.

Após análise acerca do posicionamento da AGU e da CGU quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão previstos no artigo 132 da Lei 8.112/1990, cumpre, por oportuno, transcrever o posicionamento jurisdicional, na medida em que divergente do quanto exposto no item anterior.

Para ilustrar a mencionada divergência, analisar-se-ão alguns julgados favoráveis à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade mesmo nos casos taxativos de demissão.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Insurge-se a União contra decisão liminar que determinou a suspensão imediata do ato de demissão do impetrante do cargo de Fiscal de Derivados de Petróleo e Outros Combustíveis do Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, , após a apuração em processo

administrativo disciplinar de conduta irregular por ele cometida, que, durante o período em que estava de licença médica para tratamento de problemas de saúde, utilizou motorista e do veículo locado pela ANP, que estavam à sua disposição.

2. No caso examinado, ainda que em cognição sumária, ressoa certa dúvida sobre a justeza do ato que culminou na demissão do servidor público, máxime porque a Comissão Processante manifestou-se tão-somente pela aplicação de pena de suspensão, consignando os bons antecedentes do impetrante, bem como a sua boa-fé ao admitir o uso do veículo oficial durante o período de licença médica e a sua fragilidade em função de seu estado de saúde, à época do ocorrido.

3. Por outro lado, há firme jurisprudência nesta Corte Superior que sinaliza pela ilegalidade de demissão amparada nos **Pareceres GQ-177 e GQ-183**, da **Advocacia-Geral da União**, por infringir os **princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade**. Precedente: MS 10950 / DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 01/06/2012; MS 13341 / DF, rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado), Terceira Seção, DJe 04/08/2011; MS 12991 / DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 03/08/2009.

4. Ademais, pela análise da documentação juntada aos autos, verifica-se que não há no Processo Administrativo Disciplinar qualquer menção à prática de outras condutas irregulares que pudessem interferir na convicção de que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes. Sob esse ângulo, vislumbro a existência de plausibilidade do direito invocado.

5. Em relação ao perigo da demora, compreendo existir na medida em que o impetrante é acometido de grave enfermidade, e que se encontra e

já se encontrava, quando da edição do ato ora impugnado, afastado do serviço público por licença para tratamento de saúde, sendo que a remuneração percebida é essencial ao custeio do tratamento necessário para sua sobrevivência.

6. Agravo regimental não provido.”¹³³[grifo nosso]

No julgado ora em análise, o impetrante pretendeu a reconsideração da pena máxima de demissão determinada após processo administrativo disciplinar.

Consignou-se que os pareceres GQ-177 E GQ-183 da AGU não merecem ser observados no curso dos processos disciplinares, vez que não permite ao julgador aplicar a norma considerando aspectos individuais relevantes, desrespeitando os primados da proporcionalidade e individualização da pena.

Por pertinente, cabe transcrição do voto do ministro relator em que aborda de forma detida questão referente ao princípio da proporcionalidade:

“(…)Pelo princípio da proporcionalidade, busca-se eleger a solução necessária, mais coerente, mais adequada, mais prudente, mais apropriada para o caso concreto. Desse modo, pretende-se evitar resultados injustos, baseados em critérios norteados por parâmetros incongruentes ou desmedidos. A proporcionalidade refere-se à quantidade, ou seja, à mensuração quantitativa da relação de correspondência entre falta e pena. O princípio da razoabilidade, por sua vez, traz consigo a ideia de anseio por uma decisão que se apresente a mais razoável para o problema jurídico. Que obedeça a critérios racionais, sensatos, evitando-se a adoção de soluções rígidas, que não guardem relação de pertinência com a finalidade da lei. (...)”

Dessa forma, cita-se a ementa do referido julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENAS DE SUSPENSÃO E DEMISSÃO. BIS IN IDEM E REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO. SÚMULA 19/STF. **PARECERES GQ-177 E GQ-183, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGALIDADE.**

1. A Terceira Seção do STJ firmou compreensão no sentido de que, nos termos do disposto na Lei n.º 8.112/1990, o Processo Administrativo Disciplinar somente poderá ser anulado quando constatada a ocorrência de vício insanável (art. 169, caput), ou revisto, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor punido ou a inadequação da

¹³³ STJ. AgRg no MS 19447 / DF. 1ª Seção. Rel: Min. Mauro Campbell Marques. DJe: 02/04/2013.

penalidade aplicada (art. 174, caput), sendo certo que a nova reprimenda não poderá ser mais gravosa (art. 182, parágrafo único).

2. Precedentes: MS 13.341/DF, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), TERCEIRA SEÇÃO, j. 22/6/2011, DJe 4/8/2011; Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, j. 13/5/2009, DJe 4/6/2009.

3. Nos referidos julgados, ficou consignado: "São ilegais os **Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União**, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/1990, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade" (MS 13.523/DF).

4. Na hipótese, a nota técnica da CGU, encaminhada à Ministra do Meio Ambiente (autoridade coatora) pelo Ministro do Controle e da Transparência, não indicou vício insanável que fosse apto a anular o PAD em questão, detendo-se, apenas, no mérito das imputações feitas ao servidor, e na inadequação da penalidade aplicada (suspensão) aos **pareceres GQ-177 e GQ-183 da AGU**.

5. Mesmo assim, o processo foi parcialmente anulado, o que ensejou nova punição, consistente de demissão, incorrendo-se em bis in idem, vedado, na seara administrativa, pela Súmula 19/STF, que dispõe: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira".

6. Além disso, não foi trazido fato novo ou circunstância relevante para o abrandamento da pena, mas, ao contrário, a situação do servidor foi agravada, apesar da proibição da reformatio in pejus.

7. Revela-se patente a ofensa ao devido processo legal, que gera a nulidade do re julgamento do PAD, bem assim da segunda apenação imposta ao impetrante.

8. Segurança concedida.¹³⁴ [grifo nosso]

No caso em tela, o impetrante foi punido com a pena de demissão do cargo de agente da Polícia Federal em razão do exercício de atividades de gerência de uma determinada empresa.

Alegou, em sua defesa, a inobservância do princípio da proporcionalidade na sanção.

O relator votou pela concessão da segurança, tendo sido acompanhado pelos demais. Asseverou em seu voto, em síntese, que a proporcionalidade não poderia ser afastada em nome da legalidade. Assim, em razão da eventualidade da prática dos atos imputados ao impetrante, a pena capital de demissão demonstrou-se desmedida.

Ressaltou, ainda, que a aplicação da letra fria da lei não merece vigorar, tampouco quando a punição encontra-se pautada pelo quanto aduzido nos

¹³⁴ STJ. MS 10950 / DF. 3ª Seção. Rel. Min. Og Fernandes. Djé: 01/06/2012.

pareceres GQ- 177 e GQ- 183 da Advocacia-Geral da União, pois tais atos são ilegais, vez que afasta a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em detrimento da lei.

Por fim, considerou que, quando da punição ao servidor, deve-se realizar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, ou seja, ainda que seja caso de demissão prevista no artigo 132 da Lei n. 8.112/90, faz-se necessária a observância do artigo 128 do mesmo texto legal, que dispõe justamente sobre a proporcionalidade da sanção, aplicando-a em sua justa medida.

Segue, abaixo, o mencionado arresto:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA DEMISSÃO.

- Num contexto em que a prática de atos tidos por ilícitos teve natureza eventual e deu-se num momento em que, razoavelmente, não se deveria exigir conduta diversa do agente, a aplicação da penalidade administrativa capital apresenta-se desmedida.

- Por força do princípio da legalidade, o uso regular do poder disciplinar da administração pública deve observar o que dispõe o ordenamento. Isso não significa, entretanto, que tal uso deva se ater à letra fria da lei. Para que seja legítimo, o emprego do poder disciplinar deve considerar não apenas a exegese gramatical de determinados artigos, tomados isoladamente, mas a inteligência de todo o ordenamento em que está inserido. Por outras palavras, a interpretação deve ser, no mínimo, sistemática.

- A aplicação de sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, como se verificou no caso, é manifestamente ilegal (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n. 9.784/1999). A lei não ampara o afastamento dos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** quando da aplicação da medida sancionadora.

Segurança concedida.”¹³⁵ [grifo nosso]

No arresto a seguir, julgou-se novamente caso de demissão em que os impetrantes, após processo administrativo, foram punidos inicialmente com sanção de suspensão, sendo que, posteriormente foram apenados com a pena expulsória, em nítido *reformatio in pejus*:

¹³⁵ STJ. MS 18023 / DF. 1ª Seção. Rel: Min. Cesar Asfor Rocha. Dje: 18/05/2012.

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENAS DE SUSPENSÃO E DEMISSÃO. BIS IN IDEM E REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO. SÚMULA 19/STF. **PARCERES GQ-177 E GQ-183**, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **ILEGALIDADE.**

1. O rejuízoamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por falta de amparo na Lei n.º 8.112/1990, que prevê sua revisão tão-somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público.
2. O encerramento do PAD ocorre com o juízoamento do feito pela autoridade competente, devendo ser-lhe atribuída um caráter de definitividade. O servidor público punido não pode permanecer sujeito a rejuízoamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.
3. "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira" (Súmula 19/STF).
4. Mostram-se ilegais os **Pareceres GQ-177 e GQ-183**, da **Advocacia-Geral da União**, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.
5. Segurança concedida.”¹³⁶[grifo nosso]

Na mesma linha do anterior, no seguinte julgado o impetrante, médico perito do INSS, mesmo após 24 anos de função pública, foi punido com pena de demissão por participar de gerencia de empresa privada.

Novamente a situação do servidor foi agravada pela autoridade coatora após análise da comissão processante, sendo que, novamente, não houve a aplicação do artigo 128 do Estatuto dos Servidores Civis da União, bem como do princípio da proporcionalidade.

A punição baseou-se nos pareceres GQ 177 e 183 da AGU, que têm orientado o juízoamento dos processos administrativos no âmbito do Poder Executivo.

O relator consignou que os referidos pareceres contrariam o artigo 128 do mencionado Estatuto, que dispõe sobre a proporcionalidade, a individualização e razoabilidade da pena. Aduziu, ainda, que a compulsoriedade veiculada nos referidos pareceres não se coaduna com dispositivo legal citado.

¹³⁶ STJ. MS 13341 / DF. 3ª Seção. Rel; Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE). Dje: 04/08/2011.

Ressaltou que a obrigatoriedade de demissão disposta nos pareceres impede que a autoridade julgadora realize juízo adequado à conduta do agente, ou seja, inviabiliza análise pormenorizada do caso concreto.

Ponderou, por derradeiro, que a fiel observância da lei reside na busca de soluções coerentes com o sistema normativo como um todo e que, no presente caso, há flagrante contrariedade entre o artigo 132 e o artigo 128 do Estatuto. Portanto, o ideal de justiça também deve ser perseguido pela Administração, não sendo exclusivo da atividade jurisdicional.

Assim, a segurança foi concedida, pois se levou em consideração os bons antecedentes do servidor, demonstrando ser inadequada a pena de demissão.

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MÉDICO PERITO DO INSS. DEMISSÃO. PRELIMINAR DE IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. **PARECERES GQ-177 E GQ-183, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.** ILEGALIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista a regra contida no art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51. Preliminar rejeitada.

2. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" (Súmula Vinculante 5/STF).

3. **São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional.**

4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

5. A conduta do impetrante, que participava de gerência de empresa privada, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com juízo da autoridade impetrada, diversa da demissão.

6. Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90.

7. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.”¹³⁷[grifo nosso]

Como visto, as recentes decisões do STJ posicionam-se em sentido contrário ao entendimento da AGU e CGU. De acordo com as jurisprudências colacionadas, conclui-se que, mesmo para os casos de infrações do artigo 132 da Lei 8.112/90, deve a Administração Pública analisar a aplicação da proporcionalidade de acordo com o caso concreto, podendo, a depender da situação, aplicar outra pena que não a de demissão, sem a necessidade de desclassificar a conduta.¹³⁸

¹³⁷ STJ. MS 12991 / DF. 3ª Seção. Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima. Dje: 03/08/2009.

¹³⁸ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2013, p. 380.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se no Brasil a ideia da supremacia do interesse público em detrimento ao particular, quando se passou a objetivar a excelência dos serviços públicos.

Com isso, o Direito Disciplinar surge com o ideal de garantir o bom desempenho das atividades da Administração, submetendo os servidores à Lei 8.112/1990, que dispõe, dentre outras questões, a respeito das obrigações e proibições aos funcionários públicos, impondo-lhes sanções no caso de transgressão disciplinar.

Tal diploma legal, em seu artigo 128, dispõe os agravantes e atenuantes funcionais que devem ser levados em consideração no caso de aplicação de sanção disciplinar, bem como o artigo 2º da Lei 9.748/99, lei subsidiária à 8112/90, dispõe sobre a aplicação de princípios constitucionais nos atos administrativos e dentre esses princípios, destaca-se o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, a Administração Pública entende que, uma vez sendo o acusado enquadrado no artigo 132 da Lei 8112/90, que trata das hipóteses de demissão, não existe discricionariedade para atenuar tal pena, visto que a Lei é taxativa no que tange à penalidade de demissão.

Com efeito, o posicionamento da AGU e da CGU divergem das últimas decisões do STJ, que entende que, mesmo no caso das infrações dispostas no artigo 132, em que a pena prevista é a de demissão, o princípio da proporcionalidade deve ser observado caso a caso podendo, sim, ser imputada uma pena mais leve ao infrator.

Assim, o STJ sedimentou o entendimento de que são ilegais os pareceres vinculantes da AGU, QG 177 e QG 183, por considerar que tal posicionamento afronta o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, na medida em que não consideram o caso concreto.

Observa-se que a Advocacia-Geral da União, considerando que a penalidade de demissão é um ato vinculado, não pode ser substituída por uma mais branda, pois não há afronta ao princípio da proporcionalidade, uma vez que esse princípio se vê aplicado no curso do processo.

Destarte, a orientação da AGU aparenta mais correta, vez que não contraria os princípios mencionados, tampouco a Lei 8.112/90 e a Lei 9.748/99, pois, de fato, há a observância do princípio da proporcionalidade durante o Processo Administrativo Disciplinar em todas as suas fases, mormente na instauração, na indicição, no relatório final e no julgamento.

Desse modo, o ato só se torna vinculado após o enquadramento do ilícito nos incisos do artigo 132 da Lei 8112/90, sendo possível, em momento anterior durante a análise do caso concreto, a desclassificação da conduta para outra que não esteja elencada no artigo 132, afastando-se, assim, a penalidade de demissão.

Por conseguinte, não há motivos para os pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União (GQ 177 e GQ 183) serem considerados inconstitucionais, uma vez que o princípio constitucional da proporcionalidade é aplicado durante todo o Processo Administrativo Disciplinar.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Débora Queiroz. Possibilidade de aplicação da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade seja a demissão. **Revista da CGU**, edição especial – direito disciplinar, ano VI, julho de 2011, p.76.

ALEXY, Robert. Teoría dos direitos fundamentais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

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

BARROS, Wellington Pacheco. Curso de processo administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 04, n. 14, jul./set. 2006, p. 34.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. PARECER N.º GQ-177– AGU/WM-24/98, de 30 de outubro de 1998.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. PARECER N.º GQ-183, de 28 de dezembro de 1998.

BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2013, p. 377.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 19447 / DF. 1ª Seção. Rel: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. DJe: 02/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 10950 / DF. 3ª Seção. Rel: Min. Og Fernandes. DJe: 01/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 12991 / DF. 3ª Seção. Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJe: 03/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 13.523 - DF (2008/0090464-4), Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 13.341 / DF. 3ª Seção. Rel; Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE). DJe: 04/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.023 / DF. 1ª Seção. Rel: Min. Cesar Asfor Rocha. DJe: 18/05/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC n.º 2000.32.00.006062-3/AM – Apelação Cível, relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª turma, DJ, P.11, 08.10.2007, decisão de 22.08.2007, por unanimidade.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 782.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

COSTA, José Armando. **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CRETELLA JÚNIOR. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, 2008, p. 53.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 63.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 75-76.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.702 apud Revista CGU, p. 52.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 403 apud Revista CGU, p.52.

PASTORE, Alexandre Mariano; RIBEIRO, Márcio de Aguiar. A aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**, Ano V, n.º 8 outubro/2010.

Revista da CGU, Edição Especial: Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

SCHULTZ, André Luís. Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei 8112/90. **Revista da CGU**, Edição Especial - Correição/Presidência da República, Controladoria-Geral da União - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91

SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, 2000, p. 20.