



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**

CÁSSIO VINICIUS SILVA OLIVEIRA TEIXEIRA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:
Aplicação do princípio da proporcionalidade na pena de demissão.**

**BRASÍLIA
2015**

CÁSSIO VINICIUS SILVA OLIVEIRA TEIXEIRA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:
Aplicação do princípio da proporcionalidade na pena de demissão.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Alessandro Garcia
Vieira

**BRASÍLIA
2015**

CÁSSIO VINICIUS SILVA OLIVEIRA TEIXEIRA

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:
Aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena de demissão.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Alessandro Garcia Vieira

Brasília, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

A meus pais e minha filha Maria Luíza.

Agradeço a minha família e aos meus pais e irmãos e amigos por toda força e companheirismo.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade nos Processos Administrativos que ensejam a pena de demissão. Para tanto serão abordadas questões preliminares como aspectos gerais e princípios aplicáveis à Administração Pública, a responsabilidade da administração pública, o direito de regresso, as hipóteses delitivas praticáveis pelos agentes públicos previstas na legislação vigente, o processo administrativo disciplinar, abordando as posições doutrinárias e jurisprudenciais. Ao final pretende-se concluir quais os limites de discricionariedade na decisão Administrativa e, qual o grau de interferência do Poder Judiciário nesta decisão quando da análise da aplicação do princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil Administrativa. Processo Administrativo Disciplinar. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This study's purpose is to analyze the application of the proportionality principle in administrative proceedings giving rise to the penalty of dismissal. To this end will address preliminary questions as general aspects and principles applicable to public administration, accountability of public administration, the right of return, the criminal assumptions practicable by public officials provided for in current legislation, administrative disciplinary process, addressing doctrinal and jurisprudential positions. At the end we intend to complete what the limits of discretion in administrative decision and the degree of interference of the judiciary in this decision when analyzing the application of the principle of proportionality.

Key Words: Administrative law. Administrative Liability. Administrative Disciplinary Process. Principle proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ASPECTOS GERAIS E PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
1.1 Aspectos gerais do direito administrativo sob o enfoque da administração pública.	10
1.2 Princípios aplicáveis à administração pública.	17
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE TERCEIROS, TEORIAS E DIREITO DE REGRESSO	37
2.1 Teorias da responsabilidade da administração pública.	37
2.2 Das excludentes de responsabilidade.	44
2.3 Direito de regresso.	46
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PENA DE DEMISSÃO.....	50
3.1 Distinção inicial: Processo e Procedimento.	50
3.2 Procedimentos de apuração de ilícito administrativo e princípios reitores do processo disciplinar.	52
3.2.1. Considerações Gerais.	52
3.2.2. Princípios reitores do processo disciplinar.	55
3.2.3. Sindicância.	57
3.2.4. Processo Administrativo Disciplinar.	60
3.3 Hipóteses delitivas passíveis de demissão e a atipicidade.	63
3.3.1. Hipóteses delitivas passíveis de demissão.	63
3.3.2. Da atipicidade.	64
3.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade nos processos administrativos disciplinares que ensejam a pena de demissão.....	66
3.5 Análise crítica acerca da divergência doutrinária sobre o tema:.....	83
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade nos processos administrativos disciplinares que ensejam a pena de demissão, conceitos pertinentes ao esclarecimento do tema, particularidades acerca da relação de independência entre as esferas de competências e a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicação ou não aplicação para afastar e substituir a pena de demissão.

A relevância do tema reside em poder-se determinar se a Administração Pública detém a prerrogativa de agir com discricionariedade na aplicação da pena de demissão produto de procedimento de apuração de ilícito administrativo cometido por agente público no exercício de suas funções.

Para a realização de tal análise foram pesquisados diversos doutrinadores especializados no tema como referências e marcos teóricos, assim como foram realizados estudos acerca da legislação brasileira. Também foram estudadas e demonstradas as posições jurisprudenciais sobre o tema.

Em sede preliminar no primeiro capítulo, abordamos questões que consideramos fundamentais para a construção e entendimento do tema como os aspectos gerais do direito administrativo com enfoque na Administração Pública, abordando princípios aplicados ao Direito Administrativo e conceitos do próprio Direito Administrativo, os sentidos atribuídos à Administração Pública e os conceitos de órgãos e agentes públicos. Também foi abordada a relação de independência entre as esferas de competência civil, penal e administrativa com vistas a discutir sua natureza absoluta ou relativa.

Ainda em sede preparatória, no segundo capítulo foram abordadas as teorias da responsabilidade da Administração Pública descrevendo sua evolução histórica, suas hipóteses de exclusão e o chamado direito de regresso daquela para com o agente público causador do dano, consideradas questões fundamentais ao bom desenvolvimento da pesquisa.

Por fim, no último capítulo realizou-se uma aprofundada análise acerca do objeto de pesquisa, para ao final chegar a uma análise no que tange à legislação pátria, elencando e esclarecendo os argumentos e fundamentos das posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes.

Para tanto a pesquisa foi desenvolvida utilizando a metodologia dogmática-instrumental com a qual se buscou a contribuição teórica à resolução do problema através da análise da legislação, doutrina e jurisprudência que possibilitou um posicionamento acerca do objeto da pesquisa.

1 ASPECTOS GERAIS E PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Aspectos gerais do direito administrativo sob o enfoque da administração pública.

Iniciamos nossa pesquisa apresentando conceitos considerados essenciais ao pleno entendimento do estudo que se propõe, começando pelo mais basilar deles, a definição do próprio direito administrativo em si.

Nas palavras da professora Di Pietro, o direito administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas que integram a administração pública, a atividade jurídica não contenciosa por ela exercida e, ainda, os bens que utiliza para consecução de seus fins, de natureza pública¹.

Ainda, nas palavras do doutrinador Hely Lopes Meirelles, em sua conceituação segundo o chamado critério da administração pública, é o direito administrativo o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.”².

Vencida a definição do direito administrativo em sentido estrito, passemos à análise da administração pública e seus elementos pertinentes ao estudo, iniciando pelos sentidos atribuídos pela doutrina à expressão Administração Pública em seus variados sentidos.

Usualmente a Administração Pública é definida em dois sentidos pela doutrina. Há o sentido subjetivo, também chamado de formal ou orgânico, cujo enfoque são os entes que exercem a atividade administrativa. Engloba, portanto, os agentes

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

públicos, as pessoas jurídicas e os órgãos incumbidos do exercício da função administrativa³.

O segundo é o sentido objetivo, também denominado material ou funcional, o qual define a expressão Administração Pública segundo a natureza da atividade exercida por esses entes enumerados no parágrafo anterior. Nessa hipótese a Administração Pública reflete a própria função administrativa, incumbida predominantemente ao Poder Executivo⁴.

Nas palavras da professora Di Pietro, parte da doutrina, ainda efetua outros critérios de distinção da Administração Pública, segundo os critérios de planejamento e execução⁵. Conforme tais critérios a Administração Pública, em sentido amplo, subjetivamente considerada, é composta pelos órgãos de governo, de cúpula, definidos pelo poder constituinte originário no texto da Carta da República, aos quais cabe o planejamento, direção e comando, e, doutro lado, pelos órgãos administrativos, subordinados e dependentes – Administração Pública em sentido estrito –, aos quais incumbe a execução dos planos de governo; Ainda em sentido amplo, agora considerando objetivamente, conforme os critérios de planejamento e execução, a Administração Pública compreende a função política em si, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa responsável por sua execução.

Já em sentido estrito, a Administração Pública sob o panorama subjetivo compreende tão somente os órgãos administrativos, excluídos os governamentais e, sob o panorama objetivo trata apenas da função administrativa, não abarcando a função política. Parece ser este o entendimento trazido pelo professor Meirelles em seus ensinamentos quando diferencia Governo de Administração, o qual pedimos *vênia* para transcrever.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁵ *Ibidem*, p. 50.

1.3 Governo e Administração. *Governo e Administração* são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam. 1.3.1 *Governo* – Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o Governo ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania. A constante, porém, do Governo é a sua *expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente*. O Governo atua mediante atos de Soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos. 1.3.2 *Administração Pública* – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A administração não pratica *atos de governo*; pratica, tão-somente, *atos de execução*, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes⁶.

Concluída esta breve abordagem sobre as definições da Administração Pública, passemos ao estudo, também imprescindível ao bom desenvolvimento deste trabalho, de seus componentes estruturais, quais sejam, órgãos e agentes públicos. As diversas entidades da administração indireta, não obstante integrem a Administração Pública, não serão estudadas por não apresentarem relevante contribuição ao objeto da presente pesquisa.

Nos termos do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.784/90, órgão é “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração Indireta”⁷. A doutrina também traz suas variadas conceituações de órgão público, a exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65-66.

⁷ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999.

Estado”⁸, também nas palavras de Di Pietro “pode-se definir órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”⁹.

Nessa esteira, podemos extrair dos conceitos trazidos tanto pela lei quanto pela doutrina pátria que se tratam os órgãos públicos de centros de competência, desprovidos de personalidade jurídica própria, vez que não se confundem com a pessoa jurídica da qual pertencem, tampouco com a pessoa física por meio da qual exteriorizam suas funções (agente público). Portanto, não tem vontade própria, somente exprimem, em suas relações “interorgânicas”¹⁰, a vontade do Estado, mais especificamente do ente a que pertencem, por meio dos seus agentes no exercício de suas competências.

Contudo, cumpre frisar que, embora desprovidos de personalidade jurídica, é assentado em nossa doutrina e jurisprudência, a capacidade processual dos órgãos para defesa de suas prerrogativas, inclusive contra violações de outros órgãos¹¹.

Prestadas nossas considerações acerca dos órgãos públicos, passamos à análise do último componente estrutural da Administração Pública que se pretende abordar nesse estudo, os agentes públicos.

Agentes Públicos são todas as pessoas físicas incumbidas de prestar serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta, definitiva ou transitoriamente, com ou sem remuneração.

Diversas são as classificações apresentadas pela doutrina para os agentes públicos. Neste estudo adotaremos a posição do professor Hely Lopes Meirelles¹². Segundo sua classificação o gênero agente público subdivide-se em cinco

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 144.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 590.

¹⁰ MELLO, Op. Cit., p. 144.

¹¹ Nesse sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2º Turma. REsp 730.976-AL Relator: Min. Castro Meira. Brasília-DF, 12/08/2008. DJe 13/08/2001.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75-82.

subespécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. Passemos ao breve estudo de cada um deles.

Os agentes políticos são aqueles que compõem os primeiros escalões do Governo, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação, com atribuições constitucionais para, no exercício da função política direcionar a vontade do Estado à consecução dos objetivos previstos na constituição. São eles os chefes dos poderes executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de estado, e os senadores, deputados e vereadores.

Parte da doutrina tem considerado os membros da magistratura e do ministério público como agentes políticos¹³ também. A nós, em concordância com a coerente argumentação proposta pela professora Di Pietro¹⁴, parece-nos possível somente quando considerarmos a função política em um sentido mais amplo, como instrumentalizadora da soberania do Estado, além da atividade de direção suprema geral do Estado. Assim as funções de dizer o direito em última instância pela magistratura e as funções de controle do ministério público estariam inseridas na função política.

Os agentes administrativos são aqueles vinculados ao Estado ou as suas entidades autárquicas e fundacionais por uma relação profissional e mediante remuneração paga pelos cofres públicos, estando sujeitos à hierarquia funcional e a regime jurídico próprio. Tem sua investidura em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento.

Não são membros de poder e tampouco os representam ou exercem atividades políticas ou governamentais. Trata-se de simples servidores públicos, no sentido amplo da expressão, dotados de encargos e responsabilidades dentro da administração pública e sujeitos à hierarquia.

¹³ Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 598.

A categoria “agentes administrativos” – espécie do gênero agente público –, subdivide-se em outras três subespécies, a saber: a) servidores públicos concursados (art. 37, II, CF/88¹⁵); b) servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público (art. 37, V, CF/88¹⁶); c) servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF/88¹⁷)¹⁸.

A primeira subespécie é composta por servidores que se submetem a regime estatutário o qual é estabelecido em lei por cada uma das entidades da federação, não alteráveis por meio de contrato, pois após a nomeação e a posse, entram em exercício em uma situação jurídica previamente determinada por normas de ordem pública.

A segunda subespécie refere-se àqueles detentores de cargos em comissão, ou seja, que ingressaram na administração pública sem prestarem concurso público, sendo nomeados para assumirem tais cargos e demissíveis *ad nutum*. Refere-se também aos ocupantes de emprego público, contratados sob o regime da legislação trabalhista com as alterações decorrentes da Constituição Federal quanto aos requisitos para investidura, acumulação de cargos, vencimentos e outros previstos no capítulo VII do título III.

Por fim, a terceira subespécie é composta por aqueles contratados para exercer funções em caráter temporário, sujeitam-se a um regime jurídico especial a ser

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37, II “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37, V “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37, IX “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80-81.

definido em lei de cada ente da federação, na esfera federal regido pela Lei nº 8.745/93¹⁹.

Concluídas nossas considerações acerca dos agentes administrativos, passemos aos agentes honoríficos, agentes delegados e credenciados.

Os agentes honoríficos são cidadãos, convocados ou nomeados para prestar, em caráter temporário, determinados serviços ao Estado. Nesta ocasião, embora não sejam servidores públicos, exercem uma função pública, sem, porém, nenhum vínculo empregatício ou estatutário. Exercem o chamado *múnus público*, relevantes serviços públicos e, enquanto no exercício dessa função, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que servem. São escolhidos devido a sua condição cívica de honorabilidade ou por sua notória capacidade profissional. Podemos citar como exemplos clássicos o jurado e o mesário eleitoral²⁰.

Agentes delegados, por sua vez, são os particulares, podendo tratar-se de pessoa física ou pessoa jurídica, incumbidos da realização de determinada obra ou serviço de natureza pública, em nome próprio e por sua conta e risco, contudo, sob a égide das normas do Estado e constante fiscalização. São os chamados concessionários e permissionários, serventuários de cartórios, dentre outros²¹.

Concluindo, os agentes credenciados são aqueles que recebem da Administração Pública a missão de representa-la em determinado ato ou atividade específica, mediante remuneração²².

¹⁹ BRASIL. Lei Nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81.

²¹ *Ibidem*, p. 81.

²² *Ibidem*, p. 81.

1.2 Princípios aplicáveis à administração pública.

Como se sabe, o Direito Administrativo pátrio não é codificado. Por tal motivo a função de sistematizar e unificar sua legislação cabe aos princípios. São eles, regras gerais identificadas pela doutrina como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema²³. Ainda, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio é, pois, por definição, 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 exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”²⁴

Também nas palavras de José Cretella Júnior, “Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.”²⁵

Segundo sua classificação ainda, os princípios dividem-se em onivalentes ou universais que estão presentes em todos os ramos de conhecimento, sendo exemplos o princípio da identidade e o da razão suficiente; podem ser também plurivalentes ou regionais, os quais pertencem a um grupo de ciências, como o princípio da causalidade e o da boa fé; dividem-se ainda em monovalentes, ou seja, tratam de apenas um campo do conhecimento; e por fim, os setoriais os que informam diversos setores de uma ciência, como aqueles que pertencem ao Direito Civil, Direito Penal ou Direito do Trabalho.²⁶

O Direito Administrativo contém princípios que permeiam por todas as quatro classificações, muito em função de não ser um direito codificado, visto que suas normas encontram-se espalhadas na legislação constitucional e infraconstitucional,

²³ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54.

²⁵ CRETILLA JR., apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64.

esta última de todas esferas das funções do poder (executivo, legislativo e judiciário) e, de todas as esferas de governo (federal, estadual, distrital e municipal).

Por tal razão, os princípios no Direito Administrativo deverão ser visualizados em todos os atos e atividades da administração pública, tornando-se assim os pilares da ação administrativa na atividade pública.

Nas palavras do professor Hely são doze os princípios básicos da administração pública, trazidos pela Constituição Federal de 1988 expressamente e pela legislação federal, mais especificamente a Lei 9.784/99, os quais considera ser de observância obrigatória e permanente para a boa administração da coisa pública e interpretação do Direito Administrativo. São eles os princípios da: legalidade, impessoalidade ou finalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público²⁷.

Passemos ao seu estudo aprofundado.

a) Legalidade:

Este princípio, tendo nascido com o Estado de Direito, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, uma vez que o Direito Administrativo em si também nasce com ele²⁸. Constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. A mesma lei que estabelece os direitos dos administrados também, em direção oposta, traça os limites da atuação do administrador público, ou seja, do Estado, que objetive restringir aqueles direitos em benefício da coletividade. Deste modo, o princípio da legalidade reflete um ciclo de direitos individuais e os limites de sua restrição.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103.

Neste princípio é que se mostra mais evidente a noção de que a vontade da administração pública não é outra senão a derivada da lei, retratando a submissão do Estado à lei. A ela só é permitido o que a lei determina, nas hipóteses e abrangência de sua atuação, ao inverso do que ocorre nas relações entre particulares em que princípio diametralmente oposto, o da autonomia da vontade, complementa o sentido deste, sendo-lhes permitido fazer tudo o que a lei não proíba²⁹. Sedimenta-se, por conseguinte, o imperativo de que a atividade administrativa é sublegal, consistindo tão somente na expedição de comandos complementares à lei³⁰.

Frisamos aqui, que a atividade administrativa não está somente vinculada à legalidade em sentido estrito, mas também, com fundamento na Lei 9.784/99 Art. 2º, § único, I, ao princípio da juridicidade, segundo o qual o agir da administração deve estar de acordo com o Direito como um todo, ou seja, observância não somente da lei, mas de outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. Trata-se de uma ampliação do princípio da legalidade em que se almeja o respeito a um dito bloco de legalidade.³¹

No direito positivo pátrio o princípio vem expresso em diversos textos legais com destaque para o artigo 37 *caput* da Constituição da República³². As leis administrativas, explica Hely Lopes Meirelles, normalmente são de ordem pública, não podendo seus preceitos ser afastados pela vontade das partes, isto porque, conforme dito anteriormente, a administração pública não tem vontade própria e nem liberdade. Em verdade, é detentora de prerrogativas e obrigações que constituem verdadeiros “poderes-deveres”, os quais são “irrelegáveis pelos agentes públicos”, sob pena de

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103.

³¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. (grifo nosso).

invalidade dos atos praticados e responsabilização disciplinar, civil e criminal, conforme o caso³³.

Outro reforço apontado na Carta Magna é a redação de seu artigo 84, inciso IV³⁴, o qual demonstra que mesmo nos atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, deve haver uma lei anterior que os legitime, para que regulem estritamente sua fiel execução.

Vai além o professor em sua explicação ao mencionar que à legalidade estão umbilicalmente ligados os princípios da moralidade e da finalidade administrativas para dar legitimidade plena à atuação do administrador. Segundo traz, legítima somente é aquela atuação revestida de legalidade e probidade administrativas, esta, no sentido de honestidade e conveniência aos interesses sociais, refletindo deste modo os princípios da moral e do direito³⁵.

Sob outro prisma, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que o princípio em estudo é a “tradução jurídica de um propósito político”, qual seja, o de submeter os exercentes do poder a um quadro normativo, elaborado pelos representantes de todas as tendências sociais – poder legislativo –, que impeça favoritismos, perseguições ou desmandos, garantindo que a atuação do Executivo seja tão somente a concretização da vontade geral da sociedade³⁶.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 84, IV “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos **para sua fiel execução**.” (grifo nosso).

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103.

Nessa esteira, segue o doutrinador afirmando que “O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.”³⁷.

b) Impessoalidade ou Finalidade:

Inicialmente cumpre destacar que os princípios da impessoalidade e da finalidade são por vezes tratados pela doutrina como independentes³⁸ e por vezes como um só³⁹, estão um inserido no outro, complementando-se de modo indissociável. Neste estudo nos filiamos à segunda corrente.

Conforme observa a professora Di Pietro⁴⁰, quando se fala em princípio da impessoalidade podemos observá-los sob dois primas, um em relação aos administrados e outro relacionado à própria Administração Pública.

No primeiro sentido a impessoalidade está ligada à noção de finalidade pública. A finalidade pública em geral será sempre o interesse público, o qual deverá nortear todos os atos da Administração. Isto significa dizer que em sua atividade administrativa não se pode prejudicar ou beneficiar determinado administrado em relação a outro ou à própria Administração. Nessa esteira, alinha-se perfeitamente os ensinamentos do professor Hely de que o princípio da impessoalidade ou da finalidade, “está entrelaçado como princípio da igualdade (arts. 5º, I e 19, III, da CF⁴¹) o qual impõe à Administração Pública tratar igualmente a todos os que estejam na mesma situação fática e jurídica.”⁴²

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 103.

³⁸ Ibidem, p. 109-111 e 117.

³⁹ MEIRELLES, Op. Cit., p. 93; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, I “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”; Art. 19, III “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 94.

No segundo sentido a impessoalidade refere-se ao fato de que os atos praticados pelos agentes públicos não são manifestação de sua vontade, tampouco lhes são imputáveis, pois estes se limitam a expressar formalmente a vontade estatal. A Constituição Federal reforça esse sentido expressamente no parágrafo primeiro do artigo 37 ao proibir que constem nomes, símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

Não só a Carta Magna ressalta o princípio da finalidade em seu texto, mas também a legislação infraconstitucional. A Lei 9.784/99 menciona o princípio em tela em seu artigo 2º, parágrafo único, incisos III e XIII, ao enunciar que nos processos administrativos deve ser observado o critério de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”, sendo vedada “a promoção pessoal de agentes ou autoridades”⁴³.

Por fim, percebe-se que o princípio da finalidade ou impessoalidade busca impedir a prática de ato administrativo desprovido do interesse público ou conveniência para a Administração Pública, no qual se busca satisfazer interesses privados, seja por favoritismo, seja por perseguição dos agentes públicos, sob a forma de desvio de finalidade⁴⁴.

c) Moralidade:

Este princípio impõe à Administração Pública e a seus agentes o dever de atuar em conformidade com princípios éticos. Nele estão inseridos os princípios da lealdade e da boa-fé, de modo que não deve a Administração agir de maneira a confundir, diminuir ou dificultar o exercício de direitos dos cidadãos⁴⁵. Violar a

⁴³ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 94.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 122-123.

moralidade implica na violação do Direito em si, já que inobstante seja ciência distinta da moral, nela está inserido uma vez que primeira e mais ampla.

Contudo, conforme diz Maurice Hauriou em sua obra *Précis Élémentaires de Droit Administratif*⁴⁶, “não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.” Exige-se que o agente público distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, não podendo desprezar o elemento ético de sua conduta, transcendendo o embate entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, cominando na moral administrativa, interna à atuação da Administração, imposta ao agente administrativo pelo fim do bem comum.

O princípio é consagrado também na já citada Lei 9.784/99 em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IV definindo-o como “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Nesse sentido, a ideia de probidade aproxima o princípio em comento ao da legalidade, entrelaçando-os, pois o desvio de poder, uma hipótese de ilegalidade conduz a improbidade administrativa prevista na legislação federal⁴⁷, possibilitando ao poder judiciário exercer o controle, em um segundo plano, da moralidade administrativa, embora essa modalidade de abuso de poder esteja relacionada a um vício de consciência ou intenção de quem pratica o ato⁴⁸.

Todavia, entendemos tratar-se de princípios que se complementam possibilitando melhor norteamento do agente público administrador na produção de seus atos, bem como ampliando o raio de controle interno e externo desses atos. Tanto é

⁴⁶ HAURIU, apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

⁴⁷ BRASIL. Lei Nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. DOU 03/06/1992. Art. 11, I “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

assim que a Constituição Federal traz ambos em separado, como independentes no artigo 37.

d) Publicidade:

Nas palavras do doutrinador Hely Lopes Meirelles “Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.”⁴⁹. Trata-se de requisito de eficácia e moralidade do ato e não elemento constitutivo dele.

O princípio da publicidade exige que os atos praticados pela Administração Pública sejam amplamente divulgados, admitidas as exceções aos casos em que a lei autoriza o sigilo, como é o caso do inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal ao prever que lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim exigirem. Impende ressaltar que este inciso deve ser combinado com outros do artigo 5º para o pleno entendimento do princípio, tais como o inciso X, XI e XII que protegem a imagem, intimidade, honra e vida privada das pessoas.

Neste contexto podem ocorrer conflitos entre o direito individual ao sigilo, guardião da intimidade, e outro direito individual, a exemplo da liberdade de imprensa, ou ainda, haver conflito entre aquele e um interesse público, como o dever de fiscalização do Estado.

Para solucionar tais conflitos, segundo nos ensina a professora Di Pietro, devemos utilizar do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, aplicando as regras da necessidade (uso dos meios menos onerosos), adequação (uso do meio apropriado à realização do interesse público) e proporcionalidade em sentido

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

estrito (uso do meio proporcional ao fim que se deseja atingir). Almeja-se ao final, o mínimo de restrição do direito⁵⁰.

Especificamente em relação ao acesso à informação junto à Administração Pública, a Carta Constitucional em seu artigo 5º traz o inciso XIV, o qual assegura esse acesso, resguardando o sigilo da fonte quando julgar necessário ao exercício profissional, e o inciso XXXIII que estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, prestadas no prazo da lei, inclusive sob pena de responsabilidade, ressalvadas, mais uma vez, aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Dois exemplos dentre as demais disposições constitucionais relativas ao princípio da publicidade.

O texto constitucional garante ainda, além da obrigatoriedade da publicidade, as ferramentas de acesso a esta informação, instituindo o *habeas data*, no inciso LXXII do artigo 5º, com uma finalidade mais restrita⁵¹, e, o mandado de segurança e as demais vias ordinárias para as hipóteses não abarcadas pelo remédio constitucional⁵². Em matéria infraconstitucional o princípio é regulado pela Lei 12.527/11⁵³.

Em conclusão, nos lembra o doutrinador Hely Lopes Meirelles que os atos e contratos administrativos que não se atentem para o princípio em comento, além de deixarem de produzir os efeitos regulares gerados pela publicação também estarão sujeitos à invalidação pela ausência do requisito de eficácia e moralidade. Seguindo,

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, LXXII “conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, LXIX “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data [...]”.

⁵³ BRASIL. Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. DOU 18/11/2011.

exalta ainda a interligação entre o princípio da publicidade e os da impessoalidade, finalidade e moralidade, por nos já discutidos neste estudo, visto que a publicidade não poderá caracterizar promoção pessoal do agente público⁵⁴ nos termos do artigo 37, parágrafo 1º da Constituição Federal.

e) Eficiência:

O princípio da eficiência encontra-se previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e também na Lei 9.784/99 em seu artigo 2º, *caput*.

Exige que a atividade administrativa, nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles, seja exercida com perfeição, presteza e rendimento funcional. E segue, “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”⁵⁵.

Este princípio deve ser observado levando em consideração dois focos: primeiro em relação à atuação do próprio agente público, que deve desempenhar suas funções da melhor maneira possível, almejando os melhores resultados. O segundo foco é relacionado à organização e estruturação e disciplina da Administração Pública, visando os mesmos objetivos.

Celso Antônio Bandeira de Mello preferindo a denominação “Princípio da boa administração”, ressalta que este princípio jamais deve ser concebido fora da intimidade do princípio da legalidade, pois a busca da eficiência nunca há de ser considerada justificativa para afastar a legalidade, alicerce da atividade da Administração Pública⁵⁶.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125.

f) Razoabilidade e Proporcionalidade:

Este princípio busca aferir a compatibilidade entre os meios e os fins para evitar que a Administração Pública aja com restrições desnecessárias ou abusivas aos direitos fundamentais dos administrados, condutas, que nos parecem indissociáveis, de modo que o princípio da razoabilidade parece abranger o da proporcionalidade, assim como o inverso, em complementação, razão porque os trazemos dentro de um único tópico neste estudo, embora haja autores que preferam dar a cada princípio seu “destaque próprio”, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷. Segundo Hely Lopes Meirelles, trata-se do princípio da proibição do excesso⁵⁸.

Sua aplicação em regra é mais presente na atuação discricionária da Administração, agindo como limitador desta. Assim permite um maior campo de controle externo, a ser realizado pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas. Contudo, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade pode e deve ser aplicado em toda atividade administrativa.

Trata-se de um princípio implícito na Constituição Federal, mas que vem expresso na Lei 9.784/99 em seu artigo 2º *caput*, reforçado pelo inciso VI do parágrafo único do mesmo diploma ao definir que os processos administrativos observarão a “adequação entre os meios e os fins” (razoabilidade) e a vedação à “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (proporcionalidade).

A proporcionalidade deve ser mensurada segundo os padrões do homem médio, da sociedade, diante do caso concreto, e não segundo os critérios pessoais do administrador pautado na lei fria⁵⁹.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 114.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

Nesse sentido, em relação à razoabilidade, Celso Antônio diz: “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”⁶⁰ e segue afirmando que as condutas desarrazoadas serão não apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e passíveis de invalidação.

Tratando da proporcionalidade em específico, Celso Antônio afirma que o princípio traz a ideia que as competências administrativas, ainda que discricionárias, só podem ser exercidas validamente na extensão e intensidade que correspondam à demanda real para o cumprimento da finalidade de interesse público. Todos os atos que ultrapassem o necessário para alcançar essa finalidade, tornam-se ilegítimos e são passíveis de invalidação⁶¹.

Trata-se do aspecto teleológico da discricionariedade, apontado por Di Pietro, em que deve existir uma “relação de pertinência entre a oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro”⁶², de modo a atender também a finalidade específica da norma.

g) Ampla defesa e Contraditório:

Com berço na Constituição da República, estes princípios se unem ao princípio do devido processo legal em uma relação limitadora do agir da Administração Pública e garantidora de direitos dos administrados.

Estabelece em seu artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, no inciso LV que “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”. A

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

⁶¹ *Ibidem*, p. 113.

⁶² DI PIETRO, *Op. Cit.*, p. 81.

Lei 9.784/99, regulando também os princípios prevê em seu artigo 2º a necessidade da Administração observá-los⁶³.

Como parte inerente ao próprio direito de defesa, esses princípios são aplicáveis a todo tipo de processo envolvendo situação de litígio ou poder sancionador do Estado sobre pessoas físicas ou jurídicas. Dessarte, a Administração Pública deverá oportunizar o contraditório e a ampla defesa antes de tomar uma decisão gravosa contra um sujeito.

Garante-se assim, o devido processo legal, cuja origem remonta à Inglaterra com a Magna Carta de João sem Terra, em 1215, inicialmente com um caráter meramente formal (“*procedural due process*”) o qual exigia um processo legal para a condenação de uma pessoa, mas que posteriormente desenvolveu-se nos Estados Unidos atingindo um aspecto mais substantivo ou material (“*substantive due process of law*”)⁶⁴

h) Segurança Jurídica:

O princípio da segurança jurídica, nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles “é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica” e, juntamente com o princípio da legalidade, integra o conceito do próprio Estado de Direito⁶⁵.

⁶³ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999. 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.”

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119-120; e CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 49.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99-100.

Enquadra os princípios gerais de direito que “são os vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento”⁶⁶.

Tal princípio traz como objetivo principal vedar à Administração Pública a aplicação retroativa de uma nova interpretação de lei⁶⁷, o qual ficou expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784/99⁶⁸.

Portanto, em razão desta função do princípio, em atuação conjunta com os princípios da legitimidade dos atos administrativos e da boa-fé, a Administração não pode alterar suas orientações referentes a determinada matéria sem prévia e pública notícia, causando modificações das situações jurídicas concretizadas, para sancionar ou agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões. Devem, assim, as novas orientações serem aplicadas somente aos casos ocorridos depois da citada notícia⁶⁹.

Muitos doutrinadores ressaltam a proximidade do princípio da segurança jurídica com os princípios da boa-fé e proteção à confiança⁷⁰. Em verdade, embora interligados e complementares, apresentam suas facetas próprias que os distinguem, sem contudo aparta-los.

O princípio da boa-fé desdobra-se em duas óticas possíveis, um sentido objetivo e uma visão subjetiva. O primeiro traduz a ideia de lisura, lealdade de conduta nas relações jurídicas, as partes devem proceder de maneira correta. Já no sentido subjetivo, a boa-fé consiste no aspecto psicológico do agente, que acredita agir em conformidade com o direito.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 126.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85.

⁶⁸ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999. Art. 2º, § único, XIII “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

⁶⁹ MELLO, Op. Cit., p. 128.

⁷⁰ A exemplo de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexandre Mazza nas obras já referenciadas neste estudo.

No âmbito do direito administrativo vê-se aplicação da boa-fé objetiva especificamente ao tratarmos dos contratos administrativos e das responsabilidades pré-negocial do Estado, devendo ser demonstrada tanto pela Administração Pública quanto pelo particular contratado.

Já o princípio da proteção à confiança é na verdade um desdobramento do princípio da segurança jurídica. Trata-se especificamente de seu sentido subjetivo.

Ocorre que o princípio da segurança jurídica também deve ser analisado nas acepções objetiva e subjetiva. Em sentido objetivo refere-se aos limites à retroatividade dos atos estatais a pouco estudados, resguardando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Constitui assim um mecanismo de estabilização da ordem jurídica, operando no direito intertemporal. Promove uma espécie de blindagem do próprio sistema do Estado de Direito contra conflitos e instabilidades oriundas de suas próprias normas e interpretações, é o que se convencionou chamar de “endosseguença”⁷¹.

Em sentido subjetivo, porém, é que se evidencia o denominado princípio da proteção à confiança legítima. Este por sua vez exige que os atos estatais emanem uma dada previsibilidade e calculabilidade de seus efeitos jurídicos, gerando segurança ao administrado. Busca-se coibir comportamentos contraditórios da Administração Pública, decisões estatais que gerem mudanças abruptas de direção⁷².

Nas palavras da professora Di Pietro “o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros” e segue, “o princípio da

⁷¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

⁷² *Ibidem*, p. 129.

proteção à confiança protege a boa-fé do administrado [...]. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito.”⁷³.

Em razão deste sentido subjetivo da segurança jurídica, princípio basilar do Estado de Direito como já dissemos, justifica-se afastar o próprio princípio da legalidade, não menos importante, para manter e regular atos administrativos eivados de vícios de legalidade, mas que porque se protraíram no tempo, geram no social esta previsibilidade e calculabilidade de efeitos, cujo rompimento abrupto e retroativo causaria grande instabilidade jurídica.

i) Motivação:

O princípio da motivação veio inserido em nosso ordenamento jurídico com a Carta Política de 1988, com previsão expressa para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93 e 129, § 4º), refletindo uma exigência de um moderno modelo de Estado de Direito, no qual reina absoluta a vontade da lei. Trata-se de verdadeiro instrumento da legalidade, cuja utilização se faz obrigatória não apenas para conferi-la aos atos administrativos, mas também para banhá-los de eficácia jurídica, ou seja, aptidão para produção de seus efeitos.

De fato decorre ele do já estudado princípio da legalidade, podendo ser extraído da norma do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal ao declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como já vimos parágrafos antecedentes, quando aplicado à Administração Pública devemos interpretar esta norma no sentido de que à Administração somente é permitido agir por determinação expressa da lei.

Por conseguinte, imperioso é a motivação dos fatos bem como a exposição do dispositivo legal autorizador da conduta ou ato que se pretende produzir. Conforme bem nos ensina Hely Lopes⁷⁴, é pela motivação que o administrador público

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88-89.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103.

justifica sua ação administrativa e indica os pressupostos de fato, ou seja, os fatos, e os pressupostos de direito, noutros termos, os preceitos jurídicos, que ensejam e autorizam a prática do ato⁷⁵.

Há contudo, atos que dispensam a motivação, são aqueles em que se faz presente a discricionariedade administrativa, determinada pela própria lei. Nestes casos basta ao administrador demonstrar sua competência para produção do ato e sua conformidade com o interesse público, visto que pressuposto de toda atividade administrativa. Todavia, alguns doutrinadores divergem deste entendimento, afirmando que a motivação é obrigatória em qualquer tipo de ato, pois se trata de uma formalidade necessária para o controle de legalidade desses atos⁷⁶.

Entretanto, há casos em que, ainda quando discricionário o ato, deverá o administrador motivá-lo, por interferir diretamente nos interesses dos administrados, ou para garantir-lhes o contraditório e ampla defesa⁷⁷.

Tamanha a importância deste princípio para a legalidade e eficácia dos atos administrativos, que como forma de reforçá-lo, desenvolveu-se a chamada *teoria dos motivos determinantes*.

Além da teoria dos motivos determinante, o doutrinador Hely Lopes em seus estudos faz menção à chamada motivação *aliunde*, extraída da norma do artigo 50, § 1º da Lei 9.784/99, acima referenciado, com pertinente descrição a que pedimos *vênia* para transcrever: “a chamada motivação *aliunde*, já admitida pela jurisprudência (v. STF, MS 25.5188, acima citado), que consiste em declaração de ‘concordância com

⁷⁵ Previsão também em: BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999. Art. 2º, VII “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”; Art. 50. “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos [...]” e § 1º “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, [...]”.

⁷⁶ Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103.

fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”⁷⁸.

f) Supremacia do Interesse Público:

Ao final desta modesta descrição daqueles por nós considerados como princípios de maior destaque, dentre os aplicados à Administração Pública, passemos ao estudo do princípio da supremacia do interesse público, também denominado princípio da finalidade pública.

Nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso II da Lei 9.784/99 corresponde ele ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;”

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles o princípio em tela está intimamente ligado ao princípio da finalidade. Deve o Estado sempre ter por fim primeiro o atendimento ao interesse público, motivo pelo qual sua primazia sobre o interesse privado é inerente à atuação estatal e acaba por justificar sua própria existência⁷⁹. No mesmo sentido aponta Celso Antônio Bandeira de Mello afirmando se tratar de um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, sendo própria condição de existência desta⁸⁰.

É esta supremacia do interesse público o que motiva a desigualdade existente entre a Administração e os administrados, dotando-a de poderes e prerrogativas como forma de garantir o princípio, tais como, a título ilustrativo, os institutos constitucionais da desapropriação e da requisição (art.5º, XXIV e XXV)⁸¹.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 104.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 105.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 99.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, XXIV “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em

Contudo, tais prerrogativas não podem ser manejadas ao bel prazer da Administração, porquanto não possui poderes simplesmente por possuir. O que a Administração tem na verdade são deveres-poderes. Dever de buscar o interesse público e neste fim, tais prerrogativas se fazem os instrumentos, os meios, de alcance. Nas melhores palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “tais poderes são instrumentais: serviente do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolavelmente atrelados”⁸².

Nesse contexto ressalta Dirley da Cunha Jr. Que o Estado não pode jamais, sob o pretexto de agir em nome da supremacia do interesse público, suprimir direitos individuais reconhecidos pela ordem jurídica. O vetusto princípio da autoridade dá lugar ao da dignidade da pessoa humana, num crescimento de um Direito Administrativo fundado na Dignidade da Pessoa Humana, de modo a harmonizar o interesse da coletividade e, até mesmo ponderá-lo, quando em conflito com direitos individuais de seus próprios membros, afastando a ideia de uma supremacia *prima facie* e absoluta do interesse público⁸³.

Em seu estudo, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello traça interessante consideração a cerca da atividade administrativa, a qual se traduz no desempenho de uma função. Definindo, “tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade”⁸⁴.

Nessa esteira, mostra-se oportuna a definição da atividade administrativa enquanto função para reforçar o sentido primeiro do princípio da supremacia do interesse público, de modo que à Administração Pública resta a obrigação de cumprir determinadas finalidades, tendo por objetivo sempre o interesse de

dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”, XXV “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 101.

⁸³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 38.

⁸⁴ MELLO, Op. Cit., p. 100.

outrem – a coletividade –, mas jamais o seu próprio enquanto Administração, tampouco o de seus administradores, sob pena de tornar o ato ilegal por vício de desvio de poder ou desvio de finalidade.

Neste contexto, vale aqui trazer interessante distinção entre o interesse público propriamente dito, também chamado de interesse primário, e o interesse das pessoas estatais meramente, denominado interesse secundário, desenvolvida pelo novamente citado, professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵.

O interesse primário é o pertinente à coletividade, à sociedade como um todo. Este é o interesse que deve ser objetivado pela atividade administrativa, pois é o que a lei determinou e incumbiu ao Estado. O interesse secundário, por sua vez, é aquele que se refere à entidade estatal personalizada, que somente quando coincidente com o interesse público primário, pode ser buscado pelo Estado validamente.

Como podemos observar ao longo desta pequena exposição inicial, a interligação de princípios é constante no Direito Administrativo, assim como em todos demais ramos do Direito enquanto ciência.

Neste caso não haveria de ser diferente e, do princípio da supremacia do interesse público decorre o denominado princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual traz em seu bojo a proibição à Administração de dispor do interesse geral e de renunciar aos poderes que lhe conferiu a lei.

Sua decorrência se dá pelo fato de que não é a Administração a titular do interesse público, mas sim o Estado enquanto legítimo representante e concretizador dos anseios da sociedade, incumbindo-lhe tão somente zelá-los no desempenho de um poder.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 101-102.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERANTE TERCEIROS, TEORIAS E DIREITO DE REGRESSO

2.1 Teorias da responsabilidade da administração pública.

No exercício de suas inúmeras atividades administrativas, o Estado está sujeito a causar danos a terceiros, tanto por atos lícitos quanto ilícitos, gerando o dever de reparação.

Conforme estudamos, em sua atuação os agentes públicos externalizam a vontade estatal, agem no exercício de suas funções não com vontade própria, mas sim, e apenas, concretizando as funções incumbidas aos órgãos a que pertencem. Deste modo, retomando nossas considerações a cerca do princípio da impessoalidade, quando o agente público atua, considera-se que o atuante seja o Estado, e por conseguinte, as condutas praticadas por aquele devem ser imputadas a este⁸⁶. Na legislação pátria, este instituto vem disciplinado pelo artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, consagrando o princípio da responsabilidade⁸⁷.

Nesse sentido, pedimos vênia para transcrever precisa conceituação da professora Di Pietro quando diz que “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”⁸⁸, em complementação ao texto normativo do art. 124 da Lei 8.112/90⁸⁹.

⁸⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37, § 6º “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 716.

⁸⁹ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 124

Durante séculos, enquanto vigoraram os Estados absolutistas, o Estado manteve-se blindado à responsabilidade por seus atos reinando a máxima *The King can do no wrong* (O Rei não pode errar), adotando-se a Teoria da Irresponsabilidade Estatal. Com o evoluir das sociedades, a ideia de tal irresponsabilidade perdeu força e já em meados do século XX é abandonada pelos últimos Estados que a mantinham: Estados Unidos, com o *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e a Inglaterra com o *Crown Proceeding Act*, de 1947⁹⁰.

Com essa evolução para o dito Estado Democrático de Direito, a ideia da irresponsabilidade é substituída pela do Estado Responsável por seus atos, responsabilidade esta que compreende a contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual verifica-se quando o Estado descumpre as cláusulas contratuais a que se obrigou. Já a responsabilidade extracontratual é a sua obrigação de reparar os danos a terceiros por atos estatais unilaterais, sejam lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos. Esta responsabilidade extracontratual pode decorrer de atos administrativos, atos legislativos ou atos judiciais, e é sobre a qual nos debruçaremos neste capítulo.

No nascedouro do Estado responsável, essa responsabilidade foi definida como sendo a mesma aplicada ao direito privado, a responsabilização civil por culpa individual do agente, ou seja, para haver a responsabilização do Estado haveria de se demonstrar que o agente, no exercício de sua função, agiu com imprudência, negligência ou imperícia surgindo assim a Teoria da Responsabilidade Subjetiva⁹¹.

Posteriormente, a responsabilidade Estatal começa ser influenciada pelos princípios de direito público e surgem as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa administrativa, também chamada de teoria da culpa do

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

⁹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 380.

⁹¹ *Ibidem*, p. 380.

serviço e a teoria do risco, a qual parte da doutrina, a exemplo do professor Hely Lopes Meirelles⁹², subdivide ainda em risco administrativo e risco integral⁹³.

Passemos à análise de cada:

a) Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço:

“A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu”⁹⁴, pois embora pautada na culpa, adota conforme veremos adiante, hipóteses de enquadramento objetivamente definidas, levando em conta a falta do serviço.

Essa teoria desvincula a responsabilidade do Estado da necessidade de existência de uma conduta culposa do agente público, de sua culpa individual, subjetiva. A teoria da culpa do serviço distingue a culpa individual do agente público, pela qual ele responde, da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço.

Ainda se exige que haja culpa, mas aqui os olhos não estão voltados para a comprovação de culpa do agente público. O fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado é a culpa da Administração somada à falta objetiva do serviço em si mesmo, que ocorre quando configurado: i) inexistência do serviço; ii) mal funcionamento do serviço; iii) retardamento do serviço.

Configurada tal culpa administrativa, está verificada a responsabilidade do Estado, independente de qualquer investigação da culpa do agente público, por isso é também chamada de culpa anônima⁹⁵.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 630.

⁹³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 380.

⁹⁴ MEIRELLES, Op. Cit., p. 631.

⁹⁵ CUNHA JUNIOR, Op. Cit., p. 381.

Ressaltamos que não se trata, porém, de responsabilidade objetiva, visto que baseada na culpa, contudo, lembramos novamente, não do agente público, mas sim do serviço quando da ocorrência de qualquer das três hipóteses listadas, caracterizadoras conduta ilícita da Administração Pública.

b) Teoria do Risco Administrativo:

Com o desenvolvimento desta teoria surge para o Estado o dever de indenizar o dano do ato lesivo e injusto que é causado pela Administração. Ao contrário das teorias antecessoras, aqui não é exigido à vítima a demonstração de culpa da Administração pela falta do serviço público ou de seus agentes. Basta tão somente a demonstração do fato danoso e injusto decorrente de ação ou omissão do Poder Público, sem que haja o concurso do agente⁹⁶.

Em verdade, a ideia de culpa é substituída pela do nexo de causalidade entre a prestação do serviço público e o dano sofrido pelo administrado, sendo irrelevante o bom ou mal funcionamento do serviço estatal. Por tais motivos é também chamada de Teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a qual podemos apontar como pressupostos: i) a prática de um ato lícito ou ilícito por agente público; ii) a existência de um dano específico (atinge somente um ou alguns membros da sociedade) e anormal (superior aos inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); iii) existência do nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano⁹⁷.

Conforme ensina o professor Hely Lopes, seu fundamento reside no risco que a atividade pública gera para os administrados e em sua potencialidade de gerar danos a parcelas da comunidade, impondo-lhes ônus não suportados por outras parcelas. Como forma de compensação por esta desigualdade, as parcelas livres destes

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

ônus devem concorrer para a reparação do dano por meio do erário, representado pela Fazenda Pública⁹⁸.

Nessa esteira, a professora Di Pietro⁹⁹ aponta também como fundamento o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, o qual tem suas raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789¹⁰⁰, e tem como essência a repartição entre os membros da sociedade, tanto dos benefícios como dos prejuízos decorrentes da atuação estatal.

Contudo, não significa que a teoria em tela imponha à Administração a obrigação de indenizar todo e qualquer dano experimentado pelo particular, pois é permitido ao Poder Público a demonstração da culpa total ou parcial do terceiro lesado para atenuar a indenização ou até mesmo excluí-la por completo, isentando a Fazenda Pública¹⁰¹.

Na evolução histórico-normativa brasileira a legislação pátria progrediu da adoção da teoria civilista da responsabilidade civil subjetiva com o Código Civil de 1916¹⁰², passando pelo acolhimento do princípio da responsabilidade solidária entre Estado e agente público com a Constituição de 1934¹⁰³, até por fim a adoção da teoria da responsabilidade objetiva com a Constituição de 1946¹⁰⁴ e seguintes até a atual Carta Magna com previsão no artigo 37, parágrafo 6º “As pessoas jurídicas de direito

⁹⁸ MEIRELLES, Op. Cit., p. 631.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

¹⁰⁰ “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.”

¹⁰¹ Nesse sentido, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2º Turma. RE 113.587-5-SP, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília-DF, 18/02/1992. DJ 03/04/1992.

¹⁰² BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. DOU 05/01/1916. Art. 15 “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

¹⁰³ Art. 171 BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. DOU de 16/07/1934. Art. 171 “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. DOU de 18/09/1946. Art. 194 “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”, sendo acompanhada pelo Código Civil de 2002¹⁰⁵.

Analisando o dispositivo constitucional observamos nele contidas duas regras referentes à responsabilidade: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público¹⁰⁶.

A primeira tem como requisitos que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público¹⁰⁷ ou privado prestadora de serviço público, que haja dano em decorrência da prestação do serviço público, que o agente público esteja no exercício de suas funções.

Há ainda doutrinadores que apontam como último requisito para a responsabilidade objetiva do Estado que o dano seja decorrente de ato antijurídico, entendido como o ato ilícito ou o ato lícito que cause dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais¹⁰⁸.

Por fim, cumpre destacar que a regra da responsabilidade objetiva do Estado não incide sobre os atos legislativos e judiciais. Nestes casos segundo defendido por Hely Lopes Meirelles, em função do próprio texto constitucional, o qual se refere somente aos agentes administrativos apartando os agentes políticos (membros de

¹⁰⁵ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU 11/01/2002. Art. 43 “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 722.

¹⁰⁷ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU 11/01/2002. Art. 41 “São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Op. Cit., p. 724.

poderes), a Fazenda Pública somente responde mediante comprovação da culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva¹⁰⁹.

Ainda assim, alerta o doutrinador que o ato legislativo típico dificilmente será capaz de causar dano indenizável ao particular por se tratar de norma geral e abstrata com incidência sobre toda coletividade não incorrendo quebra de equilíbrio a que já nos referimos. Deste modo não haveria fundamento jurídico para a responsabilização da Fazenda Pública.

No que tange aos atos judiciais típicos, quais sejam, sentença e decisão, a única hipótese admitida é a prevista no artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”.

c) Teoria do Risco Integral:

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, trata-se da modalidade extremada da teoria do risco administrativo¹¹⁰, pois obriga a Administração a indenizar todo e qualquer dano sofrido por terceiros, ainda quando resultante de dolo ou culpa da vítima.

A responsabilidade do Estado incide independentemente da existência de situações que poderiam configurar alguma excludente de responsabilidade. A título exemplificativo apontamos os casos de danos causados por acidentes nucleares, conforme previsão do artigo 21, inciso XXIII, alínea “d” da Constituição da República¹¹¹, disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17/10/1977;

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 638.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 632.

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 21, XXIII, d “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;”.

2.2 Das excludentes de responsabilidade.

Conforme vimos, o nexo de causalidade atua como fundamento justificador da responsabilidade objetiva do Estado. Não havendo análise subjetiva da culpa em sua atuação, restará configurado o dano passível de indenização quando a atuação do agente público, no exercício de suas atribuições, for a causa do prejuízo experimentado pelo terceiro.

Opostamente, temos que a responsabilidade civil do Estado deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando não for a atuação do serviço público a causa do dano ou quando não for a única causa, estando aliada a outras circunstâncias.

Esses casos são denominados causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade. Como causas excludentes podemos apontar a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Já como causa atenuante temos a culpa concorrente da vítima.

Traçando uma breve definição dos termos acima, fazemo-nos uso dos conceitos esboçados pela professora Di Pietro, entendendo como força maior o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”¹¹², que não sendo imputável à Administração, rompe o nexo de causalidade entre o dano e comportamento desta, não havendo que se falar em responsabilidade do Estado.

Contudo, reforça a autora, que poderá ocorrer a responsabilização do Estado mesmo quando presente a força maior, se aliada a ela estiver a omissão do Poder Público na realização de um serviço. Porém, aqui a responsabilidade não será objetiva, tendo vez a aplicação da teoria da culpa do serviço público.

Cumprindo ainda, diferenciar a força maior do caso fortuito, que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado. Este ocorre quando o dano

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

decorre de ato humano ou de falha da Administração¹¹³. O prejuízo é resultado de fato alheio à vontade do agente ou da Administração, porém é decorrente de sua conduta pretérita, como por exemplo, um cabo elétrico ou uma adutora que se rompe por manutenção precária.

Nos casos de culpa de terceiros, como nos danos causados por multidões ou vandalismos, o Estado também somente irá responder caso reste comprovada sua omissão ou falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, assim como na de força maior, a responsabilização da Administração será aferida segundo a teoria da culpa anônima, demonstrada pelo mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio do serviço público¹¹⁴.

Em relação à última hipótese de causa excludente, culpa da vítima, deve-se primeiramente observar a intensidade de sua conduta, ou seja, se é causa exclusiva do dano sofrido ou se concorrente com a culpa do Poder Público.

Tratando-se de culpa exclusiva o Estado não responderá, visto que inexistente nexos causal entre sua atuação e o prejuízo. No segundo caso, culpa concorrente, a responsabilidade da Administração é atenuada, repartindo-se com a responsabilidade da vítima¹¹⁵.

Em sua obra a doutrinadora Di Pietro destaca a divergência doutrinária referente à responsabilidade do Estado por omissão. Duas são as correntes defendidas pela doutrina e jurisprudência. O posicionamento majoritário é pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva bastando a demonstração do nexos de causalidade. A segunda corrente, por sua vez, a que se filia a doutrinadora, defende a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, conforme fundamenta José Cretella Júnior:

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 725.

¹¹⁵ A regra encontra-se consagrada no Novo Código Civil, Lei 10.406/2002 em seu artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, caos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação física ou mental.¹¹⁶

Nesse sentido, inferimos da lição de José Cretella Júnior, que para que haja a responsabilidade decorrente da omissão tem que estar presente o dever de agir por parte do Estado aliado à possibilidade de agir para evitar o dano. Contudo, para determinar essa possibilidade de agir do Estado deve-se aferir a exigibilidade da conduta, ou seja, se a prestação do serviço poderia ser exigida da Administração. Para tal aferição tem aplicação o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade¹¹⁷.

Nessa esteira, entendemos, segundo ainda a professora Di Pietro, citando Juan Carlos Cassagne, que a ferramenta de aplicação do princípio da reserva do possível está em determinar se o ato omissivo configura ou não uma omissão antijurídica, entendida esta como o descumprimento pelo Estado de uma obrigação legal expressa ou implícita, ou seja, a atuação omissiva da Administração deve ser ilícita¹¹⁸.

2.3 Direito de regresso.

Autorizada pelo parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal¹¹⁹, a ação regressiva é a instrumentalização do direito de regresso que detém a entidade pública para voltar-se contra o servidor culpado pela lesão da vítima a qual o Estado já tenha indenizado.

¹¹⁶ CRETELLA JR., apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 728.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 728.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 728.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 37, § 6º “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

A ação regressiva é uma prerrogativa de todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Conforme estudamos anteriormente, a responsabilidade da Administração independe da culpa, ou seja, é objetiva. Contudo, em se tratando de ação regressiva, a responsabilidade do agente público ensejador do prejuízo perante a Administração deve ser analisada subjetivamente, sob o prisma da culpa.

Destarte, são exigidos dois requisitos para a ação regressiva: primeiro a preexistência de condenação da Administração a indenizar a vítima do dano sofrido e, segundo, a comprovação da culpa do agente para a ocorrência evento danoso¹²⁰.

Nessa esteira, no que tange a sua exigibilidade, anota o professor Hely Lopes Meirelles que por se tratar de ação civil destinada à reparação patrimonial, nos termos do artigo 122, § 3º da Lei 8.112/90¹²¹ a ação regressiva transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor declarado culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão¹²².

Neste ponto, cabe tecer breves considerações acerca do ato lesivo e seus desdobramentos. É cediço que as esferas de competência guardam independência umas das outras, não se exigindo a condenação ou absolvição de uma para a atuação de outra. Contudo, em que pese sua relação independente, por vezes o desfecho da esfera penal pode implicar consequências nos resultados das esferas cível e administrativa.

O ato lesivo do agente pode, ao mesmo tempo, revestir-se de aspecto civil, administrativo e criminal, como nos casos de atropelamentos ou colisões com vítima ocasionados por veículos da Administração. Nestes casos o agente responsável

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 641.

¹²¹ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 122, § 3º “A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.”

¹²² MEIRELLES, Op. Cit., p. 641.

sujeita-se a ação penal, ação civil regressiva da Administração, para reaver a indenização paga à vítima, e ainda ação administrativa para fins disciplinares.

Aqui, valendo-nos das explicações de Hely Lopes Meirelles, temos que havendo o julgamento penal, podemos ter quatro resultados, a saber: i) condenação criminal do servidor; ii) absolvição pela negativa da autoria ou materialidade; iii) absolvição por ausência de culpabilidade penal; iv) absolvição por insuficiência de provas¹²³.

Havendo condenação, o julgamento penal fará coisa julgada nos demais âmbitos quanto à culpa do agente, não caberá discuti-la novamente. Assim estará ele sujeito à reparação do dano¹²⁴ e à punição disciplinar cabível, uma vez que a culpabilidade reconhecida na esfera penal não há que ser questionada nas demais.

No caso de absolvição por negativa de autoria ou materialidade também haverá efeitos jurídicos nas esferas civil e administrativa, porém agora ao revés da hipótese anterior. A sentença penal transitada em julgado terá o efeito de impedir a responsabilização do agente apontado como causador do prejuízo, uma vez demonstrado na instância penal não ser ele o autor do fato ou que este não existiu¹²⁵.

Quanto a terceira hipótese, a absolvição criminal por inexistência de culpabilidade não impede a propositura da ação regressiva, tampouco inquirir a culpa administrativa para efeitos disciplinares. A sentença penal neste caso tem o condão

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 642.

¹²⁴ Nesse sentido: BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. DOU 13/10/1941. Art. 63 “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”; e Art. 64 “Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.”.

¹²⁵ Nesse sentido: BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU 11/01/2002. Art. 935 “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”; e, BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 126 “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”.

apenas de declarar que não há ilícito penal punível, sem afastar a configuração do ilícito civil ou administrativo.

Do mesmo modo, no último resultado possível a absolvição por ausência de provas não produzirá efeitos nos âmbitos civil e administrativo, vez que outras provas poderão ser produzidas nestes¹²⁶.

Neste ponto, vencemos nossas considerações acerca da responsabilidade da Administração Pública perante os administrados, abordando suas teorias e nuances do direito de regresso, estudo que consideramos fundamental para que possamos nos debruçar em fim sobre o tema central desta pesquisa.

¹²⁶ Nesse sentido: BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. DOU 13/10/1941. Art. 66 “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”; e Art. 67 “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PENA DE DEMISSÃO

3.1 Distinção inicial: Processo e Procedimento.

Iniciamos o estudo de nosso tema central abordando preliminarmente os sentidos atribuídos à expressão “Processo Administrativo”, diferenciando-a da expressão “Procedimento”¹²⁷.

Conforme elenca a professora Di Pietro a expressão “Processo Administrativo” é comumente utilizada para designar o “conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração”, ou usada como sinônimo de processo disciplinar, a exemplo do artigo 41, § 1º, II, da Constituição Federal¹²⁸, ou em sentido mais amplo, como conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo ou uma tomada de decisão final pela Administração¹²⁹.

Nesse contexto, não podemos confundir processo com procedimento. Hely Lopes Meirelles define o processo como o conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo ou judicial, o procedimento por sua vez, como o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual¹³⁰.

O doutrinador expõe uma definição fundamentada na existência de uma controvérsia que se almeja solucionar por meio do processo. Contudo, em

¹²⁷ A Lei nº 9.784/99 estabelece as normas sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 41, § 1º “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 695-696.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 664.

decorrência da prática administrativa atribuir a denominação “processo” também para atos sem natureza jurisdicional, Hely Lopes Meirelles distingue os chamados processos administrativos propriamente ditos, como sendo aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor¹³¹, dos processos administrativos impropriamente ditos, compostos de atos de mero expedientes, sem controvérsia¹³².

Por sua vez, o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico de ordenação dos atos que o compõe. Trata-se do conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos que se desenvolvem dentro de um processo¹³³.

Finalizando estas considerações iniciais, apresentamos duas modalidades distintas de processo administrativo: o gracioso e o contencioso. Nas palavras da professora Di Pietro “no processo gracioso, os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular. [...] É nesse sentido que se fala em processo administrativo no direito brasileiro.”. Enquanto que o processo administrativo contencioso “é o que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado”¹³⁴.

¹³¹ Parte da doutrina utiliza-se da denominação “processo externo ou jurídico”, subdividindo-o em processos ampliativos, destinados a declaração ou constituição de direito ou interesses do administrado ou Administração (concessões, permissões, licitações, etc.) e processos restritivos ou ablatórios, que dispõem às revogações em geral (cassação de licença, declaração de caducidade) ou impõem sanções. Nesse sentido, CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 622-623.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 665.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 696.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 697-698.

3.2 Procedimentos de apuração de ilícito administrativo e princípios reitores do processo disciplinar.

3.2.1. Considerações Gerais.

O ilícito, em linhas gerais, é uma traição à lei, uma contradição à norma, que se expressa pela ofensa a um bem jurídico que o Estado buscou por meio dela tutelar. É a conduta praticada por um agente que contraria a norma de direito, ofendendo e pondo em risco o objeto de sua proteção.

O doutrinador Renato Luiz Mello Varoto, em referência a diversos outros juristas¹³⁵, esclarece que o dever jurídico e a ilicitude jurídica, em essência, são um só, não fazendo importância assim, traçar ou buscar traçar diferenças ontológicas entre as diversas manifestações do ilícito, vez que, em verdade, se tratam apenas de “critérios, tempo-espaciais, de defesa do Estado na proteção de bens jurídicos que entende necessários à vida coletiva”¹³⁶.

Esclarece Varoto a diferença em substância entre o ilícito penal, civil e administrativo. O que os distingue é uma questão de grau de perturbação da ordem pública, uma importância social, a qual cabe ao legislador atribuir ao bem jurídico tutelado, para se determinar a natureza da sanção aplicada: administrativa, civil ou penal¹³⁷.

Deste modo, o ilícito administrativo configura, considerando-se tal juízo de valor social, um *minus* em relação ao ilícito penal. Contudo, o ilícito administrativo a este pode se aproximar ontologicamente quando a ofensa ultrapassa as fronteiras puramente administrativas para adentrar ao campo de conduta penalmente punível, é o caso do ilícito administrativo penal.

¹³⁵ Tais como: Aníbal Bruno. **Direito penal**; Néelson Hungria. **Ilícito administrativo e ilícito penal**; Cretella Jr. **Prática do processo administrativo**; e Themístocles Cavalcanti. **Direito e processo disciplinar**.

¹³⁶ VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 125.

Assim, temos que a depender do grau de ofensividade da conduta praticada, o ilícito administrativo, enquanto espécie do gênero ilícito, reparte-se nas subespécies de “*ilícito administrativo puro*” que por sua vez se subdivide em “ilícito administrativo disciplinar” (como a desobediência a superior hierárquico) ou “ilícito administrativo não disciplinar” (como o exercício de comércio na repartição); e a subespécie de “*ilícito administrativo penal*” (como por exemplo a corrupção)¹³⁸.

Destarte, temos que o ilícito, pode alcançar diversos graus de potencialidade, repercutindo em reprimendas nas esferas cível, administrativa e penal sem que isto configure o instituto do *ne bis in idem*, em razão da relação de independência entre essas esferas de competência, conforme estudamos no capítulo 1.

O processo administrativo é classificado pela doutrina em diversas modalidades, uma das modalidades é aquela voltada à apuração de um ilícito administrativo podendo cominar na aplicação de eventual penalidade administrativa.

A esta modalidade, segundo classificação trazida pelo professor Hely Lopes Meirelles, deu-se o nome de *processo administrativo punitivo*¹³⁹, a qual trata do processo promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato.

O processo administrativo disciplinar, enquanto processo administrativo, é principalmente regido pelo Direito Processual Disciplinar, o qual podemos definir como “conjunto de normas e princípios sedimentados em leis, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, jurisprudência e doutrina, que informam e

¹³⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: RT, 1986, p. 28. apud VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 674.

orientam a dinamização dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares, objetivando dar base à legítima imposição do ato punitivo”¹⁴⁰.

Percebe-se que diversas são as fontes do Direito Processual Disciplinar, o qual se estende para além das fontes ordinárias do direito, como a lei, doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito, para buscar embasamentos nos atos normativos internos dos órgãos de assessoramento e controle da Administração, como pareceres da Advocacia Geral da União (AGU) e Controladoria Geral da União (CGU).

O processo administrativo punitivo deve guardar estrita observância do instituto do *due process of law*¹⁴¹, garantindo o contraditório e ampla defesa sob pena de nulidade da sanção por ele imposta, a qual, embora de graduação discricionária, não é arbitrária, devendo estar expressamente prevista na legislação.

Conforme redação do artigo 127 da Lei 8.112/90 são seis as penas disciplinares previstas no Direito Administrativo Federal: i) advertência; ii) suspensão; iii) demissão; iv) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; v) destituição de cargo em comissão; vi) destituição de função comissionada. Dentre elas, a autoridade deverá escolher a ideal para reprimir a falta cometida, conforme sua gravidade. Nota-se, deste modo, que a discricionariedade disciplinar se restringe à mensuração da gravidade da falta e a escolha adequada da pena a ser aplicada.

Em verdade, o processo administrativo punitivo trata-se da aplicação à rotina administrativa do poder disciplinar, que reflete justamente a “faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e quem mais esteja sujeito à

¹⁴⁰ REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 18.

¹⁴¹ Nos termos de BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 5º, 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;”.

disciplina dos órgãos e serviços da Administração” ainda nas palavras do doutrinador Hely Lopes Meirelles¹⁴².

Neste contexto, impende frisar que o poder disciplinar é correlato ao poder hierárquico, porém não se confunde com este, vez que constitui na prerrogativa do ente administrativo distribuir e escalonar suas funções executivas. Já no uso do poder disciplinar, a Administração controla o desempenho dessas funções e a conduta de quem as executa, responsabilizando o executor por eventuais faltas cometidas, revestindo-se de um caráter de poder-dever para a autoridade hierárquica que aplique a pena, pois a condescendência na punição é configura crime contra a Administração Pública¹⁴³.

Neste capítulo traçaremos algumas considerações iniciais acerca de duas das submodalidades de processos administrativos punitivos, o Processo Administrativo Disciplinar e a Sindicância, as quais reputamos fundamentais ao desenvolvimento da presente pesquisa.

3.2.2. Princípios reitores do processo disciplinar.

No primeiro capítulo deste trabalho tratamos dos princípios basilares da Administração. Neste ponto, valendo-nos dos estudos traçados por Adriana Menezes de Rezende¹⁴⁴ retornaremos ao tema, contudo analisando outra cadeia de princípios, desta vez com relevância e vinculação mais estreita com o processo administrativo disciplinar.

a) Princípio da legalidade objetiva: por este princípio o processo administrativo disciplinar deve buscar seu fundamento na lei para assim aplicar a punição disciplinar da maneira mais legal e legítima possível, resguardando os interesses da Administração sem violar os direitos individuais do agente acusado;

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

¹⁴⁴ REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 26-28.

b) Princípio da publicidade: este, que já foi objeto de nossas considerações no capítulo 1, especificamente no que tange ao processo disciplinar exige a publicidade de todos os atos de seu processo, à exceção dos legalmente protegidos pelo sigilo;

c) Princípio da pluralidade de instâncias: dois são os desdobramentos maiores deste princípio: primeiro a viabilização de recursos administrativos dentro do processo disciplinar, abrangendo o pedido de reconsideração, a revisão processual e os recursos hierárquicos; e segundo o poder de auto tutela da Administração para revogar e anular seus atos eivados de ilegalidade ou quando inconvenientes ou inoportunos. Contudo, impende frisar que sua aplicação nem sempre será possível em sua inteireza, na medida em que as penalidades mais graves, quando aplicadas pelas mais altas autoridades da Administração, somente admitirão o pedido de reconsideração, ou partindo para o âmbito do poder judiciário, a revisão judicial por ocorrência de ilegalidades no processo administrativo;

d) Princípio da observância das formas: este princípio, segundo o qual os atos do processo devem observar uma rigidez de formas para terem validade, sofre pode sofrer uma maior flexibilização na esfera processual disciplinar, salvo quando acarretar prejuízo ao direito de defesa do acusado podendo acarretar nulidades.

Em verdade este princípio dá lugar à outro no processo administrativo disciplinar, o princípio do informalismo, contudo está não sujeição à formas rígidas não é sinônimo de ausência absoluta de forma, fazendo-se necessária sempre que atender o interesse público e proteger os direitos do agente.

e) Princípio da ampla defesa e do contraditório: Conforme estudamos anteriormente, o exercício irrestrito do direito de defesa deve ser observado em qualquer procedimento apuratório, por menor que seja a punição a ser imposta;

f) Princípio da oficialidade: ao contrário do processo judicial, os procedimentos de apuração de ilícito administrativo devem ser orientados pelo impulso

oficial da comissão responsável. Assim dispensa-se a provocação ou pedido das partes interessadas para realização de diligências;

g) Princípio da economia processual: tem atuação conjunta com o princípio do informalismo no sentido de se evitar rigores formais não essenciais e protelatórios que não beneficiem o acusado, conferindo maior agilidade ao processo e celeridade na elucidação dos fatos;

h) Princípio da verdade material: não há óbice à produção de provas. O processo administrativo disciplinar recepciona, em qualquer de suas fases, novas provas que consubstanciem o direito material das partes, obstruindo o instituto processual da preclusão, desde que observado o contraditório e a ampla defesa.

3.2.3. *Sindicância.*

Conforme conceitua a professora Di Pietro, a sindicância corresponde à fase que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar, um procedimento preliminar, similar ao inquérito policial do Direito Processual Penal¹⁴⁵.

Trata-se ainda, nas lições de Hely Lopes Meirelles, de “meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator”¹⁴⁶. Segundo o autor, a sindicância é inicialmente, a rigor, um simples expediente de verificação de irregularidade, não servindo unicamente de base para a punição. Não há procedimento formal ou exigência de comissão sindicante, ensejando, inclusive, dispensa de defesa do investigado e publicidade do seu procedimento.

Contudo, alerta o doutrinador que a sindicância sofreu desvirtuação de sua natureza passando a ser promovida como instrumento para aplicação de punição

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 714.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 677.

em pequenas faltas de servidores¹⁴⁷. Neste caso, o devido processo legal administrativo e oportunizar o exercício da ampla defesa são requisitos obrigatórios de validade da sanção aplicada.

Assim como no Processo Penal, o poder disciplinar da Administração exige como requisitos mínimos a comprovação da falta, ou seja, a materialidade e de sua autoria. Para alcançar esse mínimo o Direito Administrativo vale-se de procedimentos apuratório que variam em complexidade crescente a depender da gravidade da falta e punição a ser imposta. As punições mais brandas são aplicadas em procedimento de menor formalidade e complexidade, a sindicância, já às penas mais rigorosas é aplicado o processo administrativo disciplinar, mais complexo, contudo, em ambos procedimentos não se pode afastar a oportunidade de defesa do acusado¹⁴⁸.

Exatamente por essa máxima da ampla defesa nos processos disciplinares é que não são admitidos no Direito Administrativo pátrio o instituto da “verdade sabida”, que possibilita a aplicação de punição aos delitos “menos graves” pela autoridade competente quando tiver ciência direta e pessoal da ocorrência do fato irregular. É o caso do artigo 271 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo (Lei 10.261/69)¹⁴⁹ que previa aplicação de pena de suspensão de até noventa dias pela verdade sabida, tendo sido alterado pela Lei Complementar nº 942, de 06/06/2003 para extinguir esse instituto.

Temos, por conseguinte que a sindicância assume uma dupla natureza jurídica: primeiramente, pode existir como procedimento investigatório preliminar ao Processo Administrativo Disciplinar, atuando como meio sumário de verificação, averiguação e apuração de suposta falta ou irregularidade administrativa identificada,

¹⁴⁷ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 145 “Da sindicância poderá resultar: I - arquivamento do processo; II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III - instauração de processo disciplinar.”

¹⁴⁸ REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 69.

¹⁴⁹ SÃO PAULO (Estado). LEI Nº 10.261, DE 28 DE OUTUBRO DE 1968. Art. 271 “No caso dos artigos 253 e 254, poder-se-á aplicar a pena pela verdade sabida, salvo se, pelas circunstâncias da falta, fôr conveniente instaurar-se sindicância ou processo. Parágrafo único: Entende-se por verdade sabida o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena.”

visando à identificação de sua autoria e materialidade afim de subsidiar a instauração do P.A.D ou; alternativamente, assume uma natureza punitiva própria de Processo Disciplinar, mais célere que o primeiro, com garantia da ampla defesa, podendo incorrer na aplicação da penalidade diretamente uma vez concluído.

Segundo classificação dada por Sandro Lucio Dezan¹⁵⁰ a sindicância pode ser dividida em: i) sindicância verificatória ou inquisitória – quando a notícia de infração não aponta a possível autoria ou materialidade concretamente definida, dando início apenas a uma apuração; ii) sindicância contraditorial ou punitiva – instaurada com suposta autoria e materialidade sabidas, atuando como processo disciplinar em sua natureza punitiva, resultando em aplicação de suspensão de até trinta dias e; iii) sindicância conectiva – quando a sindicância, após definir a autoria e a materialidade, em virtude da gravidade da sanção, decida pela instauração de Processo Administrativo Disciplinar.¹⁵¹

Resta-nos neste ponto, mencionar o artigo 145 do Estatuto dos Servidores Público Civis da União, Lei 8.112/90, para listar os desdobramentos da sindicância:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

- I - arquivamento do processo;
- II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;
- III - instauração de processo disciplinar.

¹⁵⁰ DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar**: da atipicidade ao devido processo legal substantivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

¹⁵¹ Destacamos a esse respeito a Portaria 335, de 30.05.06, da Controladoria-Geral da União (DOU 31.05.06) que disciplinou como instrumentos apuratórios: I – Investigação preliminar; II – Sindicância investigativa ou preparatória; III – Sindicância acusatória ou punitiva; (composta por dois ou mais servidores estáveis e com observância do contraditório e ampla defesa); IV – Processo administrativo disciplinar; V Sindicância patrimonial; e VI – Inspeção; dos quais evidenciamos nesta nota: a) Sindicância investigativa ou preparatória como “*procedimento preliminar sumário, instaurado com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*”; e b) Sindicância acusatória ou punitiva como “*procedimento preliminar sumário, instaurado com o fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estreita observância do devido processo legal.*”.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

3.2.4. *Processo Administrativo Disciplinar.*

O processo administrativo disciplinar é o método de apuração e punição aplicado aos servidores públicos e demais pessoas que estejam sujeitas ao regime funcional de determinado estabelecimento da Administração¹⁵².

Ainda, nos termos do próprio Estatuto dos Servidores Civis da União, Lei 8.112/90, em seu artigo 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”.

Conforme estudamos, o processo administrativo disciplinar, enquanto submodalidade de processo administrativo punitivo, é legitimado pelo poder disciplinar que a Administração detém sobre os servidores e as pessoas que a ela se vinculam, transitória ou definitivamente, em decorrência da supremacia do Estado perante esses sujeitos.

O texto constitucional previu como obrigatória a instauração do processo administrativo disciplinar apenas para a hipótese de imposição de pena de demissão de servidor público estável ao definir em seu art. 41, § 1º “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”. Contudo, a jurisprudência tem entendido que a obrigatoriedade persiste também para o servidor efetivo, ainda que em estágio probatório¹⁵³.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 675.

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 34.845-SP, Relator: Min. Nelson Hungria. Brasília-DF, 02/12/1957. DJ 02/05/1958.

Em relação ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei 8.112/90 em seu artigo 146 ampliou as hipóteses de aplicação do processo administrativo disciplinar para as penas de suspensão superior a 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão.

Conforme estudamos no tópico anterior, o processo administrativo disciplinar pode derivar da conclusão de uma sindicância prévia, denominada pela doutrina de *sindicância conectiva*. Assim, temos que o processo administrativo disciplinar pode ser iniciado de duas formas distintas: através da sindicância conectiva ou de forma *autônoma*, quando já forem conhecidas a autoria e a materialidade do fato investigado conforme nos lembra Sandro Lucio Dezan¹⁵⁴.

No que tange ao procedimento, em rápidas considerações, o processo administrativo disciplinar divide-se nas fases de instauração, instrução, defesa, relatório e decisão, conforme preceitua a Lei 8.112/90 em seu art. 151, *in verbis*:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III - julgamento.

O processo administrativo disciplinar tem início sendo instaurado mediante portaria da autoridade competente com a descrição dos fatos apuráveis, indicação das infrações puníveis e designação da comissão processante, para assegurar maior imparcialidade, que deverá ser presidida por servidor efetivo, de categoria igual

¹⁵⁴ DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar**: da atipicidade ao devido processo legal substantivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

ou superior ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do investigado, em razão do princípio da hierarquia¹⁵⁵.

A autoridade age *ex officio*, com fundamento no princípio da oficialidade, a partir da ciência da irregularidade. Caso não haja elementos suficientes para instaurar o processo, determina a realização prévia de sindicância. Se o fato constituir um ilícito penal, além do administrativo, a comissão processante deverá comunicar as autoridades policiais, fornecendo os elementos de instrução que tiver.

Durante a fase instrutória a comissão processante tem liberdade, apoiada no princípio da oficialidade, de levantar provas, podendo realizar e determinar todas as diligências que julgar necessárias para tal. Em contrapartida, tem o dever de observar o princípio do contraditório, oferecendo ao indiciado a oportunidade de acompanhar toda a instrução, conhecer das provas e responde-las, apresentando, após conclusão da instrução, sua defesa escrita, pessoalmente ou por intermédio de advogado.

Apresentada a defesa, a comissão processante irá apresentar seu relatório motivado, opinando pela absolvição ou propondo aplicação de penalidade. Cumpre destacar que o relatório apresentado não vincula a autoridade julgadora, que poderá, fundamentando, apresentar conclusão diversa na fase de decisão.

Por fim, da decisão da autoridade julgadora, caberá pedido de reconsideração e recursos administrativos dirigidos às autoridades hierarquicamente superiores conforme legislação.

Ao poder judiciário reserva-se apenas o exame do processo administrativo disciplinar quanto à legitimidade da sanção imposta, principalmente perante o princípio da proporcionalidade, e à observância do devido processo legal nos procedimentos de apuração do ilícito administrativo, tais como os motivos que

¹⁵⁵ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 143 e seguintes.

iniciaram o processo, o oferecimento da ampla defesa e a atuação da comissão processante e da autoridade julgadora dentro dos limites de competência, contudo, sem jamais adentrar ao mérito da discricionariedade administrativa¹⁵⁶.

3.3 Hipóteses delitivas passíveis de demissão e a atipicidade.

3.3.1. Hipóteses delitivas passíveis de demissão.

Em relação ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, a Lei 8.112/90 elenca em seu artigo 132 as hipóteses de aplicação da pena de demissão, quais sejam:

- 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. 117¹⁵⁷.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 677.

Assim, conforme já mencionamos anteriormente, a ocorrência de qualquer destas hipóteses acarretará a instauração do Processo Administrativo Disciplinar para apuração da falta e aplicação da pena.

3.3.2. Da atipicidade.

Há muito o Processo Administrativo Punitivo se faz presente no ordenamento normativo pátrio e estrangeiro, contudo, até hoje não se conseguiu elaborar uma espécie de código disciplinar. Deste modo, podemos dizer que no direito brasileiro não existe um rol definidor do que se possa considerar um ilícito administrativo.

Conforme sabemos, no Direito Penal há previsão expressa na legislação dos atos considerados ilícitos, em aplicação direta do princípio da legalidade, aqui interpretado de maneira restritiva e sintetizado pela expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege*.

No Direito Administrativo, especificamente no direito disciplinar administrativo, tal rigidez é relativizada e a aplicação do princípio da legalidade é observada sob outro prisma, ignorando-se a regra imposta pela sentença latina, e não poderia ser diferente, vez que a ilicitude administrativa reside na infração do dever funcional cometida pelo agente público, e não tão somente na prática de ato descrito e limitado cirurgicamente no tipo legal.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. Art. 117 “[...] 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; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008) 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;”.

Devido a esse motivo deve o ilícito administrativo, por necessidade, ser capitulado em dispositivos genéricos e imprecisos¹⁵⁸, de modo a proporcionar à autoridade julgadora uma faixa de discricionariedade para, segundo os critérios de oportunidade e conveniência administrativa, coibir todo o comportamento do agente, por vezes, inclusive, flexibilizando a interpretação da norma para superar, até certo ponto, tais definições gerais para contextualizar a conduta transgressora¹⁵⁹.

Contudo, conforme alerta o professor Renato Luiz Mello Varoto, “a interpretação extensiva admitida na conceituação da falta disciplinar pode, e com frequência ocorre, conduzir a punições completamente descomprometidas com a verdade da Administração Pública e com o que dela esperam os administrados”, permitindo que a ação administrativa se realize em caráter arbitrário, injurídico ou imoral¹⁶⁰.

Ainda assim, mesmo que por vezes seja tênue o liame entre o arbitrário e a interpretação extensiva, a responsabilidade disciplinar é inerente ao exercício da função pública e à relação do agente público com a Administração e, a esta não é admitida a renúncia ao poder disciplinar. Portando, devido a essa indisponibilidade do poder disciplinar as violações de deveres funcionais poderão gerar a responsabilidade disciplinar, ainda que ausente norma que a preveja explicitamente¹⁶¹.

Ainda assim, neste ponto ressaltamos que, inobstante a atipicidade das infrações administrativas no que tange à sua taxatividade, permanece presente o princípio da tipicidade no processo disciplinar administrativo em reforço ao princípio da legalidade administrativa, visto que o ato administrativo não pode criar ou tipificar

¹⁵⁸ Nesse sentido, citamos alguns dispositivos da Lei 8.112/90 a título exemplificativo: “insubordinação grave ao serviço” (art. 132, VI), “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” (art. 132, V), “corrupção” (art. 132, XI), dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo” (art. 116, I).

¹⁵⁹ VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 131-132.

¹⁶¹ BARROS JUNIOR, Carlos Schmit de. **Do poder disciplinar na Administração Pública**. São Paulo: RT, 1972, p. 75. apud VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

infração administrativa, em observância também à garantia constitucional do devido processo legal.

Nessa esteira, conforme leciona o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, ergue-se o processo administrativo disciplinar como instrumento de contenção ao exercício punitivo da Administração em face desta “abertura legal”, por meio da utilização de expressões jurídicas indeterminadas pelo legislador, fornecendo aportes para o exercício da competência disciplinar de forma responsável e coerente.¹⁶²

3.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade nos processos administrativos disciplinares que ensejam a pena de demissão.

Segundo Luís Vasconcelos Abreu,

as várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, mas antes pela função que desempenham. O bom conhecimento dos fins das medidas disciplinares, cujo carácter instrumental está fora de dúvida, revela-se essencial para a sua *correcta* aplicação aos casos concretos. É comum fazer-se apelo à distinção, originária do direito canónico, entre penas medicinais e penas vindicativas, considerando-se as medidas disciplinares verdadeiras *poenae medicinales*, cuja razão de ser se encontra nos fins *correctivos* que prosseguem, em contraste com as penas vindicativas, que visam a expiação da culpa.¹⁶³

Ainda na linha de pensamento desenvolvida pelo autor,

a finalidade característica das medidas disciplinares é, pois, a *prevenção especial ou correcção*, motivando o agente administrativo que praticou uma infracção disciplinar para o cumprimento, no futuro, dos seus deveres, sendo as finalidades retributiva e de prevenção geral só secundária ou acessoriamente realizadas. Quando a gravidade da *infracção* praticada torne impossível a subsistência da relação, terá lugar a aplicação de uma medida expulsiva, ficando o corpo de agentes administrativos livre de quem, pela sua conduta, mostrou não possuir condições para lhe pertencer, já que não dá garantias de poder

¹⁶² BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 180.

¹⁶³ ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente**: as relações com o processo penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 41.

continuar a contribuir para assegurar a capacidade funcional da Administração.¹⁶⁴

O princípio da proporcionalidade tem conhecida e ampla aplicação no campo do Direito Penal em sede de verificação da pena a ser aplicada, por muitas vezes em aplicação conjunta com o princípio da insignificância.

No processo administrativo disciplinar a Administração Pública em muito se desapossa de suas notas eminentes, em especial a discricionariedade, pois a decisão deve estar jungida ao contexto das provas coletadas, cuja avaliação se faz sob a luz do princípio da proporcionalidade.

Na verdade, o princípio da proporcionalidade impõe uma relação de adequação e necessidade entre o meio utilizado e o fim pretendido. É adequado o meio quando não há qualquer medida menos gravosa apta a atingir o fim pretendido.

Diferente do que vigora no direito administrativo português, analisado por Luís Vasconcelos Abreu em sua dissertação, no qual impera o princípio da oportunidade, na legislação brasileira a necessidade estará sempre presente, uma vez que, conforme vimos, o interesse público na apuração da falta cometida pelo agente, bem como o dever de averiguação pela Administração são indisponíveis ao Estado¹⁶⁵.

Destarte, durante o processo de averiguação da falta, o juízo de proporcionalidade de determinada medida administrativa deve considerar uma apreciação global e ponderar as diversas consequências do caso concreto, confrontando os benefícios do fim almejado e os “prejuízos” gerados, avaliando-se deste modo as vantagens e inconvenientes, vez que o meio proposto ainda quando adequado e necessário, se demonstre excessivamente custoso em comparação aos benefícios

¹⁶⁴ ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente**: as relações com o processo penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 43.

¹⁶⁵ ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente**: as relações com o processo penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 59.

esperados¹⁶⁶. Aqui, podemos citar a título exemplificativo o disposto no Art. 130, § 2^a da Lei 8.112/90, ao prever que a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa quando houver conveniência para o serviço¹⁶⁷.

Em relação ao princípio da proporcionalidade quando a atuação do agente público implicar também em ilícito penal, além do administrativo, considerando sua independência, Luís Vasconcelos Abreu, em análise conjunta com a garantia do *ne bis in idem*, afirma que é necessário haver interesses disciplinares autônomos da condenação criminal, ainda carecidos de tutela, de modo que “a medida disciplinar a ser aplicada ao lado da pena criminal terá que cumprir uma função própria, sob pena de se tornar *inadequada, desnecessária e excessivamente custosa*, assim violando o *princípio da proporcionalidade*.”¹⁶⁸

Esse parece ser o sentido buscado pelo legislador ao ressaltar o princípio da proporcionalidade na lei do processo administrativo federal em seu artigo 2º *caput* e parágrafo único, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;¹⁶⁹

¹⁶⁶ ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente**: as relações com o processo penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 59-60.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991. 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. [...]§ 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.

¹⁶⁸ ABREU, Op. Cit., p. 110-111.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU 01/02/1999.

O regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, Lei 8.112/90, coaduna com o dispositivo retro e dispõe em seu artigo 128 que “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”¹⁷⁰

O professor Hely Lopes Meirelles ao tratar do tema assevera que:

Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isso não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é este o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios gerais do direito e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares – processo administrativo ou meios sumários – conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.¹⁷¹

Renato Luiz Mello Varoto em referência a Themístocles Cavalcanti destaca que a aplicação da pena deve obedecer a critérios objetivos, contudo sem se desconsiderar critérios de ordem subjetiva, pessoais à autoridade julgadora, para avaliar as condições pessoais do agente público, da infração e sua repercussão sobre o serviço, mensurando o dano causado.¹⁷²

Com efeito, tem-se que para haver a incidência da norma jurídica é necessário a presença de uma correlação entre a hipótese e seu consequente legal, por vezes mais de um. Assim, o descumprimento pelo servidor de alguma hipótese prescrita deve gerar a aplicação da sanção consequente correspondente. Contudo, em algumas

¹⁷⁰ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU 19/4/1991.

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125-126.

¹⁷² VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

situações a sanção pode comportar certa graduação de intensidade e, destarte, dosagem, levada a efeito pelo aplicador do direito.¹⁷³

Nesse diapasão, comenta Sandro Lucio Dezan:

A dosimetria consiste em graduar – dentro de uma escala de amplitude e seguindo determinados parâmetros postos por lei – a intensidade da sanção a ser aplicada ao sujeito da relação jurídica e infrator da norma jurídica primária proibitiva, com vista à individualização da sanção e à aplicação do direito ao caso concreto, potencializando ou amenizando a retribuição, a coerção e a correção estatal.

Destarte, qualquer aplicação de sanção administrativa disciplinar que não considere os dispositivos legais afetos às circunstâncias atenuantes e agravantes será desprovida de validade por lógica e formal ofensa ao direito positivo.¹⁷⁴

Todavia, preferiu o legislador pátrio deixar este juízo de gradação no âmbito da atribuição discricionária do agente público, ao contrário do que ocorre do direito penal em que se definiu as circunstâncias atenuantes e agravantes. Contudo, impende frisar que a autoridade sancionadora tem sua liberdade de decisão vinculada às penalidades definidas pela lei, não podendo decidir ultra norma. Para tanto, deverá observar sempre não apenas o rol de penas, mas os critérios de aplicabilidade definidos.¹⁷⁵

Em relação ao tema, ressalta Sandro Lucio Dezan que, em que pese a discricionariedade de análise e aplicação da sanção tratada, cabe à lei fixar a relação implicacional entre a hipótese e a tese (consequência), não cabendo a operador do direito na condição de intérprete, modalizar o que não feito pelo direito positivo. Deste modo, o alcance da norma contida no art. 128 da Lei 8.112/90 é limitado, pois se determinada conduta é passível de demissão, não se pode usar a dosimetria da penalidade administrativa para relacioná-la à outro preceito secundário para, por exemplo, aplicar a sanção de suspensão quando a lei não fizer tal previsão

¹⁷³ DEZAN, Sandro Lucio. **Ílícito administrativo disciplinar**: da atipicidade ao devido processo legal substantivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 70-71.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 71-72.

¹⁷⁵ VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

explicitamente, sob pena de ferir o princípio da correlação entre os preceitos da norma sancionadora, princípio da imputação deontológica, vinculação normativa.¹⁷⁶

Em conclusão segue o autor apontando que no seu entendimento a regra determinada pelo art. 128, *caput*, da Lei 8.112/90, somente é aplicável aos casos de suspensão, visto que a lei prevê sua variação de um a noventa dias, fornecendo à autoridade julgadora amplitude, dentro de um mesmo preceito secundário, para aplicação da pena. Caso contrário, estaríamos diante de uma norma não atenuante, mas substitutiva de pena, *extra legem*.¹⁷⁷

No que tange ao posicionamento jurisprudencial a discussão acerca da observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade orbita as exigências do devido processo legal administrativo, da comprovação da conduta e da motivação da decisão, conforme trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ELEITA - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - OBSERVÂNCIA.

[...] 4. Há observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando a punição se dá em decorrência de infração apurada em Processo Administrativo Disciplinar, **comprovada a conduta e suficientemente motivadas as razões da sanção**.¹⁷⁸

Em outro julgado também do STJ ressaltamos a influência da ofensa ao princípio da proporcionalidade e sua importância para a anulação da pena de demissão aplicada ao fim do processo administrativo disciplinar:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DA

¹⁷⁶ DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar**: da atipicidade ao devido processo legal substantivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 76-78.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 78.

¹⁷⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. MS 18.081-DF Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília-DF, 10/04/2013. DJe 13/05/2013.

COMISSÃO PROCESSANTE E DE PERSEGUIÇÃO À SERVIDORA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DEMISSÃO POR ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AO DISPOSTO NO ART. 128 DA LEI Nº 8.112/90.

1. Não importa em nulidade a ocorrência de erro material, no ato de notificação prévia da impetrante, quanto ao número do processo administrativo disciplinar instaurado se, juntamente com referido ato, a servidora recebe cópia integral do PAD correto e, posteriormente, apresenta defesa em que se reporta expressamente a este feito, bem como demonstra ter ciência de todos os atos desenvolvidos no processo que culminou na sua demissão.

2. O mandado de segurança é ação constitucional de curso sumário, que exige a comprovação, de plano, do direito líquido e certo tido como violado, e não admite dilação probatória. Desse modo, não merece prosperar a segurança no que toca à alegação de parcialidade da Comissão Processante e de perseguição à servidora.

3. É admitido o exame, pelo Poder Judiciário, da **motivação do ato de aplicação de pena disciplinar** a servidor público a fim de se averiguar a **existência de provas suficientes** da prática da infração prevista na lei, bem como de ocorrência de **ofensa flagrante ao princípio da proporcionalidade**. Precedentes.

4. **Considerando-se a ausência de gravidade da atuação da impetrante, que não importou em lesão aos cofres públicos nem em valimento do cargo em proveito próprio ou de outrem**, mas sim na manutenção dos benefícios efetivamente devidos à outra servidora; que não houve intermediação ilícita junto a outros agentes da Administração; bem como que não lhe foi imputada a prática de qualquer outra infração disciplinar e que não consta a existência de maus antecedentes funcionais, sua **demissão importa em ofensa ao princípio da proporcionalidade** e ao disposto no artigo 128 da Lei nº 8.112/90.

5. Segurança concedida. (*grifei*)¹⁷⁹

A posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça é a de que se a conduta do agente público, comprovadamente, durante processo administrativo disciplinar em que se garanta a ampla defesa e o contraditório, incorre nas punidas com demissão (Art. 132 da Lei 8.112/90), inexistente para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa da demissão.¹⁸⁰

¹⁷⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 14.993-DF Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF, 08/06/2011. DJe 16/06/2011.

¹⁸⁰ Nesse sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 13.771-DF Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília-DF, 27/05/2015. DJe 02/06/2015.

Neste quadro, impossível a análise pelo poder judiciário da proporcionalidade ou razoabilidade na adequação da pena imposta à conduta pelo agente praticada, pois implicaria a interferência no mérito da decisão administrativa¹⁸¹, e afronta reflexa à independência entre as esferas de competência determinada pela Constituição da República em seu artigo 2º.¹⁸²

Não se permite deste modo a análise pelo poder judiciário do grau de culpa do apenado, ou do *quantum* do dano gerado por sua conduta, não havendo que se discutir sua insignificância ou relevância.

Nessa linha, em contrapartida, a ausência de prova inequívoca de que o agente público praticou deliberadamente a falta punível com a pena capital, a aplicação desta mostra-se desproporcional e poderá ser revista judicialmente, a exemplo do trecho do acórdão *infra*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE INOBSERVADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Nos termos do parágrafo único do art. 168 da Lei n. 8.112/90, "quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade".

2. Hipótese na qual a comissão processante sugeriu que à impetrante, por transgressão aos deveres funcionais previstos no art. 116, incisos I (exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo), II (ser leal às instituições a que servir) e III (observar as normas legais e regulamentares), da Lei n. 8.112/90, fosse aplicada a pena de suspensão por sessenta dias.

3. Conclusão diversa da autoridade impetrada assentada, apenas e tão somente, na ausência de recolhimento da contribuição previdenciária em período no qual, por algum motivo (não se sabe qual), a impetrante considerou existente para fins de concessão de benefício previdenciário.

¹⁸¹ Nesse sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 7.453-DF Relator: Min. Paulo Galloti. Brasília-DF, 24/09/2003. DJ 04/10/2004.

¹⁸² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. DOU de 05/10/1988. Art. 2º "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

4. Ausência de prova de que a impetrante agiu com o deliberado intuito de obter proveito em benefício próprio ou de terceiro, com infringência ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

5. Existência de prova do restabelecimento administrativo dos benefícios previdenciários, além da efetiva constatação, pela comissão processante, de que havia sobrecarga de serviço, falta de servidores, precárias condições de trabalho, falta de treinamento e preparação dos servidores para o desempenho de suas atribuições e constantes problemas nos sistemas informatizados, que realmente colaboraram sobremaneira para as irregularidades nas concessões de aposentadorias.

6. Inexistindo prova inequívoca de que a impetrante se valeu do Superior Tribunal de Justiça cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, a ela não pode ser aplicada a pena de demissão, que se mostra desproporcional para um ato de desídia (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90).

7. Retroação dos efeitos funcionais à data do ato de demissão do serviço público, com efeitos financeiros a partir da impetração (Súmulas n. 269 e 271 do STF).

8. Segurança concedida.¹⁸³ (*grifei*)

Destarte, a tutela jurisdicional abarca critérios de análise objetiva e estritamente legal, ou seja, se presentes no processo administrativo questionado, provas de robustez suficiente a enquadrar a conduta investigada à pena demissional de modo embasar uma motivação consistente que a dê sustentação. Por outro lado a inexistência de tais critérios enseja a nulidade da pena aplicada, podendo incorrer inclusive em desvio de finalidade por parte da Administração, conforme entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - DEMISSÃO - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA - PRÁTICA DE USURA NÃO COMPROVADA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - NÃO OBSERVÂNCIA - ILEGALIDADE - CONCESSÃO.

1 - Visa a via mandamental a proteger direito, individual ou coletivo, líquido e certo, de lesão ou ameaça de lesão por ato da autoridade. Conforme se depreende dos autos, a pena imposta ao impetrante, bem como uma decisão judicial desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional, idêntica ao presente caso, com certeza, são hábeis a sustentar esta impetração. Preliminar de carência rejeitada.

2 - No mérito, deve a autoridade competente, na aplicação da penalidade, em respeito ao princípio da proporcionalidade (devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor), observar as normas

¹⁸³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 12.955-DF Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília-DF, 13/05/2015. DJe 19/05/2015.

contidas no ordenamento jurídico próprio, verificando a natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor. Inteligência do art.128, da Lei nº 8.112/90. Assim, não havendo prova da prática de usura, bem como da utilização de recursos materiais da repartição, não há como manter a aplicação de tal penalidade.

3 - Ademais registro que, por se tratar de demissão, pena capital aplicada a um servidor público, a afronta ao princípio supracitado constitui desvio de finalidade por parte da Administração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita a revisão pelo Poder Judiciário. Deve a dosagem da pena, também, atender ao princípio da individualização inserto na Constituição Federal de 1988 (art.5o, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida.

4 - Precedente da 3a. Seção (MS 6.663/DF).

5 - Preliminar rejeitada e segurança concedida para determinar que sejam anulados os atos que impuseram a pena de demissão ao impetrante, com a conseqüente reintegração do mesmo no cargo que ocupava, sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a Administração Pública aplique a penalidade adequada à infração administrativa. Os efeitos financeiros retroativos devem ser reclamados em via adequada, consoante Súmula 271/STF.

6 - Custas ex lege. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ.¹⁸⁴ (*grifei*)

Contudo, nem sempre foi esse o entendimento dominante do r. tribunal. Há julgados pretéritos em que a análise judicial foi além para adentrar ao mérito administrativo, sopesando as consequências infringidas pelo ato, e presando até mesmo por sua insignificância. É o caso colacionado abaixo:

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

1. A autoridade administrativa, ciente da prática de qualquer irregularidade no serviço público, deve, de ofício, por mandamento legal, determinar a apuração dos fatos imediatamente, assegurada ao acusado a ampla defesa. Inteligência do art. 143 da Lei n. 8.112/90.

2. A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados.

¹⁸⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 7.260-DF Relator: Min. Jorge Scartezzini Brasília-DF, 26/06/2002. DJ 26/08/2002.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em afirmar que o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à nulidade deste.

4. O mandado de segurança somente se viabiliza quando o alegado direito líquido e certo, que se visa proteger, vier comprovado de plano, aferindo-se sua existência apenas com as provas trazidas com a impetração, nos limites do procedimento sumário, característico dos remédios constitucionais.

5. A autoridade julgadora pode acatar o parecer de sua Consultoria Jurídica, servindo aquele como elemento integrante do ato demissionário, sem que isso vicie o procedimento administrativo.

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

7. Segurança concedida em parte para o fim específico de anular-se a Portaria n. 469, de 29 de março de 2005, que demitiu o impetrante do cargo de Policial do Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo de eventual apenamento menos gravoso, pelas infrações disciplinares detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar instaurado. (*grifei*)¹⁸⁵

Por fim, no que tange ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, atualmente a suprema corte coaduna com entendimento de que não compete ao Poder Judiciário adentrar ao mérito do ato administrativo, de modo que sua competência se restringe a analisar legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do “*due process of law*”.¹⁸⁶

Contudo, cabe ao Poder Judiciário velar pela observância dos princípios constitucionais e legais nos processos, sejam eles judiciais ou administrativos, em proteção à legalidade em si e ao devido processo legal. Sentimento demonstrado pelo STF:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PENA DE DEMISSÃO.

¹⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 10.827-DF Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília-DF, 14/12/2005. DJe 06/02/2006.

¹⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2º Turma. RMS 27.934-AGR/DF, Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília-DF, 23/06/2015. DJe 31/07/2015.

IMPOSIÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE NO ÂMBITO PENAL. PENALIDADE DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO.

1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas.

2. A Lei 9.784/1999 dispõe que “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”.

3. O cerceamento de defesa é inexistente, em face de ato de presidente da comissão que indefere pedidos que, a seu critério, não influem para o esclarecimento dos fatos, mercê de não demonstrado o eventual prejuízo alegado.

4. In casu:

a) A Comissão Disciplinar sugeriu a aplicação de uma pena de suspensão pelo prazo de 90 dias;

b) O ato administrativo fundou-se no fato de que “67- Também ficou comprovado o envolvimento do indiciado Ermino Moraes Pereira, ocupante do cargo de Assistente de Administração, SIAPE nº 07071912, residente e domiciliado na Cidade Nova VI, WE nº 46-B, nº 371, no Município de Ananindeua-Pa, nas irregularidades, por ter auxiliado a empresa ACTT na liberação de certidões junto a Superintendência Regional do INCRA do Pará, bem como por não ter levado ao conhecimento da autoridade competente que a empresa ACTT era gerida e funcionava na casa do servidor Jorge Bartolomeu Pereira Barbosa. 68- O servidor em questão também foi denunciado pelo Ministério Público Federal, pois é réu no Processo Judicial nº 2006.39.02.000204-4, verbis: [...] A seu turno, ERMINO MORAES PEREIRA, vulgo Chumbinho, exercia importante papel na liberação dos documentos, em favor de interessados na aquisição de cadastros de terras públicas, dada a inegável influência exercida perante o corpo de servidores do INCRA em Belém, mesmo estando afastado de suas atribuições originais, em virtude de ter sido cedido à assessoria de imprensa do deputado federal Jose Priante”;

c) Embora seja reiterada nesta Corte a orientação no sentido da independência das instâncias penal e administrativa, e de que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria (MS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.08.01, MS 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98), não se deve ignorar a absolvição do recorrente na Ação Penal nº 2006.39.02.00204-0, oriunda do Processo Administrativo Disciplinar nº 54100.001143/2005-52, sob a justificativa de falta de provas concretas para condenação do recorrente, a qual merece a transcrição, in verbis: “Neste ato, ABSOLVO os réus ALMIR DE LIMA BRANDÃO, ERMINO MORAES PEREIRA e JOSÉ OSMANDO FIGUEIREDO, por inexistir prova bastante de seu concurso para a

prática da infração penal (art. 386, inc. V, CPP), consoante fundamentação.”;

d) É consabido incumbir ao agente público, quando da edição dos atos administrativos, demonstrar a pertinência dos motivos arguidos aos fins a que o ato se destina [Celso Antônio Bandeira de Mello – RDP90/64];

e) Consoante disposto no artigo 128 da Lei nº 8.112/90, na aplicação da sanção ao servidor devem ser observadas a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Em outras palavras, **a referida disposição legal impõe ao administrador a observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de sanções;**

f) A absolvição penal, que, in casu, ocorreu, nem sempre vincula a decisão a ser proferida no âmbito administrativo disciplinar, sendo certo que não há comprovação, no caso sub judice, da prática de qualquer falta residual de gravidade ímpar capaz de justificar a sua demissão;

g) Na hipótese dos autos, conforme o relatório do Processo Administrativo Disciplinar, o recorrente teria, supostamente, facilitado a liberação de documentos aos interessados na aquisição de cadastros de terras públicas, em razão de sua influência, mesmo estando afastado de suas atribuições originárias;

h) Mercê de o delito acima, que é grave, não ter sido comprovado no âmbito Penal, não se tem notícia da prática de outros atos irregulares por parte do recorrente, podendo-se afirmar que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, além de detentor de largo tempo de serviço prestado ao Poder Público;

i) Ex positis, dou provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança para desconstituir a pena de demissão cominada a Ermino Moraes Pereira e determinar sua imediata reintegração ao quadro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para desconstituir a penalidade de demissão imposta ao ora recorrente.¹⁸⁷

Destarte, de modo geral, a postura percebida no Supremo Tribunal Federal é voltada no sentido de que “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são impassíveis de invocação para banalizar a substituição de pena disciplinar prevista legalmente na norma de regência dos servidores por outra menos grave” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.455/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 25.6.2012), sendo certo que, “[u]ma vez presente, a equação ‘tipo administrativo e pena aplicada’ exclui a tese da ausência de proporcionalidade” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.956, Relator o Ministro Marco

¹⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RMS 28.208-DF, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília-DF, 25/02/2014. DJe 20/03/2014.

Aurélio, 1ª Turma, DJ 18.11.2005). Assim, havendo previsão legal da pena de demissão para a infração cometida, o ato demissional é vinculado “descabendo ao Administrador qualquer valoração, competindo-lhe unicamente aplicar a penalidade prescrita, sendo despiciendo cogitar-se de razoabilidade ou proporcionalidade.”¹⁸⁸

Nesse sentido, esclarece o Min. Luiz Fux em interessante julgado que “O princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado a ponto de acarretar o afastamento de regras legais, mormente porque a Lei nº 8.112 prevê para as condutas praticadas pelos Recorrentes a pena de demissão. Não há outra alternativa. [...]. A gravidade das condutas imputadas justificam, ainda que sejam primários, a punição severa. Foi esta a escolha do Legislador federal que não dispensou ao administrador público responsável pela aplicação da sanção um espaço para a escolha discricionária”, conforme artigo 128 da Lei nº 8.112.¹⁸⁹

Esclarece o Ministro que a discricionariedade conferida pelo artigo supra alcança somente aquelas situações em que se admite tal valoração da sanção aplicada, quando a natureza e gravidade da conduta poderão ser analisadas no âmbito administrativo. Contudo, no caso das condutas punidas com a demissão o reconhecimento de sua gravidade já foi feita pelo legislador, o que obsta a redução da sanção legalmente prevista.

Contudo, segundo posicionamento do STF, quando o ato administrativo está eivado de ilegalidade ou abusividade, o controle exercido pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a proporcionalidade e a razoabilidade da sanção aplicável à conduta do servidor.

Neste sentido, a interferência judicial se dá, em caráter excepcional, quando o caso disser respeito à pena de demissão fundada na prática de ato de improbidade de natureza culposa em que não tenha havido locupletamento ou proveito

¹⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RMS 32.495-DF, Relator: Min. Carmén Lúcia. Brasília-DF, 10/06/2014. DJe 1º/08/2014.

¹⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RMS 30.455-DF, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília-DF, 15/05/2012. DJe 25/06/2012.

peçoal por parte do servidor, sempre diante da análise das peculiaridades do caso concreto. Citamos aqui, como precedente, trechos de importante julgado de relatoria do il. Min. Joaquim Barbosa:

EMENTA: Processo administrativo disciplinar. Prescrição. A pena imposta ao servidor regula a prescrição. A anulação do processo administrativo original fixa como termo inicial do prazo a data em que o fato se tornou conhecido e, como termo final, a data de instauração do processo válido. Precedentes: MS 21.321; MS 22.679.

Exercício do direito de defesa. A descrição dos fatos realizada quando do indiciamento foi suficiente para o devido exercício do direito de defesa. Precedentes: MS 21.721; MS 23.490.

Proporcionalidade. Tratando-se de demissão fundada na prática de ato de improbidade de natureza culposa, sem imputação de locupletamento ou proveito pessoal por parte do servidor, é possível, diante das peculiaridades do caso concreto, a análise da proporcionalidade da medida disciplinar aplicada pela Administração. Precedentes: MS 23.041; RMS 24.699.

Recurso provido. Segurança deferida.

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.129 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR):

[...] O acórdão recorrido filiou-se à linha contrária à apreciação, em mandado de segurança, da proporcionalidade da medida disciplinar aplicada pela Administração.

É que, em regra, abre-se a via da ação ordinária para alegações desse tipo. Há vários precedentes: RMS 24.901, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 11.02.2005; RMS 24.533, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 15.04.2005; MS 22.151, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 20.04.2006; MS 26.023, RMS 25.627, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 19.10.2007.

O caso concreto, contudo, apresenta **peculiaridades que autorizam a análise mais profunda quanto à prova da responsabilidade** do recorrente. [...]

A jurisprudência desta Corte admite que a pena de demissão imposta pela Administração seja revista pelo Poder Judiciário em virtude de violação ao princípio da proporcionalidade. Veja-se MS 23.041, rel. p. acórdão min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 01.08.2008 e RMS 24.699, rel. min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 01.07.2005.

Nesses precedentes, foi determinante, para a concessão da segurança, a circunstância de ter sido **imposta pena em decorrência de juízo normativo sobre a conduta do servidor, sem que ficasse provada, de maneira consistente, cabal, o caráter intencional da conduta.**

Nessa linha, creio que as circunstâncias mencionadas acima autorizam e justificam o deferimento da segurança no presente caso, pelas mesmas razões.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.¹⁹⁰

Em oportunidade diversa, em julgado de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reafirmando seu entendimento quanto a viabilidade de apreciação do princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade de demissão no processo administrativo disciplinar:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA.

O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como *custus legis* (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança.

Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de emissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92.

Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de toas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportável na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido.

Recurso ordinário a que se nega provimento.¹⁹¹

Por fim, pedimos *vênia* para acrescentar a este ponto do estudo, importante trecho do voto do il. Min. Eros Grau em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-DF, em que analisa o alcance do Poder Judiciário para rever atos administrativos em sua atividade discricionária em relação aos ditos “conceitos indeterminados” a que nos referimos no item 3.3 retro.

[...] 9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder

¹⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RMS 24.129-DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília-DF, 20/03/2012. DJe 30/04/2012.

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RMS 24.901-DF, Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília-DF, 26/10/2004. DJ 11/02/2005.

Judiciário. ‘Indeterminado’ o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção ---, a sua interpretação [interpretação = aplicação] reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

11. Como a atividade da Administração é infralegal --- administrar é aplicar a lei de ofício, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se o ato é correto. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, qual o ato correto.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem ‘conceitos indeterminados’ [vale dizer, noções], inexistente uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta --- que haveria, então, de ser exata --- é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.

18. Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo --- e sem que isso implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil --- pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público.¹⁹²

3.5 Análise crítica acerca da divergência doutrinária sobre o tema:

A pena disciplinar, conforme vimos, tem por finalidades intrínsecas a prevenção e a correção. Almejou o legislador quando da feitura da norma, ao estabelecer condutas e penalidades correspondentes, prevenir a prática de determinados atos pelo agente público e, em “segunda instância” corrigir sua conduta incompatível com os interesses da Administração quando o dito caráter preventivo da norma tenha falhado.

A atuação administrativa, enquanto norteadada pelo princípio da legalidade dentre outros, apresenta momentos de vinculação e de discricionariedade. Na apuração do ilícito administrativo por meio do processo administrativo punitivo, o qual pode ter caráter sumário ou de processo administrativo disciplinar, tal atuação da Administração restringe-se consideravelmente quanto a discricionariedade, vez que o ato punitivo deve estar embasado em provas produzidas e analisadas à luz da proporcionalidade. Nesse sentido, Art. 2º *caput* e parágrafo único, VI da Lei 9.784/99 e Art. 128 da Lei 8.112/90, que dispõem pela observância da proporcionalidade como princípio regente nos atos administrativos, inclusive punitivos.

Assim, o princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo disciplinar impõe à autoridade competente certa adequação entre os meios e o fim que se pretende alcançar em nível de punição em exercício de sopesamento entre os benefícios almejado e os prejuízos para a Administração decorrentes.

¹⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RMS 24.699-DF, Relator: Min. Eros Grau. Brasília-DF, 30/11/2004. DJ 1º/07/2005.

A discricionariedade administrativa, embora mitigada no PAD, ainda se faz presente nos casos que autorizam a autoridade definir, de acordo com a gravidade do fato punido, e valendo-se de critérios objetivos, mas também de ordem subjetiva, a pena legal que melhor se adegue para atender ao interesse público, sempre com a devida observância de seus limites de alcance e respeito aos princípios gerais do direito.

Neste ponto, parte da doutrina e jurisprudência estudada aponta no sentido de que há discricionariedade no processo administrativo disciplinar somente onde o legislador expressamente abrir margem para tanto, como é o caso da pena de suspensão que poderá ser aplicada por até 90 (noventa) dias. Isto porque, a valoração e gradação da relação entre hipótese infracional e consequente legal já foi definida por aquele quando da edição da norma. Deste modo, seria inadmissível, mesmo sob a égide dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade do Art. 128 da Lei 8.112/90, deixar de aplicar uma pena de demissão a um servidor para aplicar outra menos severa, sob pena de estar-se aplicando uma pena *extra legem*, substitutiva e não atenuante.

A atuação da autoridade administrativa seria então vinculada nestes casos em que a equação “infração x pena” já estejam traçados na lei, não havendo liberdade decisória, discricionariedade do ato administrativo, para aplicar sanção diversa da prevista. O juízo de proporcionalidade é afastado e impera a regra da norma, sendo inclusive vedada sua revisão pelo poder judiciário sob o risco de afronta reflexa à independência entre as esferas de competência.

Em contrapartida, também expusemos neste estudo a corrente favorável à aplicação mais contundente do princípio da proporcionalidade e razoabilidade nos processos administrativos disciplinares, inclusive ensejadores da pena de demissão. Vimos ainda, que para esta corrente, em posição diametralmente oposta à primeira, a influência destes princípios na tomada de decisão pela autoridade administrativa é de tal importância que autoriza o Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo para desconstituí-lo.

Nesse sentido, lançamos uso, por uma última vez, de importante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENAS DE SUSPENSÃO E DEMISSÃO. BIS IN IDEM E REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO. SÚMULA 19/STF. PARECERES GQ-177 E GQ-183, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. O simples rejuízo do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei 8.112/90, que prevê sua revisão tão-somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público. 2. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a rejuízo 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. **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.¹⁹³

A nós parece mais adequado este último posicionamento. De fato, não se pode utilizar do preceito da proporcionalidade, ainda que previsto na legislação, para banalizar o processo administrativo disciplinar, afastando a incidência da pena demissional, pois deste modo estar-se-ia banalizando o próprio princípio, e neste ponto concordamos com a corrente mais rígida.

¹⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Seção. MS 13.523-DF Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília-DF, 13/05/2009. DJe 04/06/2009.

Contudo, conforme vimos ao longo desta pesquisa, os atos administrativos *de per se* implicam na aplicação de conceitos indeterminados, especialmente no que diz respeito às infrações administrativas apontadas na lei. Portanto, no decorrer do processo punitivo administrativo a autoridade julgadora e a comissão processante irão se deparar com situações as quais exigirão a interpretação desses conceitos indeterminados para a melhor aplicação da norma.

Pensamos que a melhor operação do direito advém da interpretação normativa que o considera enquanto conjunto vivo de regras e princípios, letra positivada e exegese. Não compartilhamos o sentimento de análise fria e aplicação estanque da letra da lei, em uma equação lógico-matemática de “se A, então B”.

Ao contrário, a atividade interpretativa denota a escolha de uma, a considerada mais adequada, dentre várias possibilidades aplicáveis ao caso concreto. Percebe-se assim, que inexistente uma interpretação verdadeira, uma única interpretação correta, de ato administrativo fundado em conceitos indeterminados, interpretação essa que motivará o ato.

Concluimos assim que reside aí a legitimidade para o Poder Judiciário analisar o mérito da decisão administrativa, inclusive no que toca à pena de demissão objeto deste estudo, para revê-la considerando o princípio da proporcionalidade, dito “critério de aplicação do direito” no eminente voto do Min. Eros Grau apresentado *retro*.

Por fim, frisamos que embora as posições sejam dissidentes, um ponto de convergência pode ser notado. Seja na aplicação vinculada da penalidade, afastando por completo a discricionariedade para sopesar os fatos e a pena, ou na aplicação desta considerando-se o princípio da proporcionalidade bem como os critérios elencados no Art. 128 da Lei 8.112/90, em ambas há a exigência de comprovação cabal nos autos do processo administrativo disciplinar, da conduta do agente público que se amolde às infrações punidas com a pena de demissão.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo identificamos o Direito Administrativo como o ramo do Direito Público que tem por objeto de incidência os órgãos, agentes e pessoas jurídicas que integram a administração pública, regulando seus bens, sua atividade jurídica interna e externa, e as relações entre suas pessoas e órgãos e entre esses e particulares quando da prestação de serviços pela Administração.

Quanto à Administração Pública em si, vimos que dentre os diversos sentidos atribuídos pela doutrina, destacam-se o subjetivo, também chamado de formal ou orgânico, cujo enfoque são os entes que exercem a atividade administrativa; e o objetivo, também denominado material ou funcional segundo o qual a definição da Administração Pública se dá em reflexo à própria natureza da atividade exercida por esses entes, aos quais dedicamos relevantes parágrafos devido a sua considerada importância para a compreensão do tema.

Visando ainda uma consistente formação basilar da pesquisa, debruçamo-nos sobre os princípios aplicáveis à Administração Pública destacando os da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência previstos no artigo 37 da Constituição da República de 1988, bem como os elencados no artigo 2º da Lei 9.784/99 – Lei que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal.

Prosseguindo com nossos estudos, reservamos o segundo capítulo desta pesquisa para analisar a responsabilidade da Administração Pública perante terceiros e seus desdobramentos. Aqui viu-se que o agente público não age por vontade própria no exercício de suas funções, mas apenas externa o querer da Administração concretizando as incumbências conferidas aos órgãos a que pertence.

Nessa esteira, acompanhamos a evolução histórica das teorias da responsabilidade jurídica da Administração Pública desde a “Teoria da Irresponsabilidade Total” dos Estados absolutistas, com a máxima “*The king can do no wrong*” até ao extremo oposto da atual “Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado”, passando pela “Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço”, “Teoria do Risco Administrativo”, dentre outras.

Nesse sentido, não há espaço para análise subjetiva da culpa atuação do agente público, de modo que estará configurado o dano indenizável quando a atuação do agente público, no exercício de suas atribuições, for a causa do prejuízo experimentado pelo terceiro. Por outro lado, rompendo-se o nexos causal, quando a atuação do agente não for a causa do prejuízo ou não for a única causa, tal responsabilidade civil do Estado deixará de existir ou incidirá de forma atenuada.

Por fim, em referência a responsabilidade estatal, tecemos alguns comentários acerca do direito de regresso previsto no Art. 37, § 6º da Constituição Federal, que se instrumentaliza pela ação regressiva como prerrogativa que detém a entidade pública para voltar-se contra o servidor culpado pela lesão da vítima a qual o Estado já tenha indenizado.

Contudo, para tanto são exigidos dois requisitos: primeiro a preexistência de condenação da Administração a indenizar a vítima do dano sofrido e, segundo, a comprovação da culpa do agente para a ocorrência evento danoso. Destacamos ainda os desdobramentos da conduta do agente público nas esferas civil e penal, além da administrativa e a relação de independência e interferência entre elas com seus reflexos no direito de regresso.

Prosseguindo, diferenciamos os conceitos de processo e procedimento buscando iniciar nosso estudo do processo administrativo disciplinar, definindo sucintamente o processo como o conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo ou judicial, e procedimento como o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.

Em seguida direcionamos nosso estudo para o ilícito administrativo, objeto de apuração do Processo Administrativo Disciplinar, espécie do gênero processo administrativo punitivo, enquanto instrumentalização do poder disciplinar da Administração e decorrência do poder hierárquico.

Quanto aos processos administrativos punitivos, ao estudar suas modalidades percebemos que a Sindicância, enquanto procedimento de rito sumário pode adquirir duas naturezas distintas, sendo primeiro uma simples fase de apuração e coleta de dados e formação de lastro probatório suficiente à instauração do PAD, neste caso se assemelhando ao inquérito policial, ou em segundo plano como procedimento autônomo de apuração de faltas menos graves visando a absolvição ou punição (advertência ou suspensão de até 30 dias) ao final, havendo aqui a necessidade de garantir a ampla defesa e o contraditório.

No que tange ao Processo Administrativo Disciplinar, estudamos que se presta a apurar irregularidades praticadas por agentes públicos, passíveis de suspensão superior a 30 (trinta) dias e demissão, destacando os atos em que se desenvolve.

Chegando ao fim de nossa pesquisa, mais próximos da discussão do seu objeto em específico, trouxemos as hipóteses legais previstas com pena de demissão e as considerações doutrinárias acerca da atipicidade e a utilização pelo legislador de expressões jurídicas indeterminadas para definição de condutas consideradas infratoras praticadas por agentes públicos.

Concluimos então esta pesquisa analisando a incidência ou não do princípio da proporcionalidade nos casos em que a infração praticada pelo agente público é punida com a pena de demissão.

Com os conhecimentos sedimentados no decorrer deste estudo pudemos analisar e compreender melhor a doutrina e jurisprudência sobre o tema, as quais apresentam posições variadas, contudo convergentes em determinado ponto.

Dessarte, é cediço que a atividade administrativa se conduz indiscutivelmente pelo princípio da legalidade e, por conseguinte, todos seus atos devem estar pautados na lei vigente, que definirá quais serão vinculados e quais serão discricionários.

No processo administrativo disciplinar a discricionariedade é em muito reduzida, pois impera além da legalidade a garantia do devido processo legal. A esse contexto, soma-se o fato de o legislador ter definido, em âmbito federal, taxativamente as condutas puníveis com demissão, fundamentos de evidente peso jurídico que sustentam a posição de parte da doutrina e jurisprudência contrária a aplicação do princípio da proporcionalidade. Não há espaço para a discricionariedade aqui pois a lei se encarregou de definir o nexa entre conduta e pena.

Inobstante os fortes argumentos expostos, não nos parece ser este o melhor entendimento. Acreditamos que em casos excepcionais pode haver a aplicação do princípio da proporcionalidade ainda que a pena prevista seja a de demissão, pois conforme vimos, o legislador optou por valer-se de “conceitos abertos” ou “expressões indefinidas” no direito administrativo punitivo, o que por si só implica em permanente exercício interpretativo e não há interpretação única ou verdadeira, diversas são válidas quando coerentes, de modo que cabe ao operador da lei decidir pela que melhor se enquadre ao caso concreto. Deste modo, entendemos que não se pode afastar a incidência do princípio previsto no Art. 128 da Lei 8.112/90, a menos que, haja prova cabal nos autos da conduta ilícita do agente passível de demissão, sob pena inclusive de sua revisão pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Luís Vasconcelos. **Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar: da atipicidade ao devido processo legal substantivo**. Curitiba: Juruá, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.