

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ADIR CLAUDIO CAMPOS

**A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE DISCIPLINAR.**

UBERLÂNDIA

2017

ADIR CLAUDIO CAMPOS

**A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE DISCIPLINAR.**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Uberlândia
como requisito para obtenção do título de mestre em direito público
Orientador: Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo

UBERLÂNDIA
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- C198a
2017 Campos, Adir Cláudio, 1962-
A razoabilidade e a proporcionalidade como garantias
constitucionais na dosimetria da penalidade disciplinar / Adir Cláudio
Campos. - 2017.
173 f.
- Orientador: Luiz Carlos Figueira de Mello.
Dissertação (mestrado) -- Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Razoabilidade (Direito) - Teses. 3.
Proporcionalidade (Direito) - Teses. 4. Administração pública - Teses. I.
Mello, Luiz Carlos Figueira de. II. Universidade Federal de Uberlândia.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

ADIR CLAUDIO CAMPOS

**A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE DISCIPLINAR.**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Uberlândia
como requisito para obtenção do título de mestre em direito público
Orientador: Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo

PROF. DOUTOR LUIZ CARLOS FIGUEIRA DE MELO

PROF. DOUTOR ALEXANDRE WALMOTT BORGES

PROF. DOUTOR LEOSINO BIZINOTO MACEDO

**UBERLÂNDIA
2017**

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são devidos, primeiramente, ao meu querido orientador, professor da Universidade Federal de Uberlândia (UF), ilustre advogado e procurador da Câmara Municipal, Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, que me acompanha não de agora, mas de longa data, instigando-me a dar início ao mestrado. Foi com grande satisfação que o escolhi para orientar a dissertação.

Em segundo lugar, a todos os demais professores, cujas aulas abriram novos horizontes de pesquisa na área de direito público, particularmente na área de concentração em direitos fundamentais, que muito me serviu para aprofundar o conhecimento crítico sobre aquele que é o ponto nodal da ordem constitucional e a base para se avançar em praticamente qualquer área que se pense do direito, especialmente em processo administrativo disciplinar.

Dedico este trabalho ao meu pai, pela inspiração decisiva que me deu com seu próprio esforço em estudar e acreditar que este é o verdadeiro caminho virtuoso; à minha mãe, pela vida que me deu no florescer de sua juventude; *in memoriam*, à minha bisavó, que me amou intensamente como filho; à minha companheira querida, pelos anos que passou ao meu lado irradiando luz em nossa morada com seu sorriso, com sua confiança no trabalho e no amor que tanto me fortaleceram; e à minha filha, que foi o maior amor que pude conhecer.

A máxima da proporcionalidade decorre, no fundo, da própria essência dos direitos fundamentais (Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 19, 342 (348-349); 65, 1 (44))

RESUMO

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são normas regentes do Estado Democrático de Direito, e constituem o ponto nuclear dos direitos fundamentais, que por sua vez giram em torno da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Em função dessa força diretiva, cumprem a função de conferir estrutura e consistência aos demais princípios, indicando o modo como deve operar o Estado e a administração pública no exercício de sua função coativa, estabelecendo critérios objetivos para que a previsão geral e abstrata da norma se adeque ao caso concreto, uma vez que os tipos infracionais descritos nos estatutos disciplinares contêm em sua grande maioria conceitos abertos e indeterminados, exigindo do aplicador da norma uma atuação ponderada e balanceada na fixação da penalidade dos servidores públicos no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, critérios como o de dever de equidade, congruência e equivalência, que constituem a tripla função da razoabilidade; e a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na clássica tripartição feita pelo Tribunal Constitucional alemão, são parâmetros de notável propriedade jurídica para resolver casos sob o comando da norma concebida em sua integralidade de regra e princípios. Nessa esteira, segue-se o exame em concreto dos tipos disciplinares descritos no artigo 132 da Lei nº 8.112/90, onde se verificará, em uma operação dedutiva, como estão sendo aplicados os princípios naqueles casos que suscitam ambiguidade da norma e casuísmo da situação peculiar em que são decididos pela administração pública, muitos dos quais, objeto de controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Esse controle se revela importante em grande parte das infrações, mas sobressai o controle de constitucionalidade acerca da norma que permite a cassação da aposentadoria do servidor público por ilícitos que são apurados somente depois da inatividade. Como último tópico a ser tratado, surge em algumas administrações o procedimento de suspensão do processo mediante acordo em que se oportuniza a extinção do feito com o servidor que cumprir alguns requisitos. Trata-se de medida salutar, pois tem duplo efeito: pedagógica e de otimizar os gastos públicos para aqueles processos que são efetivamente necessários de serem instaurados.

Palavras-Chaves: Razoabilidade: Proporcionalidade: Administração pública: Adequação: Necessidade: Controle de legalidade.

ABSTRACT

The principles of reasonableness and proportionality are rules of the Democratic State of Law, and constitute the core of fundamental rights, which in turn revolve around the dignity of the human person and due process of law. In function of this directing force, fulfill the function of conferring structure and consistency to the other principles, indicating the way in which the State and the public administration should operate in the exercise of its coactive function, establishing objective criteria for the general and abstract prediction of the norm to fit the specific case, since the types of infractions described in the disciplinary statutes contain in the main mostly open and indeterminate concepts, requiring the applicator of the norm a balanced and balanced action in the fixation of the penalty of public servants in the administrative disciplinary process. In this sense, criteria such as the duty of fairness, congruence and equivalence, which constitute the triple function of reasonableness; and the adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, in the classic tripartition made by the German Constitutional Court, are parameters of remarkable juridical property to solve cases under the command of the norm conceived in its integral rule and principles. This is followed by the concrete examination of the disciplinary types described in article 132 of Law No. 8.112 / 90, where, in both a deductive and an inductive operation, the principles are applied in those cases that give rise to ambiguity of the norm and peculiar situation in which they are decided by the public administration, many of which, object of control of legality by the Judiciary Power. This control proves to be important in a large part of the infractions, but the constitutionality control over the norm that allows the retirement of the public servant to be canceled by illicit ones that are only assessed after the inactivity. As the last topic to be treated, some administrations appear the procedure of suspension of the process by agreement in which it is opportune the extinction of the done with the server that fulfills some requirements. This is a salutary measure, since it has a double effect: pedagogical and optimizing public spending for those processes that are effectively needed to be implemented.

Key-words: reasonableness: proportionality: public administration:adequation: necessity: legality control

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 NORMAS REGENTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:	14
ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS	
2.1 Os Direitos fundamentais como limitadores dos fins do Estado: A teoria dos direitos fundamentais de Jellinek e Ferrajoli	25
2.2 Princípios e regras como componentes inseparáveis da norma	34
2.2.1 Distinção de princípios e regras.....	37
2.2.2 A teoria dos princípios de Humberto Ávila.....	42
3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE	49
ASPECTOS CONCEITUAIS	
3.1 Uma breve retrospectiva da proporcionalidade	49
3.2 A razoabilidade no direito inglês e americano	52
3.3 Aspectos conceituais da razoabilidade e a proporcionalidade	55
3.3.1 Razoabilidade.....	56
3.3.1.1 Razoabilidade como dever de equidade.....	57
3.3.1.2 Razoabilidade como dever de congruência.....	59
3.3.1.3 Razoabilidade como dever de equivalência.....	60
3.3.2 Proporcionalidade.....	60
3.3.2.1 Adequação.....	61
3.3.2.2 Necessidade.....	63
3.3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	63
3.3.3 Diferenças entre razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso.....	64
3.4 A proporcionalidade e a supremacia do interesse público	65
4 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE:	
VETORES DOS PRINCÍPIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	69
4.1 O devido processo legal	72
4.2 O contraditório e a ampla defesa	75
4.3 O princípio da tipicidade	78
4.4 O princípio da presunção de inocência	81
4.5 O princípio da motivação	84

4.6 O princípio da prescrição	85
4.7 O princípio da finalidade	89
4.8 O princípio da moralidade	91
4.9 O princípio da impessoalidade	93
4.10 O princípio da igualdade	95
4.11 O princípio da publicidade	97
4.12 O princípio da eficiência	99
4.13 O princípio do juiz natural	100
 5 A DOSIMETRIA DA PENA DISCIPLINAR COMO	 103
GARANTIA CONSTITUCIONAL	
5.1 O <i>Jus Puniendi</i> do Estado na esfera disciplinar	105
5.1.1 O processo como forma de regência estatal.....	106
5.1.2 O processo administrativo e seu regimento fundamental.....	108
5.1.3 A regulação da razoabilidade/proporcionalidade na punição disciplinar.....	112
5.1.3.1 Causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.....	113
5.1.3.2 O controle da punição disciplinar.....	115
5.1.3.3 Restrição da AGU/CGU em aplicar o art. 128 em caso de demissão	118
5.2 Tipos infracionais de demissão submetidos à proporcionalidade e	121
à razoabilidade	
5.2.1 Crime contra a administração pública.....	122
5.2.2. Abandono de cargo.....	124
5.2.3 Inassiduidade habitual.....	126
5.2.4 Improbidade administrativa.....	126
5.2.5 Incontinência pública e conduta escandalosa	129
5.2.6 Insubordinação grave em serviço.....	130
5.2.7 Ofensa física	131
5.2.8 Aplicação irregular de dinheiros públicos.....	132
5.2.9 Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo.....	133
5.2.10 Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.....	134
5.2.11 Corrupção	136
5.2.12 Acumulação ilegal de cargos	137
5.2.13 Transgressão aos incisos IX a XVI do art. 117.....	141

5.3 Irrazoabilidade e desproporcionalidade da cassação da aposentadoria	148
5.3.1 A aposentadoria depois da EC nº 3/93 e da EC nº 20/98.....	148
5.3.2 O ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a segurança jurídica.....	153
5.3.3 Direito social à previdência	155
5.3.4 Tratados internacionais e a dignidade da pessoa humana.....	156
5.3.5 Pena de caráter perpétuo – ofensa à proporcionalidade.....	157
5.3.6 A controvérsia atual na jurisprudência.....	158
5.4 Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar.....	160
 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
 REFERÊNCIAS	169

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na dosimetria da punição disciplinar é direito subjetivo do servidor público, garantia constitucional decorrente da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Ao mesmo tempo, é dever do Estado, incumbido de zelar por esse direito. Esse é, por assim dizer, o espírito da Constituição Cidadã editada em 5 de outubro de 1988, que abriu novos campos de compreensão neste particular aspecto da atuação estatal, impondo à administração pública limites no exercício do poder hierárquico e disciplinar sempre que estiver diante da necessidade de apurar e punir infrações praticadas pelos seus agentes.

Dignidade da pessoa humana e devido processo legal, por sua vez, formam o núcleo dos assim denominados direitos fundamentais, que alcançaram primazia na ordem jurídica em decorrência das transformações substanciais pelas quais passaram os Estados depois da segunda metade do século XX. Fundamento do Estado constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é por sua vez o fundamento dos demais direitos fundamentais, destacadamente o devido processo legal previsto no art. 5º LIV da Constituição Federal. Em razão dessa sua natureza fundante do Estado, a própria dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais que lhe dão eficácia e efetividade, por sua vez, vão exigir postulados para que sua exteriorização não fique no plano abstrato e contemplativo, isto é, vão exigir instrumentos diretivos para serem aplicados na dinâmica do direito e, assim, saírem da previsão abstrata da norma para a realidade concreta que é onde se manifesta o direito. É justamente aqui que entram em cena os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como os elementos integrativos fundamentais desses princípios e do sistema de normas de forma ampla e geral.

A mudança que deve ser salientada ocorreu no positivismo com a sua esquemática separação entre princípios e regras na interpretação da norma jurídica. Muito se viu desabar nessa seara, como o dogma de que os princípios seriam um critério meramente diretivo, ou seja, não integraria o texto da norma, se limitando apenas a nortear a atuação do intérprete.

Todavia, não tem sido sem grande luta histórica que o direito busca enfrentar os tormentosos desafios da legitimidade e da validade dos atos estatais, procurando resguardar os direitos fundamentais das investidas do Estado e seus agentes. O critério baseado no emprego dos princípios tem sido uma forma importante de o Judiciário buscar validar os atos estatais a partir de seu próprio contraste com os limites da punição. No direito administrativo disciplinar, assiste-se a Administração Pública brasileira – fortemente influenciada pela

ideologia militarista ao longo da República – adquirindo novos contornos de atuação punitiva de seus servidores. Essa influência militarista talvez explique muito da forma autoritária e severa de desprezar o critério da proporcionalidade na sanção disciplinar.

A partir da vigência da nova ordem constitucional, tem surgido no campo doutrinário uma profusão de estudos visando dar guarida à tese de que a Administração deve dosar a penalidade disciplinar de acordo com a gravidade do fato, inclusive nos casos em que a lei prevê a demissão. A jurisprudência, principalmente dos tribunais superiores, desde então tem sido favorável a anular punições severas nessas hipóteses por entender que a razoabilidade e a proporcionalidade são critérios de observação obrigatória pela administração.

A presente dissertação tem por objetivo geral demonstrar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são decisivos na condução do processo administrativo disciplinar, particularmente, no que se refere à aplicação da penalidade ao servidor público nos moldes do devido processo legal e em observância à dignidade da pessoa humana.

A metodologia usada, nesse sentido, é privilegiadamente o emprego do método dedutivo, uma vez que se procura examinar os fatos à luz dos princípios; por certo, não se descarta também do método indutivo, uma vez que se demonstrará, a partir de julgados e outros exemplos práticos, a observância e inobservância da norma.

A referência teórica que conduz e alinha a exposição segue a trilha do neopositivismo encartada na doutrina de alguns de seus principais expoentes, como Robert Alexy, Humberto Ávila e outros.

Para tanto, será passado em revista sumária o nascedouro das ideias que deram origem ao Estado Moderno e sua pilastra fundamental erguida em torno da defesa da liberdade e da proteção dos indivíduos contra a força desregrada do poder de punir, e como dessa formação se fundou uma ordem protetiva crescente de direitos de primeira, segunda e terceira geração, até a presente época em que se cristalizou nas cartas constitucionais europeia e brasileira os direitos fundamentais como centro gravitacional da ordem constitucional.

Em seguida, e a partir do conceito de direitos fundamentais como base regente do Estado Democrático de Direito, será revisitado os apontamentos essenciais e determinantes dos princípios e sua propriedade integrante da norma jurídica como resultado dos estudos neopositivistas e sua revisão tanto do velho positivismo como também do jusnaturalismo, trazendo de novo uma simbiose teórica em que a norma deixa de ser apenas vista como regra e os princípios como fonte de interpretação externa à norma.

Logo adiante, este trabalho tratará dos princípios mais relevantes no processo administrativo disciplinar sob a influência da razoabilidade e da proporcionalidade,

concebidas estas em sua característica mais importante de serem estruturantes dos demais princípios. Nessa sequência, os aspectos conceituais da razoabilidade e da proporcionalidade serão abordados naquilo que fornecem de mais relevante para o tema central deste trabalho, e que consiste em verificar a aplicação desses princípios-vetores nas penalidades disciplinares.

Conforme se verá, não é possível se aplicar a norma ao caso concreto sem proceder a um exame prévio, concomitante e posterior da imputação da norma ao fato, à conduta humana. Nesses três momentos, o intérprete necessitará de proceder a um controle de ponderação e balanceamento para verificar se o conteúdo da norma – a regra e o princípio – estão efetivamente presentes.

Toda a exposição confluirá até o capítulo nuclear que trata do modo como a dosimetria da pena é aplicada pela administração pública – nomeadamente, a federal –, demonstrando os acertos e equívocos daqueles incumbidos de decidir processos punitivos contra servidores que incorrem em ilícitos disciplinares. Essa polêmica aparece com frequência no processo administrativo disciplinar no que se refere à dosimetria da pena e, particularmente, no que se refere à possibilidade de sua aplicação quando o ilícito praticado pelo servidor público for hipótese de demissão.

Como objetivo específico, será demonstrado que o entendimento que prevaleceu por longo tempo na jurisprudência de que a administração pública estaria obrigada a aplicar a pena máxima por conta da estrita observância da legalidade, está superado, uma vez que os tipos infracionais descritos no art. 132 da Lei 8.112/90 possuem, além de amplo espectro de conceituação indeterminada em sua maioria, também uma aproximação com alguns institutos do direito penal, como é a hipótese das excludentes de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade.

2 NORMAS REGENTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS

A categoria filosófica fundamental em torno da qual se formou o Estado moderno é a de liberdade,¹ construída pelo jusnaturalismo² como resposta ao absolutismo monárquico. Era sobretudo um conceito que se coadunava com a ideologia da nascente burguesia, que precisava de uma ordem política e jurídica que removesse as barreiras do velho e decadente mundo feudal, e garantisse seus interesses.³

Dessa forma, o jusnaturalismo na vertente metafísica de Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant de que o Estado deveria ser formado a partir da noção de um contrato entre os cidadãos, delimitando os poderes dos governantes e assegurando a liberdade dos governados,⁴ constituiu-se como ideologia dominante para o novo modo de sociedade e de Estado que se formava base de uma atividade econômica dominada por mercadores, que precisavam ao mesmo tempo de uma ordem que regulasse as relações sociais e não lhes impusesse empecilhos.⁵

A concepção de um Estado formado por representantes eleitos, jungidos a um estatuto previamente aprovado por um parlamento independente, que definisse o que devia ser

¹ “Para colocarmos o problema da liberdade na esfera do constitucionalismo ocidental (liberal e social-democrático) é indispensável termos sempre em conta o *Estado burguês de Direito*, de que nos fala Carl Schmitt (*Verfassungslehre*, p. 13), ou os conceitos histórico e racional-normativista da Constituição, segundo o esquema ibérico de García Pelayo. Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. [...] Daí o zelo doutrinário da filosofia em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã.” BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11.ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39-41.

² “O jusnaturalismo teve uma importância muito acentuada na formação de uma mentalidade tolerante. Tornou-se numa filosofia do direito que defendeu que o direito construído ou positivo (elaborado segundo a oportunidade e a conveniência) deve fundamentar-se no direito natural. Caracteriza-se por duas ideias que se interligam: a primeira vem da ética e sustenta que há princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; a segunda tem origem numa concepção de justiça que faz depender as leis de tais princípios”. SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 188-189, 2009.

³ “Seria, pois, errôneo reconhecer na teoria jusnaturalista, da Idade Média à Revolução Francesa, ordem de ideias voltada exclusivamente à postulação dos direitos do homem. A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente. E desse prélio saiu vitoriosa. Daí por que a perspectiva histórica daqueles tempos nos mostra com mais evidência o prestígio da ideologia que amparou os direitos naturais do Homem perante o Estado do que aquela outra, que, oriunda de um teólogo como Bossuet ou um filósofo como Hobbes, apregoava o direito natural do Estado, encarnado na opressão da realeza absoluta”. BONAVIDES, op. cit., 41-42.

⁴ “A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade.” Ibid., p. 45.

⁵ “Desde a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade dos contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

proibido, obrigatório e permitido, tornava-se o eixo central que deveria mover a nova ordem. Hugo Grotius foi um daqueles grandes construtores da ideia de que os direitos naturais, como a vida, a propriedade e a liberdade são inalienáveis e que a potestade do Estado e seus agentes públicos devem ser submissos a esses direitos.⁶

Conforme Paulo Bonavides, Kant, por sua vez, foi o mais destacado ideólogo das ideias liberais do Estado moderno, seu mais profundo filósofo, e que erigiu as bases teóricas do racionalismo fundado no conceito de autonomia da vontade.⁷ Kant, segundo ele, não somente influenciou decisivamente a maioria das escolas do direito, mas o próprio direito e sua construção positivista fundada na separação entre o ser e dever-ser jamais poderia prescindir de seus fundamentos teóricos.⁸

Assim, a liberdade como o pilar fundamental dos direitos fundamentais se constituiria em um imperativo categórico que teve a marca indelével do pensamento de Kant.⁹ Segundo Kant, o indivíduo é tanto mais livre quanto mais consciente estiver de seu dever moral, consciente de que deve agir de forma coerente com a virtude e de acordo os mais altos valores éticos. O homem é fim para si mesmo, e não pode se tornar objeto ou meio de exploração de outro homem sem antes se degradar de sujeito em coisa.¹⁰ Seu fundamento do ideal de

⁶ “É com Hugo Grotius que se define o princípio básico do jusnaturalismo moderno: a verdadeira lei é uma reta razão, congruente, perdurável, que impulsiona com os seus preceitos a cumprir o dever e a proibir o mal. [...] Além disso, Grotius considerou que todo homem tem o direito a alguma coisa de seu (*suum*) que não lhe pode ser retirado sem o seu consentimento. Formula desse modo um direito à propriedade que será retomado por Locke. Ao sustentar que os direitos naturais configuram princípios éticos de justiça, separou a moral da religião e foi considerado o fundador do direito público moderno. A sua concepção de direito natural levou-o a desenvolver a idéia de que a soberania é interna e externa. A soberania interna exerce-se para ser útil aos cidadãos e a externa para afirmar a autonomia em relação a outro Estado. Defendeu que nenhum Estado se deve intrometer nos assuntos internos de outro Estado. Rompeu, assim, com o universalismo da Idade Média e formulou para alguns interpretes as bases do direito internacional, regulador das relações de Estado a Estado. Para subordinar o soberano às leis, organizou um código do direito das gentes”. SAHD, op. cit., pp. 181-191.

⁷ BONAVIDES, op.cit., cap. 3.

⁸ “Foi Ortega y Gasset o pensador que exprimiu de forma mais lapidar essa redução da filosofia kantista a uma profunda investigação gnosiológica[...] : ‘Kant não pergunta que é ou qual é a realidade, que são as coisas, que é o mundo. Pergunta, pelo contrário, como é possível o conhecimento da realidade, das coisas, do mundo. É uma mente que dá às costas ao real e se preocupa consigo mesma’. Ibid., p. 96.

⁹ “Mas há um capítulo onde permanecerá sempre vivo o pensamento do filósofo, possivelmente mais vivo do que no século em que o escreveu: é aquele que contém a apologia da liberdade. [...] Quando a liberdade estiver em perigo e o Direito abalado em seus últimos alicerces, haverá sempre, na história das ideias, a imperiosa necessidade de um retorno a Kant. Não para extrair de suas páginas cópias servis e imprestáveis, ou justificações pueris da exploração burguesa, senão para nutrir o espírito na riquíssima e fecunda seiva de seu pensamento profundamente humano”. Ibid., p. 117-118.

¹⁰ “Aquilo que tem um preço pode ser substituído com qualquer coisa de outro, a título equivalente; ao contrário, aquilo que é superior aquele preço e que não admite equivalente é aquilo que tem uma dignidade. Aquilo que permite que qualquer coisa seja fim a si mesmo (*Zweck na sichselbst*) não tem somente um valor relativo, e, isto é, um preço, mas tem um valor intrínseco, e, isto é, uma dignidade”. KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785). Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 103. Trad. Italiana Fondazione della metafisica dei costumi.

liberdade, acentua Bonavides, se constituiria como a força-motriz conceitual das ideias do liberalismo econômico e do seu contratualismo filosófico.

Mais tarde, receberia a crítica de Hegel de formular um conceito abstrato e individualista de liberdade. Ao criticar Kant pela sua concepção “abstrata” de liberdade, Hegel considerava que a liberdade só teria sentido para o homem em razão de sua concretude, e a primeira forma concreta de liberdade para ele era a propriedade.¹¹

Bonavides admite que Hegel, no que pese as críticas que recebeu por sua “estatolatria”,¹² teve a notável profundidade em definir o Estado como a mais perfeita “concretude da razão e da liberdade”, que só poderia ser efetivada quando o indivíduo percebesse que sua singularidade de pessoa e a universalidade da pessoa do Estado formariam uma unidade, tal qual sucede na unidade familiar. Trata-se de uma concepção “organicista”¹³ de Estado, muito em voga no século XIX, que influenciou a remodelação da separação dos poderes, além de ser estuário de ideias que inspirou parte da construção doutrinária alemã, como Otto Gierke, que elaborou sua teoria do órgão, que é preponderante no direito administrativo.¹⁴ Assim, se contrapôs ao liberalismo individualista de liberdade, e conforme registra Bonavides:

A originalidade hegeliana consistiria, pois, em haver-se afastado de Rousseau, Kant e Montesquieu, dos filósofos mecanicistas, que inundaram a Europa com o seu novo catecismo de liberdade individualista; em não haver aderido servilmente ao princípio autocrático das coroas absolutistas e em haver indicado, no terreno político, os rumos que haviam de preparar as revoluções do século XX.¹⁵

Além disso, a tese de Kant, de que a essência das coisas não poderia ser conhecida, e que o mundo do ser e do dever ser formariam categorias intransponíveis à razão, também receberia de Hegel a contundente crítica de que “a realidade é racional, e tudo que é racional é real”.¹⁶ Segundo Hegel e sua dialética idealista,¹⁷ o agnosticismo kantiano decorreria

¹¹ “A substância ética, o Estado, tem sua existência determinada, isto é, seu direito, encarnado diretamente em algo existente, algo não abstrato mas concreto, e o princípio de sua conduta e comportamento só pode ser essa existência concreta e não um dos muitos pensamentos universais que se supõe serem mandamentos morais. Quando se supõe que a política se choca com a moral e, desse modo, é sempre injusta, a doutrina proposta se baseia em ideias superficiais sobre moralidade, a natureza do Estado e a relação do Estado com o ponto de vista moral...” MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002p. 332.

¹² “A increpação mais em voga contra o hegelianismo é, por conseguinte, a de haver conduzido o pensamento político a uma *estatolatria*”. BONAVIDES, op. cit., p. 129.

¹³ Ibid., p. 135.

¹⁴ Ibid., p. 84.

¹⁵ Ibid., p. 128.

¹⁶ HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Loyola, 2010.

¹⁷ Vale registrar, *en passant*, a importância que se considera existir para o direito da dialética hegeliana da “unidade e luta dos contrários”, formando o célebre silogismo tese, antítese e síntese como critério dinâmico

doengano – desde a lógica formal de Aristóteles – de não admitir que toda a realidade é formada de fenômenos contraditórios,¹⁸ pois é “próprio de tudo na realidade ser uma unidade de determinações opostas”.¹⁹

Como observa Jellinek, Hegel serviu para mostrar a efetiva relevância do Estado como órgão regulador da vida social.²⁰ Bonavides considera ainda que o pensamento de Hegel foi importante no sentido de formular uma ideia de separação dos poderes mais precisa do que seus antecessores, tendo em vista sua concepção unitária de Estado, em que seus órgãos formam uma relação de perfeita interdependência. “A separação de poderes, como quer a filosofia kantista, ou a teoria de Montesquieu, significa, para Hegel, quebra, que ele não admite, do princípio da identidade e do monismo, princípio que é das notas mais enérgicas e originais de seu pensamento filosófico”,²¹ observa, finalizando que:

Hegel reelaborou as bases do princípio da separação de poderes, fundou-o na ideia organicista de interdependência e, reconciliando a tese dos poderes que se excluem com a tese dos poderes que se coordenam, deu, por último, ao poder a base ética necessária, que o liberalismo extremado do século XVIII lhe solapara.²²²³

Se for certo dizer que as ideias de liberdade e de dignidade da pessoa humana são fruto do domínio das relações mercantis, é certo também concluir, junto com Bonavides,²⁴ que a

de observação do direito, muito visível na noção da triangularidade processual. De um modo geral e abstrato, significaa compreensão de que na realidade social, os fatos estão a todos instantes evoluindo de velhas para novas formas de relações sociais, em uma espiral evolutiva onde os acontecimentos se entrelaçam de forma indissolúvel. É intuitiva, a nosso sentir, constatação de que tudo está, inevitavelmente, relacionado e reciprocamente condicionado. Para os juristas, essa dinâmica contraditória indica que, se o Estado e o direito moderno foram condicionado pelo advento do mercado, não se pode negar que o mercado desde seus primórdios necessitou ser não somente regrado por uma ordem jurídica, mas também que teve sua formatação orientada e restringida pelo Estado e pelo direito a partir de um molde de ideias fundadas na racionalidade.

¹⁸ Aristóteles, por exemplo, em sua lógica da identidade postulava o princípio da não contradição, e sustentava que seria impossível A é A e não-A ao mesmo tempo, portanto, não admitia, como Heráclito e outros, que os fenômenos se contradissem.

¹⁹ HEGEL, G.W.F. A Ciência da lógica. In: _____. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. São Paulo: Loyola, 1995, v. 1, p. 121.

²⁰ “Hegel ha unido de manera admirable la doctrina de los fines universales objetivos con la de los particulares, al concebir los Estados como instrumentos inconscientes del espíritu del mundo, cuyo fin immanente es elevar aquél hasta un alto grado de evolución. Hay pueblos cuya historia tiene un valor mundial, porque en una época determinada y en un momento de evolución fueron portadores del espíritu más alto del mundo, y estos pueblos, si su época pasa, no vuelven a ser mencionados en la historia. JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*, Mexico, p. 236.

²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 136.

²² Ibid., p. 138.

²³ Bonavides faz ainda seguinte consideração digna de registro: “A separação de poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantemente de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo”. Ibid., p. 65.

²⁴ Ibid., p. 65.

evolução do direito e do Estado esteve diretamente atrelada aos interesses da nascente burguesia e sua concepção revolucionária de indivíduo, família e sociedade, em suma, de novas relações sociais que correspondessem às novas formas de atividade econômica em que o mercado passava a ser o centro regulador da vida dos povos, conforme a se vê na crítica da economia política de Marx.²⁵ É justamente por conta dessa nova forma de poder dominante do mercado que a burguesia varreu do mapa as velhas concepções de mundo da nobreza feudal, fazendo com que o Estado e seus agentes públicos agissem dentro dos estreitos limites da legalidade.²⁶

Ao longo do século XIX e as primeiras décadas do século XX, o positivismo e sua crença na exatidão das ciências vicejava e se fortalecia nas ciências naturais. Não tardou para que essas ideias fossem deitar suas raízes no campo das ciências sociais. O ideário positivista de Augusto Comte influenciou várias gerações de juristas, que sob o influxo dessa concepção cientificista, passaram a defender a tese de que o direito também poderia ser sistematizado nos moldes exatos – e desprovido de especulações metafísicas acerca da conduta humana – tal qual ocorria com as ciências naturais.²⁷ A norma poderia funcionar com a perfeição que se via nos relógios e nas máquinas.

Acontece que, essa crença na exatidão e na assepsia especulativa do direito tinha que entrar em crise, afinal, em um mundo que passou a ser um grande mercado, os conflitos sociais se tornaram abertos e crescentes, e o Estado e o direito tinham que se

²⁵ De acordo com a crítica da economia política feita por Karl Marx, nas modernas sociedades produtoras de mercadorias iniciadas com a Revolução Industrial na Europa, a finalidade precípua da atividade econômica não é o consumo, mas a criação de valor de troca, qual seja, dinheiro e capital. O consumo, neste aspecto, não é a finalidade da produção mercantil, mas o meio para se criar valores mercantis. A mercadoria forma uma unidade composta de valor de uso e valor de troca, que são os lados opostos e inseparáveis de uma mesma coisa. Nessa relação de opostos aparece, de um lado, o vendedor, e de outro, o comprador, relação essa que, segundo Marx, ocultaria o segredo de toda a tensão das relações sociais da sociedade, na medida em que o interesse de compradores e vendedores são antitéticos, isto é, opostos porém inseparáveis, o significa dizer que um não pode existir sem o outro, ou seja, enquanto que o vendedor só pode vender se a mercadoria tiver utilidade, o comprador só pode comprar se a mercadoria puder ser trocada por dinheiro, de modo que ambos interesses opostos confluem justamente para formar a base de uma relação social que, segundo Marx, instala uma luta de classes sociais, decisiva para compreender a complexa superestrutura política e jurídica que se ergue sobre essa base material da sociedade. Essa atividade social, meramente residual até o surgimento do mercantilismo e da revolução industrial (séculos XVII e XVIII), viria a se tornar dominante desde então, e precisamente dela que se desenvolveriam as ideias filosóficas, políticas e jurídicas do contratualismo aptas a justificar a ascensão e o poder político da nova classe economicamente dominante. MARX, Karl. *O Capital*, Livro I, São Paulo, Nova Cultural, 1985, p. 45-78.

²⁶ “Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. [...] A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominantes, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social”. BONAVIDES, op. cit. p. 42

²⁷ Karl Larenz, a esse respeito, irá dizer que, “nessa medida, o positivismo é um ‘naturalismo’. A ciência do direito será assim erigida em ‘verdadeira ciência’, quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis”, in *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ed., 1997, p. 47.

tornar necessariamente tão complexos e dinâmicos como essa realidade que emergira das lutas sociais por melhorias. Naquele período, o direito teve uma sucessão de transformações a partir da Escola da Exegese e sua inflexível interpretação literal da norma. Conforme Larenz, a primeira escola relevante ficou conhecida como a “jurisprudência dos conceitos”, que teve em Savigny e Puchta seus grandes expoentes. Savigny, que afirma que o direito tinha como característica “a exigência de uma combinação dos métodos ‘histórico’ e ‘sistemático’”, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos princípios jurídicos subjacentes como um todo englobante”,²⁸ e Puchta, que por sua vez, dizia que não se “designa por ‘genealogia dos conceitos’ [...] outra coisa senão a pirâmide dos conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal”.²⁹

Dessa escola surgirá em meados do século XIX a jurisprudência dos interesses, de autores como Jhering e Philipp Heck, sendo que este sustentava a tese de que os preceitos legislativos “não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses”, [...] Em vez da dedução lógico-formal, coloca a jurisprudência dos interesses não a vontade ou o sentimento, mas a investigação dos interesses e a apreciação desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei. Por isso, reserva ao juiz, sem dúvida, uma margem de decisão maior, mas nenhuma liberdade de decidir guiada apenas pelo sentimento³⁰

No limiar do século XX, o direito recebeu as participações importantes de Santi Romano e Maurice Hauriou e suas teorias institucionais do direito. “O ponto de partida de Santi Romano é a recusa à ideia de que o direito seja redutível à norma”,³¹ aponta Maria Paula Dallari Bucci, ao observar que, para o jurista italiano, o direito “compreende também a entidade que põe a norma; essa é a tese fundamental”.³² Nessa linha, Hauriou, contemporâneo de Romano, também considera o conceito de instituição decisivo para se entender o direito. Sua teoria institucional tem três elementos: “1ª a ideia da obra a realizar em um grupo social;

²⁸ LARENZ, op.cit., p. 18.

²⁹ Ibid., p. 24.

³⁰ “A ligação entre Jhering e a jurisprudência dos interesses [...] torna-se nítida quando se lê em Heck [...] que o ‘cerne da disputa metodológica’ reside na ‘acção do direito do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais’. Enquanto ‘a orientação anterior, a jurisprudência dos conceitos’, limita o juiz ‘à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos’ – e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim o ‘primado da lógica’ no trabalho juscientífico – a jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para ‘o primado da indagação da vida e da valoração da vida’ [...]. A jurisprudência dos interesses – e esta é a sua afirmação justeorética fundamental – considera o direito como ‘tutela de interesse’. Ibid., p. 64-65 e 82.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1. ed, 2013, p. 210.

³² “Cada ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa, cada instituição é um ordenamento jurídico”. Santi Romano. *L’Ordinamento Giuridico*. Firenze: Sansoni, 1962, p. 27 *apud* Bucci, op. cit. p. 211.

2ª o poder organizado posto a serviço dessa ideia para a sua realização; 3ª as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da ideia e de sua realização”.

³³Segundo a professora da Universidade de São Paulo:

Talvez a questão mais relevante a opor o institucionalismo jurídico clássico e o normativismo kelseniano seja o problema das fontes do direito. O institucionalismo rejeita a redutibilidade do Estado às normas, considerando-o “a instituição das instituições, em cujo ordenamento numerosas outras instituições, independentes em si, encontram sua proteção e ordem” (Carl Schmitt). E mantém uma reserva em relação ao direito estatal, que arriscaria “perturbar os equilíbrios e destruir as instituições”. Enquanto Schmitt concorda com Santi Romano quanto à precedência do ordenamento em relação à norma, o positivismo kelseniano adota como premissa a estabilidade do direito, isto é, a correspondência entre direito e Estado.³⁴

Por volta dos anos 30 surge o rigor metodológico do normativismo kelseniano, e sua kantiana concepção do direito a partir de uma ideia a priori contraposta e também impermeável ao mundo do ser – a norma fundamental pressuposta – que trouxe para o positivismo jurídico a formulação de uma “teoria pura do direito”, despida de conceitos tanto jusnaturalista, como o historicista ou sociológico. “Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente)”, assinala Tercio Sampaio Ferraz no prefácio do livro de Fábio Ulhoa Coelho.³⁵ Nesse sentido, Larenz faz a seguinte summa da teoria normativista:

Uma norma jurídica, acentua Kelsen [...], não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. “Por isso”, continua ele, “pode qualquer conteúdo que se deseje ser direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica”. O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases.³⁶

Apesar de sua reconhecida contribuição para a evolução do direito ao desenvolver a teoria da norma, a concepção do direito de Kelsen sofrera o poder severo da crítica ante sua

³³ HAURIU, Maurice. *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social)*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1968, p.41, *apud* Bucci, op. cit., 222.

³⁴ BUCCI, op. cit., p. 231-232.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*, 4. ed, rev. São Paulo: Saraiva, 2001

³⁶ LARENZ, op. cit. p. 97.

insuficiência para dar ao mundo do pós-guerra uma resposta consistente à crise do positivismo e sua insistência em conceber a norma como desprovida de valores.³⁷ Willis Santiago Guerra Filho, afirma que:

A insuficiência da teoria de Kelsen estaria no seu apego excessivo à perspectiva normativa, sendo a norma, segundo ele, o “prisma explicativo” (*Deutungschema*) da realidade jurídica, quando a conduta é que instaura as significações cristalizadas nas normas, e é a ela que se deve tomar em consideração para compreender, adequadamente, as modificações por que passa um sistema normativo, sem por isso deixar de ser o mesmo sistema.³⁸

O positivismo de Kelsen e sua teoria da norma fundamental – a norma pressuposta – tem por matriz o pensamento de Kant acerca da realidade coisa em si, separada e contraposta ao mundo dos fenômenos; o mundo do ser contraposto ao mundo do dever ser. Conforme Larenz, para Kelsen, “um dever ser [...] só pode reconduzir-se a outro dever ser, uma norma só pode reconduzir-se a outra norma superior da qual e apenas da qual dimana o peculiar sentido *jurídico* de um evento, como, por exemplo, um contrato, um acto administrativo ou um decreto”.³⁹ Assim, por exemplo, a proteção da liberdade seria o fundamento e pressuposto de validade das demais normas que obrigam, proibem ou permitem o exercício de um direito a ela atinente, da qual se deduz se uma determinada conduta está de acordo com o sistema de normas, portanto, mediante o juízo categórico kantiano, seria uma ideia pressuposta.⁴⁰

O positivismo jurídico, em suas variadas vertentes, ingressaria em meados do século passado em acentuada crise diante do fenômeno avassalador dos conflitos sociais que levaram o mundo ao maior confronto bélico de todos os tempos, revelando-se insuficiente para responder às novas necessidades que se impunham para o direito. Nessa direção, Larenz aponta:

A causa profunda dessa insuficiência, que ainda passou despercebida ao neokantismo, é que o conceito positivista de *realidade* é demasiado acanhado. O idealismo objetivo e a fenomenologia,⁴¹ apesar da diversidade dos seus pontos de partida, concordam que as formas espirituais – entre elas uma ordem jurídica vigente – possuem também o

³⁷ Como é corrente, Kelsen, o mais imponente jurista do século passado, apesar de não desprezar a importância diretiva dos princípios, não reconhecia sua natureza de força normativa, como um componente da norma. Para o jurista austríaco, apesar de não se confundir com o legalismo do início do século XIX, a norma se reduzia a um dever jurídico imposto pela hipotética norma fundamental.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo, , RCS Editora Ltda, 3ª edição 2007, p. 165.

³⁹ LARENZ, op.cit. p. 98.

⁴⁰ Ibid., p. 99.

⁴¹ Larenz refere-se particularmente ao idealismo objetivo do neohegelianismo de Binder, Schönfeld e Dulckeitefenomenologia de Edmund Husserl e Hans Welzel, cf. capítulo IV, op. cit., p. 138-161.

caráter do real. Um “direito positivo” é. É, ainda que não no espaço, em todo caso no tempo – e mais precisamente no tempo histórico. Tem o modo de ser do valer. Não podemos, por conseguinte, reduzi-lo a processos materiais ou a processos psíquicos. [...] Em tudo isso residem elementos importantes de um entendimento do direito, que deixa para trás o positivismo jurídico, nas suas diferentes modalidades.⁴²

Com efeito, com a crise social e humanitária dos anos 40, seguirá a crise do positivismo, que se manifestará principalmente através de uma nova interpretação do modo de resolver limites da norma, cunhada pelos alemães como “jurisprudência dos valores” (*Wertjurisprudenz*), e que teve um leque de juristas que se ocuparam a partir desse período histórico em estabelecer novos paradigmas para o direito. Como ensina Ricardo Lorenzetti:

A primeira crise da dedução surge quando a linguagem normativa começa a ser ambígua e a mostrar zonas de penumbra na interpretação (Hart), o que faz com que o intérprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação.⁴³

Larenz pontifica que “a passagem a uma jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento “argumentativo”, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do direito”.⁴⁴ Quanto à crítica de desprezo pelo método subsuntivo, e por abrir brechas ao decisionismo do julgador, Larenz colaciona a defesa de Bydlinski, que sustenta a valoração da interpretação como um dos passos sucessivos do processo de desvelamento, que nada tem de irracional:

Atribui (Bydlinski), nesse ponto, valor decisivo à diversidade de modo de pensamento e métodos jurídicos, desde a técnica de subsunção, com seu proceder estritamente lógico, passando pelos diversos estádio ou passos da interpretação e complementação da lei, até à busca e concretização de princípios jurídicos, a um “sistema móvel”, no sentido de Wilburg, e à

⁴²LARENZ, op. cit., p. 160-161.

⁴³Reportando-se a Friedrich Müller, o argentino Ricardo Lorenzetti: “Friedrich Müller, talvez o mais importante pensador alemão da metodologia jurídicas atual, realizou uma contribuição decisiva com a sua teoria estruturante do direito, desenvolvida na sua obra *Normstruktur und Normativität*, Berlim, 1966. Friedrich Müller afirma que deve ser considerado o texto da norma, por um lado, e, de outro, o domínio material ou social da norma, sendo a normatividade jurídica uma síntese estrutural dessas dimensões. A norma-texto é apenas um elemento para a concreta realização jurídica, e essa realização exigirá a colocação dessa norma em função de um caso concreto, e que se elabore uma ‘normativa de concretização’; uma específica ‘norma de decisão’. Müller entende que o juízo jurídico é o resultado de um ‘processo normativo de concretização’, que mobiliza estruturalmente um conjunto de fatores jurídicos que são elementos de concretização. A interpretação é deslocada pela concretização. Este processo seria a síntese entre caso e sistema, muito semelhante ao sistema do *stare decisis* do direito anglo-saxão.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. Bruno Miragem, tradução; Claudia Lima Marques, notas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

⁴⁴LARENZ, op. cit. p. 171.

comparação de tipos. [...]Bydlinski sustenta a esse propósito que o juiz tem de buscar a solução de uma questão jurídica que lhe seja submetida primeiramente no trilho da lei, na sua interpretação e desenvolvimento conforme ao seu sentido.⁴⁵

Friedrich Müller, jurista que se notabilizou pela crítica ao normativismo kelseniano e a separação intransponível entre norma e realidade, é visto por Larenz como quem:

[...] contesta a contraposição estrita entre ser e dever ser, entre norma e a realidade a que ela se dirige. Indaga sobre a “estrutura no fundamental comum da concretização normativa referida ao caso”, sendo que para ele “concretização não significa apenas densificar a norma que é dada, torna-la “mais concreta”, mas produzir pela primeira vez a norma de acordo com a qual o caso é então decidido.[...] Müller acentua repetidamente que a norma que está na lei, o “texto da norma”, não é a norma de acordo com a qual o caso vem afinal a ser decidido, não é a “norma decisória”, mas apenas o ponto de partida para a sua construção, ponto de partida mediante o qual o caso é tratado.⁴⁶

Como se vê do registro de Larenz, a doutrina de Müller concebe a norma como ponto de partida da atividade judicial, e esta construção teórica têm reflexos importantes no tema deste trabalho acerca dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Outro jurista da escola da valoração que merece menção é Arthur Kaufmann, na esteira de Aristóteles, Tomás deAquino eHegel,apoiar sua tese defendendo a ideia de que:

[...]as relações da vida a que se referem as normas jurídicas pertencem já a uma realidade estruturada em si à qual, uma vez que se trata de relações de interação humana, subjaz já um sentido”, de modo que “dever ser” e “ser” ou “valor” e “realidade” não devem ser concebidos nesta ordem de ideias como dois domínios completamente díspares, mas como vinculados entre si, como inter-relacionados, como reciprocamente “correspondentes” mesmo antes já da “estatuição” das normas.⁴⁷

A jurisprudência dos valores se apresenta em perfeita suma no seguinte teor extraído de Kaufmann por Larenz: “O sentido da lei não se deixa averiguar sem o sentido, sem a natureza das situações da vida a julgar”.⁴⁸Sua importância e influência para os direitos fundamentais e seu corolário da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal decorre da notável atribuição que ao permitir a superação do normativismo kelseniano e sua doutrina da separação das categorias kantianas da esfera do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*).

⁴⁵LARENZ, op. cit., p. 178.

⁴⁶Ibid., p. 183.

⁴⁷Ibid., p. 186.

⁴⁸Ibid., p. 187.

A implicação imediata dessa hermenêutica foi a concepção dos princípios não mais como diretiva programática, em contraste com a regra, mas que a norma é composta de regra e princípio.

De fato, o pós-guerra, inaugurando novos tratados de direitos humanos e instalação de um órgão internacional como a ONU, dava início a um novo horizonte de ideias e comportamentos sociais, fazendo emergir novos valores a respeito da vida humana –os anos dourados da moderna sociedade produtora de mercadorias e sua promessa de proteção dos princípios da civilização.⁴⁹ Abrira-se uma nova era para o constitucionalismo, e o positivismo jurídico reviu seus conceitos, criando uma dogmática para salvar o direito de das antinomias, melhor dizendo, para que se reconhecesse, ao contrário de Kelsen, que o direito tinha antinomias, e que era preciso formular novos conceitos para solucionar lacunas que a vida social apresentava para os juristas.⁵⁰

Paulo Bonavides acentua que a concepção humanista do direito fez uma vertiginosa reviravolta no pensamento jurídico naquela geração, e que os princípios:

[...] Operaram nos textos constitucionais da segunda metade deste século (XX) uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.⁵¹

Na exposição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior,⁵² ilustra-se os estudos da escola alemã do direito, as influências de Hanna Arendt na formação de um humanismo instigando a geração dos anos 40 a 60 a repensar o direito, particularmente os direitos fundamentais como razão finalística do Estado.

Assim, vê-se surgir da jurisprudência dos valores a partir da segunda metade do século XX uma profusão do neopositivismo em seus diferentes matizes, com todos seus mais

⁴⁹ Nessa direção, vale conferir o pensamento de Robert Kurz, e sua polêmica obra, contrapondo-se a Francis Fukuyama e sua profecia de que a história teria chegado ao fim após a queda do Muro de Berlim com a vitória do capitalismo sobre a União Soviética e os demais regimes políticos dos países do leste europeu. KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização*. São Paulo: Vozes, 1991.

⁵⁰ Notável expoente daquele movimento neopositivista, Gustav Radbruch rompeu radicalmente com o velho positivismo após se dar conta dos horrores praticados por agentes públicos em nome da legalidade. Em meio aos escombros de uma era de ilusão com o Super-Estado, ergue-se uma geração de filósofos, cientistas sociais e juristas, como Habermas, Bobbio e tantos outros, que buscam saídas para o direito – e essa saída só pode ser a legitimidade da democracia e de uma concepção de direito em que os seres humanos não se tornem nunca mais objetos de uma coisa monstruosa que é a psicopatia de um Estado que, descolado da metafísica do jusnaturalismo, se descole ele próprio do fim para o qual criado e se enverede pelo sombrio vale da morte da liberdade e do bem estar da humanidade. RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Tradución de María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, publicado na Alemanha em 1946.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 231-232.

⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

importantes pensadores tomando por matriz teórica a revisão da estrutura normativista imperante até então, firmando a tese de que a norma e a realidade não poderiam ser separadas de modo estanque e intransponíveis, tendo em vista sobretudo a emergência do Estado constitucional erigido sob o alicerce da dignidade da pessoa humana.

2.1 Os Direitos fundamentais como limitadores dos fins do Estado: a teoria dos direitos fundamentais de Jellinek e Ferrajoli

A proteção dos direitos fundamentais⁵³ pelo Estado, como a liberdade, tem suas origens mais remotas no escravismo antigo, nas cidades greco-romanas, conforme ilustra o clássico de Benjamin Constant, ao comparar a liberdade e a democracia dos antigos com a dos modernos.⁵⁴ Na antiguidade greco-romana já se via esboços do que modernamente o direito fundamenta como “princípio da dignidade humana”, concebida, no entanto, como apologia do homem guerreiro, conforme a minuciosa descrição de Constant.

Ingo Sarlet ilustra que, o direito fundamental da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana tinham notáveis traços no Antigo Testamento.⁵⁵ Na Idade Média, sob a tutela do Estado pela Igreja Católica na Europa, as concepções de Santo Tomás de Aquino, inspirado em Aristóteles, formavam o núcleo da escolástica. Contraposto ao tomismo, tem destaque o filósofo cristão do nominalismo, Guilherme de Occam, que já expunha as sementes do que viria a ser o moderno individualismo burguês.⁵⁶ Tem registro histórico a influência do jusnaturalismo de feição tomista e aristotélica que a marcou o pensamento

⁵³ Luigi Ferrajoli sustenta a tese de que toda e qualquer forma de sociedade e de Estado não pode prescindir de um núcleo mínimo de direitos fundamentais. Para tanto, postula por uma definição “ideologicamente neutra” que valeria “para qualquer ordenamento, mesmo para os ordenamentos primitivos ou totalitários desprovidos de direitos fundamentais [...]”. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: 2011, p. 92

⁵⁴ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a Todos Governos*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

⁵⁵ “De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.³⁹ Do Antigo Testamento, herda-se a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).” SARLET, op.cit, p. 38.

⁵⁶ “Por sua vez, é no nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que levou ao desenvolvimento da ideia de direito subjetivo, principalmente por obra de Hugo Grócio, que, no limiar da Idade Moderna, o definiu como ‘faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente’.” SARLET, op. cit., p. 39.

cristão na Idade Média.⁵⁷ Com o Estado moderno, forma-se a ideologia liberal da liberdade de contratar e comerciar sem entraves estatais, liberdade essa protegida por um estatuto legal que deveria assegurar o direito de fazer tudo que não estivesse previamente limitado na lei.

Conforme os registros de Sarlet,⁵⁸ o contrato entre Coroa e os senhores feudais é a base social e histórica do *Bill of Rights*, de 1689.⁵⁹ Os direitos fundamentais dessa ordem filosófica racionalista foram ainda a base de fundamentação do nascente liberalismo, que inspirou a *Declaration of Rights* americana, de 1776, e pela *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen* francesa, de 1789.

A teoria dos direitos fundamentais, impondo limites ao poder coercitivo do Estado, que teve no jusnaturalismo sua fonte primeira e inspiração, viria a receber na verve dos juristas do século XVIII os seus fundamentos preambulares, como ilustra o pensamento do italiano Cesare Beccaria quando elaborou sua eloquente crítica contra a tortura, a pena de morte e o direito dos acusados a ter um processo justo.⁶⁰

⁵⁷“De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já a referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.” Ibid., p. 38.

⁵⁸Ibid., p. 41.

⁵⁹ O *Bill of Rights* é o primeiro documento oficial que se tem registro contra a instituição de impostos excessivos e punições cruéis e incomuns. A Declaração de Direito foi anexada em um Ato do Parlamento, em 16 de dezembro de 1689, e um teor de suas cláusulas pode assim ser resumido: "Os *Lords*, espirituais e temporais e os membros da Câmara dos Comuns declaram, desde logo, o seguinte: 1. Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento. 2. Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória. 3. Que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas. 4. Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio. 5. Que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexatórias de qualquer espécie que sofram por esta causa. 6. Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento. 7. Que os súditos protestantes podem Ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei. 8. Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento. 9. Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum. 10. Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado deveras. 11. Que a lista dos jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras. 12. Que são contrárias às leis, e, portanto, nulas, todas as doações ou promessas de doação do produto de multa ou de confisco infligidos a pessoas que não tenham sido antes julgadas e condenadas. 13. Que é indispensável convocar com frequência os Parlamntos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis.

⁶⁰ Considerado o principal representante do Iluminismo Penal, Beccaria tornou-se reconhecido por contestar a triste condição em que se encontrava a esfera punitiva de direito na Europa dos déspotas - sem, contudo, contestar como um todo a ordem social vigente. Suas obras, mais especificamente a intitulada "Dos Delitos e das Penas", são consideradas as bases do direito penal moderno. As proposições ali contidas projetaram arquiteturalmente a política e o direito modernos: igualdade perante a lei, abolição da pena de morte, erradicação da tortura como meio de obtenção de provas, instauração de julgamentos públicos e céleres, penas consistentes e proporcionais, dentre outras críticas e propostas que visaram a humanizar o direito. Desta

Em decorrência disso, os juristas do século XIX aprofundaram o estudo desses limites, bem como dos fins para os quais o Estado deveria existir e atuar.⁶¹ Para a garantia da proteção daquele núcleo mínimo de direitos fundamentais – tão caros à estabilização da Europa mergulhada em lutas de classes – era imperativo que o Estado cuidasse não só de proteger a liberdade e propriedade da burguesia, mas deveria também dar atenção aos desajustes sociais decorrentes da brutal exploração dos mais fracos pelos mais fortes. Clamava-se por toda parte que o Estado deveria zelar pelos desassistidos e náufragos de uma ordem que se mostrava cruel e bárbara.⁶² Começava a nascerem bases jurídicas para lastrear os direitos sociais.

Assim, dessa primeira geração dos direitos fundamentais limitada pelo liberalismo econômico à liberdade, à propriedade e aos contratos, emergiria uma segunda geração ocupada em dar efetividade à proteção da pessoa humana hipossuficiente e desprovida de um mínimo existencial para existência. Fazem parte dessa segunda geração, conforme ilustra a doutrina, os direitos sociais, como a criação de um fundo de proteção contra a invalidez para o trabalho causada pela velhice, assistência médica contra doenças e aos desamparados em geral, educação fundamental, entre tantos outros, que passaram a integrar o texto constitucional de muitos países durante a primeira metade do século XX.⁶³

Fez história as constituições mexicanas de 1917 e a alemã de 1919, inaugurando no mundo jurídico o constitucionalismo dos assim denominados direitos sociais, afetos ao bem estar mínimo do ser humano ao flagelo do desemprego, da doença, da velhice, entre outros. Como reconheceu Jellinek, a modernidade se mostrava orientada pela crescente socialização

forma, Beccaria repensou a lei e as punições com base na análise filosófica, moral e econômica da natureza do ser humano e da ordem social. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

⁶¹ Jellinek, em sua obra abordando as diferentes “doutrinas dos fins do Estado”, e depois de observar que não é moderna, mas que remonta a Aristóteles a preocupação com uma “teleologia política” buscando investigar a natureza finalística do Estado, bem como os limites que devem demarcar o público do privado, demonstra que “el ejemplo más admirable de estol o ofrece hoy La actitud del Estado respecto de la religión. Después de largas luchas se ha llegado a reconocer que el problema del Estado no puede ser el de dominar las creencias, y esto se ha reconocido por haberse puesto en claro cuales son los limites en que há de moverse el Estado atendiendo a sua naturaliza y a sus fines. El conocimiento de La significación de los fines jurídicos del Estado há colaborado profundamente a La superación del Estado-policía, y el conocimiento de los fines de la cultura, a La supresión de instituciones danosas a la comunidade”. JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*, Mexico, 2000, p. 241.

⁶² “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante”. BONAVIDES, op. cit., p. 188.

⁶³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

do processo social e centralização do poder do Estado, pela sua intervenção e proteção dos chamados direitos sociais.⁶⁴

Após o surgimento dos tratados universais de direitos humanos, nomeadamente, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, voltados para a proteção dos direitos difusos, como o meio ambiente, proteção de minorias étnicas, bem como a teoria dos direitos internacionais acerca da proteção dos direitos humanos de valores universais, entre eles, o direito de se rebelar contra Estados despóticos que atentem contra a democracia e a livre manifestação do pensamento.⁶⁵

Uma tensão política e ideológica vinda dos conflitos sociais passou a opor, de um lado, aqueles que sustentavam a necessidade de um Estado liberal na economia, mas conservador e severo na punição; de outro, aqueles que sustentavam a necessidade de um Estado social⁶⁶ – com suas vertentes mais radicais, como os marxistas – na economia, mas liberal e brando na punição.⁶⁷

Desde então, tem sido forte a defesa de que os direitos fundamentais deve se constituir no centro motor da sociedade. O Estado deve ser pautado por limites rígidos de legalidade e deve buscar a realização efetiva dos direitos fundamentais. Este aspecto fundamental da razão de ser do Estado foi decisivo para que também na atuação administrativa se observassem as mesmas garantias fundamentais.

Ingo Sarlet cita Pérez Luño e sua exposição dos direitos fundamentais, afirma existir “um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.”⁶⁸ Nesse passo, um Estado regrado pela garantia dos direitos fundamentais deve ser tão universal quanto as bases materiais que lhe deram origem. Referência marcante do novo Estado constitucional emergido ao longo

⁶⁴“La evolución de los tiempos modernos muestra con toda claridad un proceso más y más acentuado, que se orienta hacia la socialización y a al propio tiempo hacia la centralización por el Estado de actividades que originariamente eran individuales.” JELLINEK, op.cit., p. 260.

⁶⁵ A doutrina ainda menciona direitos de quarta geração, relativos, por exemplo, à biogenética, entre outros.

⁶⁶ O Estado Social fora uma resposta ao Estado Liberal que vigera até o início do século XX e decaiu após a crise da Primeira Guerra. Nesse sentido, Paulo Bonavides, in *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit.

⁶⁷ Uma constatação notável é que liberais e socialistas sempre divergem nos direitos sociais, mas não necessariamente nos direitos de liberdade, na imposição de rédeas apertadas ao poder de punir do Estado. Sem dúvida, divergem liberais e socialistas sobre o conteúdo de uma Constituição. Para aqueles, a mais enxuta possível, livre do embaraço dos direitos sociais; para estes, todavia, a Constituição deve ser dirigente, conter um arcabouço mínimo de direitos que a impeçam de sofrer mudanças ao sabor das alterações políticas.

⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, p. 19, apud SARLET, op. cit., p. 60.

desse último período, ganha destaque as constituições da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978).

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, por sua vez, seguindo os passos das principais Cartas europeias, trouxe para o centro da nova ordem jurídica os direitos e garantias fundamentais consagrados no princípio da dignidade humana e no devido processo legal, que formam os dois grandes arcos de direitos fundamentais.⁶⁹ Tais garantias, em razão de sua natureza fundante, permeia todo o ordenamento, determinando a forma, o conteúdo e a finalidade da atuação estatal, notadamente no que diz respeito à atuação punitiva do Estado.

Com a Constituição Cidadã, assiste-se pela primeira vez em nossa tardia modernidade a implementação dos ideais neopositivistas do pós-guerra, que buscaram salvar o direito das caduquices dos serviços do Reich alemão – e que contagiariam a culta classe média europeia e americana – trazendo para a arena do debate uma reinterpretação kantiana do homem como fim-de-si-mesmo, imune a qualquer força exterior, eis que, como Kant, a pessoa humana não é uma coisa, pois não tem preço, e por não ter preço, tem uma dignidade – a dignidade da pessoa humana.

É dessa dignidade da pessoa humana, centro gravitacional dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, que se cuida aqui de tratar no que se refere ao dever jurídico da Administração Pública de obedecer às garantias fundamentais estatuídas na Constituição Federal sempre que tiver que punir seus servidores públicos.

A referência aos direitos fundamentais é fundamental para a compreensão do papel nuclear dos princípios, visto serem os norteadores da garantia constitucional da dosimetria da punição disciplinar. Por esta razão, cumpre aqui por em destaque as duas doutrinas contrapostas que se esmeraram em tratar desses direitos. Essas doutrinas são de Georg Jellinek e Luigi Ferrajoli. O primeiro, inspirado no positivismo, concebe os direitos fundamentais como um status, ou uma situação do indivíduo frente ao Estado, concedente de tais direitos; o segundo, ao contrário, de inspiração jusnaturalista, considera que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, que os contrapõe ao Estado como dever jurídico deste em garanti-lo.

A fundamentação dos direitos fundamentais recebeu decisiva contribuição de Jellinek com sua teoria dos status, que os classificou em quatro níveis: status passivo, status negativo, status positivo e status ativo. Com Jellinek e sua concepção do Estado como potestade, o

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

indivíduo se encontra em uma relação “sujeição ao Estado [...] no âmbito da esfera de obrigações individuais”, conforme a leitura de Robert Alexy.⁷⁰ De acordo com sua doutrina, o indivíduo, membro de uma determinada sociedade, encontra-se vinculado ao Estado mediante determinados status distintos:

1. Passivo (*status subjectionis*). O indivíduo se encontra em uma relação de “sujeição ao Estado [...] no âmbito da esfera de obrigações individuais”. Alexy assinala duas interpretações que se extrai desse teor:

De acordo com a primeira, o fato de que *a* se encontra no status passivo significa simplesmente que existe *algum* dever ou proibição estatal [...]. De acordo com a segunda interpretação, o status passivo de uma pessoa é composto pela *totalidade* ou pela classe dos deveres e proibições que o Estado lhe impõe ou da totalidade ou da classe dos deveres e proibições para cuja imposição o Estado tem competência.⁷¹

2. Negativo (*status negativus* ou *status libertatis*). É composto de faculdades que possui o indivíduo perante o Estado, em suma, de ser livre e desembaraçado para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e de exigir do Estado que não obste o exercício desse direito, status esse visto no Estado Liberal, por meio dos Direitos de Defesa (ou de Liberdade), que são, normalmente, direitos civis de primeira geração (liberdades negativas). Alexy observa que, “segundo Jellinek, o status negativo está protegido pela pretensão do indivíduo ao seu *reconhecimento* e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada”.⁷²

3. Positivo (*status positivus* ou *status civitatis*). O indivíduo tem assegurado o direito de exigir do Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades. É encontrado no Estado Social, por meio dos Direitos de Prestação, que, geralmente, são direitos de segunda dimensão (liberdades positivas). Alexy recorda Jellinek quando este diz que referido status constitui “as pretensões jurídicas individualizadas”, qual seja, “a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado”. E destaca as três pretensões básicas do status positivo: as pretensões à proteção jurídica, à satisfação de interesses e à consideração de interesses.⁷³

⁷⁰ Segundo a leitura de Alexy, “estar em um status passivo nada mais significa que se encontrar em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso, a sujeição”. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, p. 257, *apud* Jellinek.

⁷¹ ALEXY, op.cit., p. 256

⁷² *Ibid*, p. 259-260.

⁷³ JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 124-132, *apud* ALEXY, op.cit. p. 264.

4. Ativo (*status activus*). Assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política. É encontrado no Estado Democrático, por meio dos Direitos de Participação. Nesse status, Alexy *apud* Jellinek, assevera que “devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural”.⁷⁴

Por qualquer ângulo que se possa analisar, a teoria dos quatro status marcou indelevelmente as grandes linhas dos direitos fundamentais ao explicar a natureza de um direito fundamental, e assim, a medida de proteção desse direito pelo Estado. Alexy faz uma análise criteriosa dos status de Jellinek, acentuando que tem

[...] importância central [...] sua caracterização como ‘uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo’. Nesse sentido um status é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como uma relação que qualifica o indivíduo, o status deve ser uma situação, e como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa.”⁷⁵ E ainda esclarece que, por meio das expressões “ser” e “ter”, Jellinek entende a forma pela qual o indivíduo modifica seu status, como ocorre, por exemplo, com o direito de votar, que seria uma “concessão do direito”: por meio da concessão do direito de votar e do direito de livremente adquirir propriedade, modifica-se o status de uma pessoa e, com isso, o seu ser, enquanto a aquisição de um determinado terreno diz respeito apenas ao seu “ter”.⁷⁶

No que pese sua concepção de que os direitos fundamentais são uma “concessão do direito”, e não uma garantia da própria pessoa humana, a teoria de Jellinek abre novos horizontes, pois surge justamente em um momento de grandes ambições teóricas do positivismo e o sucesso das ciências naturais. Com Jellinek, essa preocupação de buscar uma gênese do Estado a partir de seus fins e limitações abre um vasto campo de debate e de novos paradigmas no direito. Ulrich Preub, citado por Alexy faz o seguinte apontamento sobre Jellinek:

Atualmente não há mais a necessidade de fundamentar que a dimensão liberal ‘clássica’ dos direitos fundamentais – o *status libertatis*, segundo a teoria de Jellinek – não se esgota em sua função de limitação do poder de dominação estatal. Prevalece a compreensão segundo a qual os direitos de liberdade da Constituição alemã postulam espaços sociais de liberdade

⁷⁴ Ibid., p. 268.

⁷⁵ “Teoricamente, a personalidade é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Assim, juridicamente ela é uma situação, um status.” (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 83). JELLINEK *apud* ALEXY, op. cit. p. 225.

⁷⁶ Ibid., p. 255.

organizada, sem que haja, no entanto, um acordo acerca das consequências dessa constatação.⁷⁷

Mas o próprio Alexy não perde de vista que, "a despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências, a teoria dos status de Jellinek é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais".⁷⁸ No que diz respeito à área de estudo deste trabalho, os quatro status de Jellinek são importantes para o aprofundamento dos direitos fundamentais e sua compreensão como elos determinantes entre o Estado e os fins para os quais foi destinado.

Luigi Ferrajoli, jurista italiano focado no estudo dos direitos fundamentais, pertence à geração que se dedicou a criticar o positivismo e sua concepção estreita de norma como regra, bem como de direito e Estado como concedentes dos status a que se refere Jellinek. Pode se principiar as ideias de Ferrajoli quando ele conceitua direitos fundamentais com “uma definição teórica, puramente formal ou estrutural” como sendo “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”.⁷⁹ Em oposição aos direitos patrimoniais, que são singulares e disponíveis, Ferrajoli acentua que os direitos fundamentais são universais e indisponíveis:

Mais de uma vez insisti sobre esta distinção e contraposição entre a universalidade dos direitos fundamentais e a singularidade dos direitos patrimoniais e sobre as opostas incompreensões determinadas da sua confusão indistinta categoria dos direitos subjetivos: de um lado a valorização liberal dos direitos reais de propriedade como direitos fundamentais do mesmo tipo dos direitos de liberdade; por outro lado a desvalorização marxista dos direitos de liberdade pelo de valor associado à propriedade.⁸⁰

Ferrajoli faz uma cuidadosa definição de direitos fundamentais ao fornecer quatro respostas ao perguntar o que se quer dizer quando se pergunta de direitos fundamentais. a) A primeira é do ponto de vista da *justiça*, e que para ele significa se referir aos valores, ou a justificação, assim “são fundamentais, de acordo com tais critérios ou bases, todos os direitos que garantem o necessário para cumprir aqueles valores ou princípios de justiça”.⁸¹ b) A segunda, do ponto de vista da *validade*, exige responder quais direitos fundamentais estão

⁷⁷ ALEXY. Op. cit., p. 272.

⁷⁸ Ibid., p. 272.

⁷⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 9.

⁸⁰ Ibid., p. 98.

⁸¹ Ibid., p. 90.

definidos no direito positivo, portanto, “designa a fonte ou fundamento jurídico positivo”.⁸²c) A terceira, do ponto de vista da *efetividade* busca responder quais direitos são efetivos “e se afirmaram com fundamentais”.⁸³d) Por fim, a quarta – e a mais importante, segundo ele – se refere ao ponto de vista da teoria do direito, e que busca dar uma definição de direitos fundamentais como sendo “aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir”.⁸⁴

Na sequência de sua teoria, Ferrajoli, por meio de um contraste com os direitos patrimoniais, dá sensível nitidez aos direitos fundamentais estabelecendo as seguintes diferenças: a) A primeira é que, enquanto os direitos patrimoniais são singulares e exclusivos, os direitos fundamentais são universais e inclusivos;⁸⁵b) conexa à primeira, a segunda diferença é que os direitos patrimoniais são, por natureza, disponíveis, negociáveis e alienáveis, ao passo que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos;⁸⁶ c) Consequência da segunda, a próxima diferença diz respeito à “estrutura jurídica dos direitos”, qual seja, os direitos patrimoniais são *predispostos* por normas, enquanto os direitos fundamentais são *dispostos* por normas.

Ou seja, como os direitos patrimoniais são disponíveis, as normas os dispõem a serem ou não realizados conforme o interesse do indivíduo, assim, “contrariamente aos direitos fundamentais, eles são sujeitos a acontecimentos, ou seja, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos”, já os direitos fundamentais são eles mesmos normas, pois “identificam-se com as mesmas normas ou regras gerais que os atribuem: a liberdade de manifestação de pensamento, por exemplo, é, na Itália, disposta pelo art. 21 da Constituição, e não é outra coisa que a norma por esse artigo expressa”.⁸⁷

Ferrajoli acentua que os direitos fundamentais, quando postos em contraste com os direitos patrimoniais, trazem uma percepção mais nítida não só da superioridade dos direitos indisponíveis, como desnuda, em essência, a razão de ser do Estado – a garantia da efetividade desses direitos.

E essa diferença estrutural está relacionada a uma circunstância essencial: os direitos fundamentais são *dispostos* imediatamente por normas, ou seja, por regras gerais e abstratas; os direitos patrimoniais são, ao contrário, *predispostos* por normas, como efeitos dos atos singulares, tipicamente negociais, por eles previstos. A liberdade de expressão, como

⁸²FERRAJOLI, op. cit., p. 90.

⁸³Ibid., p. 90.

⁸⁴Ibid., p. 92.

⁸⁵Ibid., p. 20.

⁸⁶Ibid., p. 21.

⁸⁷Ibid. p. 23

o direito de voto ou direito à saúde, por exemplo, são imediatamente dispostos pelas normas que os estabelecem. Os direitos de crédito ou os direitos reais de propriedade, pelo contrário, não são gerados diretamente pelas normas que lhes preveem, mas são por estas predispostos como efeitos dos atos negociais por essas hipnotizados. [...] Compostos por normas, que estão estabelecidos em constituições rígidas supra-ordenadas à legislação ordinária, esses direitos, não só são indisponíveis, como também funcionam como limites e restrições à legislação e, mais em geral, ao poder político da maioria, que não pode derogá-los.⁸⁸

Com efeito, essa distinção de Ferrajoli entre direitos fundamentais e patrimoniais permite elevar o status da vida, da liberdade e dos direitos sociais como uma categoria de bens jurídicos que devem ficar no ápice da pirâmide de direitos, tutelados por normas constitucionais imunes à deliberação da maioria parlamentar ou plebiscitária.

Decorrente dessa compreensão, opera-se uma virada constitucionalista na concepção de direitos fundamentais e suas garantias, modificando o paradigma clássico do positivismo, que é a confusão do direito com sua positivação na ordem jurídica.

Depois de uma sumária revista dessas duas doutrinas, é possível demarcar os grandes divisores das escolas jurídicas: o velho e novo positivismo jurídico, aquele, da matriz do cientificismo das ciências físicas e biológicas, que buscava dar ao direito um caráter de técnica despida por completo da metafísica jusnaturalista;⁸⁹ este, um neopositivismo de nova roupagem, que tem buscado fundamentos para uma revisão tanto do positivismo como do jusnaturalismo.⁹⁰

Desse contraste, percebe-se que envelheceu a concepção dos direitos fundamentais como concessão da potestade do Estado.

2.2 Princípios e regras como componentes inseparáveis da norma

Desde que os juristas do século XIX descobriram os limites da Escola da Exegese em responder à dinâmica da vida social, o direito moderno foi lançado ao desbravamento de

⁸⁸ FERRAJOLI, op.cit., pp. 98-99.

⁸⁹ Sob o influxo da ascensão das ciências naturais e sua aplicação disseminada na tecnologia, o positivismo jurídico tinha sete características marcantes: 1) identificação do direito com a lei; 2) a ordem jurídica não tem lacunas; 3) princípios não são normas; 4) dificuldade para explicar conceitos indeterminados; 5) identidade entre validade e vigência; 6) formalismo jurídico; e 7) falta de tratamento adequado para a questão da legitimidade do direito.

⁹⁰ Quanto ao neopositivismo 1) ao contrário da Escola da Exegese, a norma jurídica não se confunde com a lei; 2) a ordem jurídica possui lacunas, e que são preenchidas pelo princípios; 3) princípios são normas de vinculação imediata; 4) princípios solucionam conceitos indeterminados mediante o controle de ponderação efetuado pela proporcionalidade, composta de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

novas fronteiras do pensamento jurídico. O neopositivismo, reconhecido no mundo jurídico como a mais imponente inovação teórica no século XX depois de Hans Kelsen, sobressaiu-se a partir de meados do século passado com a teoria de que os princípios não se reduzem à mera força inspiradora do intérprete no momento de aplicar a norma, elaborando a teoria de que o princípio é o conteúdo imanente da norma, no que viria a ser uma resposta às lacunas não preenchidas pelas velhas escolas do direito.

Certamente, o traço mais marcante que ganharam as teorias que buscavam imprimir a maior normatividade e força vinculante possível aos princípios se deve às teorizações que se seguiram na Alemanha desde que o Tribunal Constitucional, em 14 de fevereiro de 1973, decidiu que “as decisões do juiz tem que se basear na argumentação racional”. Robert Alexy faz esse apontamento em seu clássico, e que consiste em notável estudo da jurisprudência alemã.⁹¹

A crise do método subsuntivo estava insustentável, tendência ideológica que marcou os juristas do pós-guerra, como Radbruch, que fez importante guinada em seu pensamento estritamente marcado pela subserviência à regra.⁹²

Por certo, o método foi, é e continuará a ser a etapa necessária da aplicação da norma, mas a crise moral do nazismo na Alemanha foi tão profunda e decisiva, que não restou, como diz, pedra sobre pedra do edifício teórico que se frutificou na Itália e na Alemanha nos anos vinte aos quarenta, do período chamado de “entre guerras”.

Essa evolução da concepção dos princípios como normas constitucionais, permeado por uma sucessão de escolas notáveis, vai precisar alcançar no século XX uma força aglutinadora para responder ao instigante e complexo século das guerras e dos grandes conflitos sociais; o surgimento dos direitos da mulher; os direitos difusos; e as novas relações entre os Estados e os costumes dos povos, entrelaçados com uma velocidade de tirar o fôlego. Nesse ambiente, não havia mais lugar para a norma vista como puro regramento.

Os princípios vão encontrar uma recepção praticamente geral com a criação dos tratados internacionais que elevaram os direitos fundamentais à condição de direitos humanos

⁹¹ Alexy, op. cit. p. 13.

⁹² “Debemos buscar la justicia y atender al mismo tiempo a la seguridad jurídica, porque es ella misma una parte de la justicia, y volver a construir de nuevo um estado de derecho que satisfaga em lo posible ambos pensamientos. La democracia es por certo un valioso bien, el estado de derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira, y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el estado de derecho”. RADBRUCH, Gustav. op. cit., p. 51-52.

de proteção universal, inclusive os chamados direitos de solidariedade, de biogenética, cunhados pela doutrina como “terceira e quarta geração de direitos”.⁹³

Com a universalização dos direitos humanos após a criação da ONU, o próprio Planeta, até mesmo de um ponto vista geográfico, deixava de ser visto como um aglomerado de regiões para ser concebido como um único ecossistema.⁹⁴ Pela primeira vez, esse ideário humanista era transmitido por ondas eletromagnéticas a bilhões de seres humanos simultaneamente. Surgia a terceira geração de direitos. Um mundo sem fronteiras, neste particular aspecto, não era mais uma questão de utopia versus realidade. Tratava-se de uma necessidade imperiosa. E aqui vale constatar, apenas *en passant*, que a passagem da segunda geração de direitos para a terceira (direitos difusos) e desta, para a quarta (direitos da biodiversidade), e os constantes avanços tecnológicos, estão encurtando também os espaços divisórios entre o direito público e o direito privado.

A preocupação de dar aos princípios⁹⁵ o caráter de parte essencial da composição da norma jurídica, isto é, de compreendê-la como o resultado da soma de princípios e regra, fez com que a segunda metade do século XX fosse o advento do romper decisivo do impasse entre regras e princípios; de se constituir como o momento em que se acelerou e se aprofundou a discussão acerca da necessidade de se encontrar respostas que a estrutura

⁹³ A primeira geração, direitos negativos de liberdade; segunda geração, direitos positivos de igualdade; terceira geração, direitos de fraternidade.

⁹⁴ A propósito, uma das razões de ser dos direitos de quarta geração.

⁹⁵ Bacelar Filho aponta o estudo da ministra do STF Carmen Lúcia Antunes Rocha acerca dos princípios, que se caracterizariam pela a) generalidade (não pontuam com especificidade e minudências hipóteses concretas de regulações jurídicas); b) primariedade (deles decorrem outros princípios que são subprincípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, no sistema constitucional); e a c) dimensão axiológica (em decorrência do conteúdo ético de que são dotados). Em função da primariedade, “atuam como estacas da construção jurídica que sobre eles se constrói e em seus conteúdos se sustenta. Funcionam como ponto de partida de toda interpretação, condicionando o sentido e valoração atribuída às demais regras constitucionais. Trata-se da primariedade lógica, porque mantêm a congruência e a compatibilidade das normas pertencentes ao ordenamento jurídico e primariedade ideológica, fornecendo a ideia de direito, ligando-se ao ideal de justiça de uma sociedade em concreto. Primariedade não é sinônimo de superioridade hierárquica. Os princípios constitucionais estão no mesmo plano hierárquico-normativo das regras constitucionais. Vigora, no sistema brasileiro, o princípio da unidade normativa da Constituição, o que não impede a afirmação da hierarquia axiológica dos princípios constitucionais sobre as regras constitucionais. Os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional. Nem seria legítimo falar em sistema constitucional sem admitir esta funcionalidade. Afinal, sistema é mais do que conjunto de normas, é conjunto qualificado pelo interrelacionamento e ordenação. Por consequência, através dos princípios, as regras constitucionais são costuradas uma às outras para formar um sistema constitucional. Os princípios constitucionais possuem marca distintiva, embora atuem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se em base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana. Em sua interação recíproca, ocorrem deslocamentos compreensivos, ou seja, modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro. Tais relações explicam a necessidade de estabelecer operações de concordância prática: não se admitem sacrifícios unilaterais de um princípio em relação a outro, antes, reclama-se a harmonização. “É dizer, não é possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo”. BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147-149.

kelseniana da norma como regra capaz de abarcar todo objeto do direito não conseguia atender.⁹⁶

Cumprir neste trabalho fazer coro a essas iniciativas, que apostam na civilização, acreditam na humanização das relações sociais e na racionalidade da atuação do Estado em sua missão de proteger a cidadania da insensatez e horrores daqueles que detêm o poder de punir.

2.2.1 Distinção de princípios e regras

Para se compreender o papel estruturante dos princípios e sua estreita relação com os direitos fundamentais,⁹⁷ é de rigor rever a distinção entre princípios e regras que lhe deu o neopositivismo. Nesse sentido, tem sido robusta a doutrina que busca distinguir princípios de regras. O direito tinha que ser submetido a reexame acerca da questão da validade das normas injustas. Mario G. Losano relembra Kelsen quando este diz que “o fundamento da validade de uma norma pode ser somente a validade de outra norma”.⁹⁸ Losano, ao criticar essa tautologia da validade explicada pela própria validade, lembra que “Hans Kelsen não é um monista: ou seja, por que colocou entre os fundamentos da sua doutrina o axioma neokantiano que impõe manter separado o ser do dever ser.”⁹⁹

Referência ímpar do constitucionalismo português, Jorge Miranda fundamenta o papel preambular dos princípios no Estado Democrático de Direito, uma vez que cumprem:

1. Ação imediata, quando diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais;
2. Ação mediata, quando funcionam como: a) critérios de interpretação e integração (dando coerência geral às normas que o constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente);
3. Servem de elementos de construção e qualificação do sistema constitucional;
4. São dotados de função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em razão da sua maior

⁹⁶ O fato é que a nova ordem mundial surgida em 1945, com a União Soviética polarizando com os EUA uma nova geopolítica, o direito recebeu novas discussões do campo da filosofia, como o existencialismo francês; da arte e das letras, como o multiculturalismo da pós-modernidade, movimentos esses que arrogaram para si a quebra de paradigmas clássicos. O Estado e seu poder de vigiar e punir esteve no centro de muitos debates, como exemplifica os estudos de Michel Foucault e seu clássico *Vigiar e Punir, a História da Loucura*, e outros. No que toca dizer, muitos juristas de envergadura se filiam ao campo de estudo oposto ao dos liberais e sua idolatria ao Deus-Mercado, e defende-se um Estado cada vez mais submetido ao regramento racional e libertário que, desde a forma abstrata de Kant e dos contratualistas do século XVIII, ainda há de ser um feito histórico almejável o de alcançar um Estado sob estrito controle da sociedade, livre de grupos sectários de qualquer tintura ideológica.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 434.

⁹⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e Estrutura no Direito*, v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 99/100.

⁹⁸ LOSANO, op. cit., p. 99/100.

⁹⁹ Ibid., p. 100.

indeterminação ou generalidade e da força expansiva que possuem, o que permite a interpretação evolutiva, sugerindo novas formulações ou normas que melhor se coadunem com as idéias de Direito inspiradoras da Constituição.¹⁰⁰

O constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, reconhecido ao lado de Jorge Miranda como um dos mais importantes juristas de Portugal, elaborou cinco critérios para diferenciar regras e princípios:

1. Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; 2. Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta ;3. Grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);4. Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados na ideia de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ideia de ‘direito’ (Larenz); as regras podem ser norma vinculativas com um conteúdo meramente funcional; 5. Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹⁰¹

Ronald Dworkin, referência obrigatória na teoria dos princípios, considera a diferença das regras com os princípios fundada no seguinte: enquanto as regras se definem a partir de uma escolha entre tudo ou nada (*all-or-nothing*), os princípios se fundam sob a lógica da dimensão de peso (*dimension of weight*).¹⁰² A doutrina é corrente em apontar os estudos pioneiros de Dworkin, em 1967, acerca do caráter principiológicos das normas. Fez uma elaborada e aplaudida crítica do positivismo de Hart na Universidade de Oxford, quando afirmou que estava apresentando:

¹⁰⁰ Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 434, *apud* Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 166/167.

¹⁰² Em suas próprias palavras, afirma R. Dworkin, “regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão. Diversamente, com os princípios, em um caso concreto, a sua aplicabilidade não se apresenta de forma obrigatória, pois, nem mesmo os princípios que mais se aproximam de uma regra estipulam consequências jurídicas que se devam seguir automaticamente quando presentes as condições previstas em seu conteúdo”. Ronald Dworkin, *apud* GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *Revista Consultor Jurídico*, 5 de novembro de 2012.

[...]“um ataque ao positivismo” e quando disse que “os juristas raciocinam ou debate a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.¹⁰³

Alexy, desenvolvendo a teoria depois de Dworkin, fez um estudo memorável sobre os direitos fundamentais a partir da jurisprudência da Corte Constitucional alemã defendendo a tese de que os princípios funcionam como mandamentos de otimização:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.¹⁰⁴

Robert Alexy trouxe novos contornos e acentuou ainda mais a diferença entre as normas “quanto à colisão” e “quanto à obrigação que instituem”.¹⁰⁵¹⁰⁶ Assim, por exemplo,

¹⁰³ O ataque de Dworkin ao positivismo assinala um triplo dogma: a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público; b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o ‘direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser decidido mediante a ‘aplicação do direito’; e c) dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp. 27-28, *apud* Sergio Guerra. O princípio da Proporcionalidade na Pós-Modernidade, *in* *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2 abril-maio-junho, 2005.

¹⁰⁴ ALEXY, op. cit. p. 117.

¹⁰⁵ “Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.” [...] “Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras.” [...] “A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja a colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.” ÁVILA Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19.

¹⁰⁶ A teoria de Humberto Ávila não ficou imune à crítica, mas também com discordâncias: “(a) H. Á. insiste repetidamente em que as regras, diferentemente dos princípios, possuem um conteúdo ‘descritivo’.” “Parece óbvio, de fato, que as normas não ‘descrevem’, mas ‘prescrevem o comportamento a que se referem’.” “(b) Sustenta H. Á. que as regras têm por objeto comportamentos, ao passo que os princípios têm por objeto estados de coisas.” “A tese de H. Á. reduz-se, por conseguinte, a isso: os princípios – ou, mais precisamente, muitas normas que se consideram princípios (mas não todas, a meu sentir) – não prescrevem um

quando se depara com “duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana”, é preciso que haja uma “relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios que determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.¹⁰⁷ Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti, diz que “o conflito entre os princípios é solucionado mediante um juízo de ponderação de interesses opostos. Trata-se de qual dos interesses, abstratamente da mesma categoria, tem maior peso no caso concreto”.¹⁰⁸

É importante perceber que essa concepção dos princípios como mandamento de otimização, calcada nos direitos fundamentais como centro de gravidade da ordem constitucional, permite descortinar o verdadeiro sentido da norma, e aproximá-la da realidade, da impenetrável “coisa-em-si” (*dingansich*) que, segundo o neokantiano Kelsen, é impermeável e indiferente ao conhecimento. No campo da validade e eficácia da norma, essa relevância fica mais clara, e diz respeito à forma como se resolve o problema da incompatibilidade entre regras, e entre princípios.

Quando duas regras colidem, diz-se que ocorreu uma antinomia,¹⁰⁹ e a solução dada pela doutrina é a de se aplicar o critério usado para a antinomia das regras, onde apenas uma deve prevalecer.¹¹⁰ São três os critérios usados pela doutrina para solucionar a antinomia das

comportamento preciso, mas somente um fim a ser realizado, deixando discricionariedade sobre os meios (ou seja, os comportamentos a serem observados) necessários para sua realização.” “(c) Segundo H. Á., os princípios – todos se não entendo mal – são normas teleológicas; Essa tese não é persuasiva.” “A teoria geral do direito é uma atividade tipicamente filosófica (no sentido da filosofia analítica, bem entendido): análises da linguagem, construção e reconstrução de conceitos.” ÁVILA, op. cit., p. 19-20.

¹⁰⁷ ALEXY, op. cit., p. 113.

¹⁰⁸ LORENZETTI, op. cit., p. 210.

¹⁰⁹ Termo esse que tem origem na Crítica da Razão Pura de Kant, e diz respeito à sua concepção agnóstica do conhecimento da realidade. Segundo o filósofo, a antinomia é a contradição entre dois enunciados demonstráveis logicamente na mesma medida. Kant defendia que a razão humana incorre inevitavelmente numa antinomia, numa contradição consigo própria, quando tenta sair dos limites da experiência sensível e conhecer o mundo como um todo. São quatro as antinomias por ele enumeradas: 1) O mundo começa no tempo e no espaço e o mundo é infinito; 2) Qualquer substância complexa é composta por coisas simples e no mundo não há nada simples; 3) No mundo existe a liberdade e tudo obedece apenas às leis da natureza; 4) Existe determinado ser necessário (Deus) como parte ou causa do mundo e não existe nenhum ser absolutamente necessário. Essas antinomias serviram de importante argumento ao agnosticismo kantiano, pois, segundo Kant, indicavam à razão os limites das suas possibilidades e, deste modo, preservavam a fé dos atentados da razão. Ao mesmo tempo, na doutrina das antinomias Kant constatava a objetividade das contradições no pensar cognoscitivo, o que contribuiu para o desenvolvimento do pensamento de Hegel, que assinalava o caráter formal e limitado das antinomias de Kant. Segundo Hegel, o defeito das antinomias, como, de resto, da lógica formal de Kant, é não perceber que é “próprio de tudo na realidade ser uma unidade de determinações opostas” HEGEL, G.W.F., *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio*, v. I, A Ciência da Lógica, São Paulo: Loyola, 1995, p. 121.

¹¹⁰ Norberto Bobbio, em sua Teoria da Norma Jurídica e posteriormente, Teoria do Ordenamento Jurídico, elabora um consistente estudo acerca das antinomias entre as normas, apontando que: 1. Se duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia será sub-total: em nenhum caso uma das duas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; 2. Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade

regras: 1) hierárquico, prevalece a norma superior sobre a inferior; 2) cronológico, a norma posterior revoga a anterior;¹¹¹ e 3) especialidade, onde a norma especial afasta a geral.¹¹²

Já no caso da colisão de princípios, a solução é completamente diferente. Os princípios nunca perdem a validade e a eficácia quando são incompatíveis entre si, pois não são, como as regras, exclusivos, e se resolvem por critérios de prevalência. O princípio é afastado provisoriamente, apenas para uma dada situação singular e concreta, e continua válido. Um princípio, nesse sentido, vale tanto quanto outro, e apenas no momento de sua aplicação é que se revela se deve ou não ser reconhecido quando colidir com outro, de modo que, de fato, seu afastamento pode ser total, ou parcial, sendo que neste caso, ambos são aplicados, porém em grau e peso diferente. Na esteira de Alexy, quando dois princípios incidem ao mesmo tempo na aplicação da norma ao caso concreto, a solução se opera mediante a “lei do sopesamento”, que significa escolher aquele que atinge o mais alto grau de satisfação, verbis:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios nada mais é que o sopesamento. A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.¹¹³

A teoria – ou fórmula – do sopesamento de princípios colidentes não passou sem críticas, como a Habermas, interlocutor do procedimentalismo,¹¹⁴ que considera a técnica do

em parte igual e em parte diferente, será parcial-parcial: cada um das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe; 3. Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, será total-parcial: a primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda, e a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

¹¹¹ Nesse sentido, o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹¹² Vide nota 110.

¹¹³ ALEXY, Op. cit., p. 593-594.

¹¹⁴ Habermas sustenta que conceitos de justiça e da moral, abstratamente considerados, escapam a um exame objetivo e consensual, de forma que precisam estar atrelados ao estabelecimento de um procedimento fundado e legitimado por critérios democráticos, pois somente assim dariam legitimidade a tais valores e asseguraria as bases da convivência social, verbis: “[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o processo. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 213.

sopesamento desprovida de “controle racional”, e acredita que “abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes”, conforme a eles se reporta Alexy, que pondera: “Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”. Ocorre que, para Alexy, “elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.”¹¹⁵

Com efeito, a irracionalidade ou o “decisionismo” somente teria fundamento caso “o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferência e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso [...]”¹¹⁶ Contudo, Alexy assegura que o sopesamento pode ser fundamentado a partir de um “modelo” racional, e que não se confunde com o modo decisionista submetido a um “processo psíquico não controlável racionalmente”, que se distingue do modelo fundamentado, pois este conduziria a um sopesamento racional. Essa racionalidade, exemplifica, permitira “recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas”, de modo que poderia muito bem ser aferida mediante critérios que são inclusive próprios daqueles usados para “fundamentação de regras semânticas criadas para tornar conceitos vagos mais precisos[...]”. Por conseguinte, afirma que bastaria “pensar em um caso no qual uma interpretação estrita de um conceito teria como consequência uma menor proteção de um direito fundamental, enquanto a interpretação extensiva do mesmo conceito levaria a uma maior proteção desse direito”.¹¹⁷

Os diferentes ângulos pelos quais se tem abordado a distinção entre princípios e regras tem servido para fortalecer o papel das normas constitucionais sob novos paradigmas. É o que se verá a seguir com a doutrina de Humberto Ávila.

2.2.2 A teoria dos princípios de Humberto Ávila

Para Humberto Ávila, a distinção entre regras e princípios deve ser vista sob o enfoque de que tanto a regra como o princípio possuem atributos convergentes. Como exemplo, ele cita a igualdade – por ele concebida como um postulado –, que pode ser vista tanto como regra como princípio, dependendo da situação em que ela é aplicada:

¹¹⁵ ALEXY, op. cit., p. 163-164.

¹¹⁶ Ibid., p. 164.

¹¹⁷ Ibid., p. 166.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como o fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão sem fim).” [...]“Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o *critério da idade*: devem ser tratadas de modo diferente para votar nalguma eleição, se uma tiver atingido a maioria não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade. Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o *critério do sexo*: devem ser havidas como diferentes para obter licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo. Do mesmo modo, duas pessoas podem ser compreendidas como iguais, ou diferentes segundo o *critério da capacidade econômica*: devem ser vistas como diferentes para pagar impostos, se uma delas tiver maior capacidade contributiva; são tratadas igualmente para votar e para obtenção de licença-maternidade, porque a capacidade econômica é neutra relativamente à concretização dessas finalidades.¹¹⁸

Em virtude dessa diversidade de situações, “não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio”, isto porque, “essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.”¹¹⁹ O jurista gaúcho dá um tratamento notável e conclusivo à sua teoria, realçando o caráter fundante da proporcionalidade e da razoabilidade. Ao longo da obra, se debruça sobre a árdua tarefa de distinguir princípios das regras, inclusive tomando em conta o pensamento de Josef Esser, Karl Larenz, Canaris, Ronald Dworkin, Alexy e outros.¹²⁰ Karl Larenz acentua que a força

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 192-193.

¹¹⁹ “Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.” ÁVILA, op. cit. pp.54-55.

¹²⁰ “Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.” Ibid., p.55.

normativa aos princípios decorre da impositividade que possui.¹²¹ De Canaris, sobressai duas características que opõe princípios e regras: o caráter axiológico e dialético dos princípios.¹²²

Humberto Ávila, portanto, demonstra que não há regras e princípios antes da interpretação. Para ele, o que caracteriza os princípios e os distingue das regras não é a indeterminação, pois as regras também não fogem dessa condição.¹²³ Distinguidas notadamente pela teoria de Dworkin¹²⁴ e Alexy, regras e princípios, possuem mais pontos em comuns do que supõe o vasto estudo doutrinário dos últimos cinquenta anos. Passa-se em revista sumária os pontos mais relevantes.

Segundo Ávila, seria equivocado afirmar que os princípios se distinguem das regras devido à sua estrutura lógica, qual seja, que estas teriam uma estrutura condicional não existente nos princípios. Assim, o clássico silogismo dedutivo de Kelsen, que opõe no enunciado normativo um fato suposto à uma consequência lógica (Se A, B deve ser), não seria uma propriedade exclusiva da regra. Também os princípios podem ser interpretados nesse

¹²¹ “Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e uma *consequência jurídica*. Daí porque os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.” Ibid., p. 56.

¹²² “Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com as outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.” Ibid., p. 57.

¹²³ “O que caracteriza os princípios e os distingue das regras não é a indeterminação (também as regras são afetadas por essa); não é a estrutura lógica (também os princípios podem ser reconstruídos em forma condicional); não é a defectibilidade (também as regras são defectíveis); não é nem mesmo o modo de aplicação (também as regras estão sujeitas à ponderação).” [...] “Tudo somado, a única característica realmente distintiva dos princípios em relação às regras é sua posição no ordenamento: seu caráter ‘fundamental’, sua capacidade de justificar axiologicamente outras normas (que por sua vez, podem ser regras, mas também princípios, por assim dizer, de estatura inferior).” Ibid., 17-18.

¹²⁴ “A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*).²² Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.²³ Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.²⁴ Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy.” Ibid., p. 57-59.

sentido. Ávila não despreza essa característica ínsita na regra, mas demonstra que os princípios também podem ter sua incidência condicionada pelo silogismo lógico.¹²⁵

Outro equívoco seria quanto ao “modo final de aplicação”. Enquanto para Dworkin as regras são aplicadas a partir do tudo ou nada (*all-or-nothing*), e os princípios, mediante um critério de sopesamento (mais ou menos), Ávila sustenta inicialmente que o modo de aplicação não vem determinado pelo texto da norma, mas depende de “conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação”.¹²⁶ Um exemplo citado seria a norma do inciso II do art. 37 da Constituição Federal que exige concurso público para investidura em cargo ou emprego público, tratada e aceita como regra. No entanto, em um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o dispositivo foi interpretado privilegiadamente como princípio quando a Corte examinou a existência ou não de improbidade administrativa no fato do chefe do Executivo de um determinado município ter efetuado contratação no lugar de concurso para uma função que deveria ser exercida por ocupante de cargo público. Por se tratar de uma função de gari exercida por um único cidadão, o STF entendeu que não tinha havido prejuízo, e considerou “atentatório à ordem natural das coisas, e, por conseguinte, ao princípio da razoabilidade, exigir a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de atividade de menor hierarquia.”¹²⁷ Nesse caso:

A regra segundo a qual é necessário concurso público para contratação de agente público incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (invalidade da contratação e, em razão de outra norma, prática de ato de improbidade) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (proteção do patrimônio público). Dito de outro modo: segundo a decisão, o patrimônio público não deixaria de ser protegido pela mera contratação de um gari por tempo determinado.¹²⁸

Uma terceira situação é a tentativa de alguns autores de distinguirem os princípios das regras pelo modo como funcionam em caso de “conflito normativo”, solucionado pelo critério da ponderação ou balanceamento. A crítica aqui se manifesta contra a afirmação comumente aceita de que:

¹²⁵ “O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributos, *então* só pode haver cobrança no exercício seguinte àquele em haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro da cobrança, ou como *princípio* se o aplicador concretizá-lo com a finalidade de realizar o valor *previsibilidade* para proibir o aumento de tributo quando o contribuinte não tenha condições objetivas mínimas de conhecer o conteúdo das normas que estará sujeito a obedecer ou para postergar o reinício da cobrança de tributo cuja isenção foi revogada no curso do exercício financeiro.” ÁVILA, op. cit. p, 63.

¹²⁶ Ibid., p.66.

¹²⁷ STF -2ª Turma, HC 73.662-9-MG, rel. min. Marco Aurélio, j.21.5.1996, DJU 20.9.1996.

¹²⁸ ÁVILA, op. cit., 67

[...] a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionado entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.¹²⁹

Enquanto que Dworkin entende que na incidência de princípios conflitantes deva prevalecer aquele com peso relativo maior, Alexy opõe a eles “deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.”¹³⁰ Para Ávila, todavia, “a ponderação não é critério privativo de aplicação dos princípios”, uma vez que “também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados”.¹³¹ Exemplo por ele apresentado: colisão de norma ética da medicina impondo o dever de dizer toda a verdade ao paciente sobre sua doença, com outra norma que impõe o dever do médico de utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Ávila então questiona: “Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve omitir ou dizer a verdade?”¹³²

Trata-se de uma demonstração, segundo Ávila, de que “o conflito de regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios.”¹³³ E conclui que os princípios, nesses casos, “também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento”, evidenciando que o conflito de regras não se dá exclusivamente no plano abstrato, e que “não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a um delas”, mas por se tratar de um conflito concreto entre as regras”, a solução está em “atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ouse sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação dada pelo Poder Público às suas receitas.”¹³⁴

A essência de sua teoria acerca da distinção entre regras e princípios tem o seguinte teor, que vale realçar:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

¹²⁹ Ibid., p. 73.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Separata 1/59, apud ÁVILA, op. cit., p. 73.

¹³¹ ÁVILA, op. cit., p. 74.

¹³² Ibid., p. 75.

¹³³ Ibid., p. 75.

¹³⁴ Ibid., p. 75.

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹³⁵

Por fim, vale assinalar o aspecto talvez mais polêmico de sua obra, que consiste em conceber a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade não como princípios, mas como postulados. Ávila considera que, ao contrário dos princípios, os postulados atuariam com função estruturante dos demais princípios e regras existentes em todo o ordenamento constitucional.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam nem metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.¹³⁶

Não obstante a tese de postulados de Ávila, é preciso considerar sua teoria notável por imprimir à proporcionalidade e à razoabilidade uma relevância ímpar na função de orientar e estruturar a aplicação dos demais princípios, bem como das regras que compõem o ordenamento constitucional principalmente no que se refere ao objeto do presente trabalho, que consiste precisamente em defender a tese de que a dosimetria da penalidade disciplinar é uma garantia constitucional fundada no princípio da dignidade humana e no devido processo legal.¹³⁷

¹³⁵ ÁVILA, op. cit., p. 225.

¹³⁶ Ibid., p. 164.

¹³⁷ A propósito, vale observar que o próprio Ávila, ao querer chamar a atenção para o conteúdo de sua teoria, considera o emprego de sua terminologia irrelevante, *verbis*: “Neste trabalho eles são denominados de *postulados normativos aplicativos*. A denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade”. Em defesa de sua tese, reporta-se ao uso da denominação pelo ministro Luiz Fux: “Os postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais, que impõem a vedação a que o intérprete inutilize comandos normativos estabelecidos na Carta Constitucional de 1988, têm por

A relevância de sua doutrina se manifesta na forma criteriosa com que trata, por exemplo, a razoabilidade, melhor examinada como um triplo dever: de equidade, de congruência e de equivalência. Sem perder de vista ainda a clareza com que esse critério por ele aprofundado permite uma distinção mais precisa entre a razoabilidade e a proporcionalidade, aquela vista como uma relação de horizontal de equiparação, esta, como relação vertical de causalidade entre o meio e o fim pretendido pela atuação estatal.

Com efeito, somente um aprofundamento da conceituação desses princípios – ou postulados – torna possível uma fundamentação adequada do papel estruturante que exercem no Estado Democrático de Direito.

consequência jusfilosófica que mesmo o melhor dos direitos não pode ser aplicado contra a Constituição”. Ibid., p. 179..

3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

Conforme se verá, enquanto que a proporcionalidade se desenvolveu mais em solo alemão, particularmente a partir de meados do século passado, a razoabilidade se desenvolveria nos países do *common law*.

Tanto um como o outro se entrelaçam, sem se confundirem, para formarem um dos principais vetores principiológicos do Estado Democrático de Direito. Cumpre fazer uma revista sumária de suas origens e seus aspectos conceituais.

3.1 Uma breve retrospectiva da proporcionalidade

Uma ideia inicial de proporcionalidade como critério de ponderação e equilíbrio está estreitamente ligada à própria noção de Estado, pois não existe Estado que não tenha por função exercer alguma forma de poder geral. E todo poder induz à ideia de força organizada e equilibrada em um centro de distribuição de bens jurídicos entre os conflitos de interesses, como exemplo, a liberdade e a propriedade, tal como era tratada no Estado antigo.¹³⁸

A essência do princípio da proporcionalidade diz respeito à forma mais primitiva de organização estatal, e sempre esteve relacionada à ideia de sopesamento, de justa medida, de relação de causalidade entre os meios e os fins a ser perseguidos pelo Estado na distribuição da justiça. De um modo geral, perpassa as diversas formas de Estado e de governo. Nesse sentido, a doutrina de Willis Santiago Guerra Filho:

A ideia subjacente à ‘proporcionalidade’, *Verhältnismässigkeit* [...] confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis. Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta*, de 1215, na qual aparece com toda a clareza manifestada a ideia acima referida, quando estabelece: “o homem livre não deve ser punido por um

¹³⁸ “Dessa forma, os governos da antiguidade eram necessariamente mais fortes que os indivíduos. [...] Na antiguidade, cada cidadão via não só os seus afetos como também seus interesses e destino atrelados à sorte do país. Seu patrimônio ficava arrasado caso o inimigo vencesse a batalha. Uma reversão pública o retirava da classe livre, condenando-o à escravidão. Ninguém tinha meios para movimentar suas riquezas”. CONSTANT, op. cit., p. 588-589.

delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito".¹³⁹

Desses conceitos, vê-se que uma ideia de proporcionalidade como princípio vetor do Estado perpassa os séculos, e na experiência inglesa e europeia dos séculos XII e XVIII, quando surgiram as teorias jusnaturalistas calcadas na metafísica racionalista e empirista do iluminismo proclamando certos direitos como universais, e colocando os homens no centro de gravidade da ordem social, pondo abaixo toda ordem jurídica herdada do feudalismo. Em sentido estrito e sistemático, poder-se-ia dizer que a proporcionalidade é uma construção recente (Alemanha, 1949), onde ganhou status de princípio constitucional, informador dos demais princípios e regulador da atuação estatal frente aos direitos fundamentais. Deve-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal a estruturação sistemática da teoria que serviu de fundamento para uma revisão de muitos conceitos do direito constitucional e administrativo:

"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamenta.¹⁴⁰

Essa construção da jurisprudência alemã influenciou enormemente os estudos do tema em toda a Europa, possibilitando que outros países construíssem uma doutrina e jurisprudência sobre o princípio em questão. Paulo Bonavides diz que "a Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional, embora a respectiva introdução do Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça."¹⁴¹ Observa o eminente jurista cearense que:

Os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no direito constitucional europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais.¹⁴²

¹³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*, São paulo, RCS Editora Ltda, 3ª edição, 2007, p. 57.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *In Curso de Direito Constitucional*. op.cit., 423.

¹⁴¹ BONAVIDES, Op. cit. p. 407.

¹⁴² Ibid., p. 370.

A doutrina costuma referir-se ao emblemático caso *Apothekenurteil*, de 1958,¹⁴³ quando então o Tribunal Constitucional Alemão formulou pela primeira vez os subprincípios nos quais se especifica o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁴⁴ A partir dos anos 60, essa tripartição se torna referência na evolução e consolidação do direito constitucional na Alemanha. Não obstante, essa notável evolução seguiu um longo e lento caminho que se protrai até o século XVIII, na obra de Scheidemantel, *Rupprecht von Kraus* (1775), sobressaindo em seguida os ensinamentos de Karl Gottlieb Svarez ao então futuro rei Frederico Guilherme III.¹⁴⁵

Conforme visto, Robert Alexy se notabilizou pela sua teoria dos direitos fundamentais ao dar importância aos princípios como critérios de solução dos conflitos entre normas, cunhando-os como “mandamentos de otimização”. Na esteira dessa construção teórica, diz que a proporcionalidade forma uma estreita conexão com a teoria dos princípios.¹⁴⁶

Deve-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional a conceituação da proporcionalidade como subdividida em três elementos, ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação como critério que verifica se os meios empregados atingem ao fim almejado; necessidade como a escolha menos gravosa

¹⁴³ Vide nota 195.

¹⁴⁴ A bem dizer, uma noção embrionária de proporcionalidade dos atos estatais já existia desde a Carta Magna de 1215 e do *Bill of Rights* de 1689 na Inglaterra. Sem perder de vista que, “em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. Relativamente ao mesmo período, podemos citar o documento firmado por Afonso IX, em 1188, a ‘Bula de Ouro’ da Hungria (1222), o ‘Privilegio General’ outorgado por Pedro III em 1283 (cortes de Zaragoza) e os ‘Privilegios da União Aragonesa (1286).” SARLET, op. cit., p. 41.

¹⁴⁵ Vitalino Canas menciona que, em obra de 1791, Svarez já identificava como princípio superior do direito público constitucional alemão que “o Estado tem o direito de limitar a liberdade do indivíduo somente na medida necessária a fim de que possa subsistir a liberdade e a segurança de todos”. *O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações*, Coimbra, 1997, p. 328.

¹⁴⁶ “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais’. [...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um só pensamento nos termos da lei de colisão. [...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.” ALEXY, op. cit., pp. 116-118.

para garantia do interesse público e o resguardo dos direitos fundamentais; proporcionalidade em sentido estrito, que observa se a medida a ser imposta traz mais vantagens do que desvantagens.

Esse critério se espalhou desde então pelo direito constitucional e administrativo em numerosos países, sendo acolhida com aplausos pela doutrina de um modo amplo e geral, pois traz no bojo uma nítida diferenciação com o princípio que lhe acompanha inexoravelmente, a razoabilidade.

3.2 A razoabilidade no direito inglês e americano

Em função das peculiaridades da *common law*, o princípio da razoabilidade deita profundas raízes na Inglaterra e nos Estados Unidos, e tal se deve ao papel dos juízes na formação do direito dos britânicos e dos americanos, exercendo uma função que para nossa formação romana, seria muito próxima das atribuições do Poder Legislativo. Contudo, o que é marcante na *common law* são os chamados “precedentes” (*stare decisis*), que tornam vinculante a força dos princípios, obrigando o sistema judiciário a seguir aquilo que já foi assentado pela jurisprudência.

Enquanto que na Alemanha o princípio da proporcionalidade se firmou com maior precisão como critério e fundamento da racionalidade, na Inglaterra e demais países incorporados ao sistema inglês, o fundamento de racionalidade dos atos estatais se manifesta preponderantemente no princípio da razoabilidade (*reasonableness*). No robusto e minucioso apontamento de José Roberto Pimenta de Oliveira, em referência aos estudos de René David:

A *reasonableness* está no centro de uma concepção pela qual ‘o direito é antes de tudo razão, *lex est aliquid rationis*’, concepção abandonada no continente europeu com a doutrina do positivismo legalista no século XIX, hoje tendente a ser retomada, conforme salienta René David. Neste caminho, não há dúvida de que o reconhecimento da normatividade dos princípios e o seu desenvolvimento teórico e prático são responsáveis pelo ressuscitamento da ideia incontestável de que o direito é criado e deve ser amoldado em função das circunstâncias de cada caso, para nele ver consagrada a proteção dos bens jurídicos merecedores de tutela.¹⁴⁷

De tradição secularmente pragmática, racional e metódica, os ingleses não ignoram que o conceito genérico ou subjetivo da razoabilidade não tem lugar na praxe da *common law*,

¹⁴⁷ OLIVEIRA, J. Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

para tanto, impondo-se nesse sistema rigorosa objetividade no exercício da atividade judicante, de modo que da atuação dos juízes sempre se espera que faça “abstração de suas tendências próprias e de suas afinidades pessoais, centrais na categorização subjetivista.”¹⁴⁸

O balizamento desse procedimento se dá através de referências, ou padrões (*standards*) Esses critérios se fazem presentes, como explana Oliveira, no impedimento de uma atuação administrativa sem o rigor de limites à discricionariedade, submetidas à controle de seu exercício. A respeito disso, o autor se reporta a William Wade E Christopher Forsyth, que informa que:

As cortes inglesas ‘têm edificado uma rede de princípios restritivos que impõe o exercício razoável e de boa-fé dos poderes legais (*statutory powers*), em vista exclusivamente de suas próprias finalidades, e de acordo tanto com o espírito quanto com a letra da norma habilitadora’, ao lado de exigências procedimentais rigorosas, encarnadas pelo devido processo legal”, de forma que “atos ofensivos são invalidados simplesmente pela razão de que não estão autorizados. As Cortes pressupõem que o Parlamento não poderia intencionalmente autorizar uma ação irrazoável [...]”.¹⁴⁹

A utilização da *reasonableness* no direito inglês, segundo informa Oliveira, data do século XVI, “firmemente estabelecida como um standard jurisprudencial de controle de legalidade da atuação administrativa.”¹⁵⁰

Enquanto o princípio da proporcionalidade tem sua fonte criativa e evolutiva no direito alemão – conforme já visto, a partir das polêmicas decisões do Tribunal Constitucional alemão a partir de 1949 – o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento no direito dos EUA, marcado indelévelmente pela atuação de seus juízes no controle constitucional de legalidade dos poderes do Estado. Corolário desse controle, ganhou realce à garantia do *due process of law*, instituto embrionário no direito anglo-saxão.

Aqui tem importância observar que o princípio da razoabilidade, em razão do direito anglo-saxão que dá origem ao direito nos EUA, também tem como marco a Carta Magna da Inglaterra de 1215, documento que forma a verdadeira etiologia do direito constitucional e da limitação racional dos poderes do agente do Estado. Uma ordem ancorada no interesse dos proprietários de grandes fortunas, o texto marcou época, ao garantir o que então seria os modernos direitos fundamentais e a proteção da propriedade face ao abuso irracional e desmedido de privilégios do rei. O *due process of law* se origina do *per legem terrae* da Carta Magna, que por sua vez suplantou o termo *law of the land* do Parlamento de 1354; em 1628,

¹⁴⁸ OLIVEIRA, op. cit. p. 67

¹⁴⁹ William Wade E Christopher Forsyth, *Administrative Law*, p. 399, apud OLIVEIRA, op. cit. p. 69.

¹⁵⁰ Ibid., p. 70.

a *Petition of Rights* a Carlos I, na defesa de segmentos financistas da nobreza abastada, que se opôs energicamente a assumir ônus decorrente da emissão de títulos em prol do rei.

A formação da razoabilidade em solo do Novo Mundo da América encontra sua estreita ligação na aplicação da cláusula *Law of the land* e do direito inglês que ocorreu em várias das treze colônias. Também as Declarações de Direitos da Revolução Gloriosa, que se consolida após a guerra de secessão em 1865, formando a base do que viria ser a cláusula do *due process of law*, que ganhou assento após 1787 com a edição das Emendas V e XIV. Traço marcante do nascente constitucionalismo escrito da jovem Nação foi o reconhecimento de que a liberdade mercantil e religiosa tem sua expressão no tratamento igualitário de todos perante a lei. Centro-motivo de uma espetacular atividade política que lhe estendeu o território do atlântico ao pacífico, e uma consequente força industrial e econômica que alçou os EUA a uma das três maiores economias do mundo ainda no século XIX, atividade essa que serve para ilustrar o pano de fundo, por assim dizer, do desenvolvimento no campo do direito, que se notabilizou por estender o poder dos juízes para a palavra final no controle de constitucionalidade e de legalidade, produzindo, efetivamente, o direito e normatizando a partir de seus precedentes. O *due process of law* tornou-se a base da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O conceito substantivo do devido processo legal, nos Estados Unidos (*substantive due process of law*) vem assinalado na doutrina como a vertente que tomou a concepção formal do controle de legalidade para uma vertente material, como importante instrumento de defesa de atuação da própria jurisdição constitucional. A bandeira francesa da igualdade é portadora dessa versão informadora do devido processo legal como metodologia própria da realização da igualdade e garantia dos cidadãos dos direitos individuais. Um governo de juízes, por certo, e que enseja forte controvérsia no direito acerca do poder de dar a última palavra na atuação autônoma da Casa dos Representantes e do Senado, além de exercer o controle dos atos administrativos. Esse descomunal poder dos juízes só poderia se realizar a partir de critérios minimamente objetivados em sistema teórico, em um sistema lógico e racional. Aqui se vê claramente os motivos pelos quais o juízo de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas do *common law* pode se irradiar e exercer maior influência em nosso direito.

3.3 Aspectos conceituais da razoabilidade e da proporcionalidade

A teoria dos princípios formulada por Humberto Ávila, no que pese a polêmica tese de afirmar que tanto a razoabilidade como a proporcionalidade atuam como “postulados”,¹⁵¹ se constituem uma notável contribuição para o aprofundamento e compreensão de seu papel no processo administrativo, particularmente no que se refere à garantia constitucional da dosimetria da pena disciplinar – objeto central deste trabalho.

De início, cumpre assinalar que a natureza jurídica desses dois institutos – se deve ser tratada como “máxima”, princípio, ou postulado, como Ávila – não terá aqui a relevância devida, pois o propósito desta dissertação se circunscreve a demonstrar o fundamento determinante da razoabilidade e da proporcionalidade como garantia constitucional na dosimetria da pena disciplinar.

De qualquer sorte – cumpre ressaltar – a distinção apresentada pelo jurista gaúcho não parece suficiente para retirar-lhes a terminologia de princípios, tal qual sucede com o princípio do Estado de Direito ou da segurança jurídica – estes reconhecidos pelo jurista como princípios, ou melhor, como “sobreprincípios” – pois tal opção apenas demonstra que os princípios se diferenciam por se agruparem em certas classes e possuírem funções deveras distintas, como ocorre com a proporcionalidade e a razoabilidade, sem, contudo, perderem a função de normas, ainda que também aqui Ávila prefira chamá-los de “metanormas”.¹⁵²

Não obstante, sem abandonar a denominação de princípios – por ser escorreita como também de uso tradicional no mundo do direito – este tópico tomará em referência conceitual a teoria de Ávila. Isto porque, ao acentuar com particular distinção a força estruturante que a razoabilidade e a proporcionalidade possuem no interior das normas constitucionais, sua doutrina se revela com admirável propriedade. E esta propriedade se verifica na especificidade que lhe deu ao abordar de forma tripartite o princípio da razoabilidade. De maneira que, como princípio ou postulado, chega-se ao mesmo ponto de partida ou de chegada. É o que se passa a ver.

¹⁵¹ De acordo com sua tese, a razoabilidade e a proporcionalidade seriam “postulados normativos aplicativos” que “instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”. Segundo ele, “os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras [...]” porque estes “são normas de aplicação” já “os postulados são normas que orientam a aplicação de outras”. ÁVILA, op. cit. p. 164.

¹⁵² “[...] os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não interpretação de acordo com sua estruturação. São por isso metanormas, ou normas de segundo grau”. Ibid., p. 177.

3.3.1 Razoabilidade

A razoabilidade é um termo que tem amplo significado, empregado em muitas situações com vários propósitos. De origem latina, o vocábulo vem de *racionalitas* e *racionalis*, do radical *ratio*, que “além de contar e calcular, significa pensar, avaliar, julgar, ser de opinião, conforme assinala J. Roberto Pimenta Oliveira.¹⁵³ Desse modo, prossegue Oliveira, “desde o seu aparecimento, o *razoável* liga-se à utilização da faculdade de analisar, ponderar, conjecturar, argumentar, discutir, aprender, concluir e decidir nos mais diversos campos da vida humana, que demandam avaliação e julgamento da melhor forma de orientar e conduzir a ação do homem.¹⁵⁴ Em nossa língua, “mostra-se razoável o que está em conformidade com a razão, o direito ou a equidade, que não transpõe os limites do justo e revela-se comedido, regular, justo, legítimo ponderado, como também conveniente apropriado, oportuno, mediano”.¹⁵⁵ Reportando-se a André Lalande, razoabilidade “implica sobretudo uma conformidade aos princípios do senso comum e aos julgamentos de valor geralmente aceitos, uma ideia de moderação e de justa medida”.¹⁵⁶ Sem perder de vista ainda que “na axiologia jurídica, a razoabilidade aparece como a busca do fundamento do valor específico do plexo axiológico (solidariedade, cooperação, poder, paz, segurança, ordem), de modo que a justiça tem o valor total ou racionalizador dos demais.”¹⁵⁷ É clássica a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] 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 respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente

¹⁵³ OLIVEIRA, op. cit. p. 116.

¹⁵⁴ Oliveira faz remissão a Aristóteles ao se referir à virtude da sabedoria prática: “poderemos chegar à sua definição considerando as pessoas que são dotadas dessa virtude. Julga-se que seja característico de um homem dotado de sabedoria prática ser capaz de deliberar acerca do que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular como por exemplo, quais as espécies de coisas contribuem para a saúde e o vigor), mas sobre aquelas que contribuem de algum modo para a vida boa. Isso fica claro pelo fato de atribuirmos sabedoria prática a um homem, sob um aspecto particular, quando ele calculou bem, visando a alguma finalidade boa que não está entre aquelas que são objeto de alguma arte” *Aristóteles*, *Ética a Nicômaco*, p. 132, *apud* OLIVEIRA, Op. cit. p. 116-117.

¹⁵⁵ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

¹⁵⁶ André Lalande *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, p. 887, *apud* OLIVEIRA, op. cit. p. 119.

¹⁵⁷ CANAS, Vitalino. “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição”, p. 327, nota 14, *apud* OLIVEIRA, Op. cit. p. 120.

invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade.¹⁵⁸

Desse amplo espectro conceitual dado pela doutrina, tem importância a doutrina de Ávila por detalhar a razoabilidade com esmero ímpar. No exame que faz em sua obra – aliás, admirada em solo alemão, conforme se depreende da apresentação de seu livro por Canaris¹⁵⁹ – a razoabilidade é tomada em uma tripla acepção: dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência.

3.3.1.1 Razoabilidade como dever de equidade

Como dever de equidade, o controle de razoabilidade dos atos estatais, nomeadamente, da penalidade aplicada no processo administrativo disciplinar, exige que antes de punir a administração observe a harmonização da norma geral com o caso individual. Esse quesito, por sua vez, implica em duas situações: a) consideração daquilo que normalmente acontece; e b) consideração do aspecto individual da infração diante da generalização legal.

a) Consideração daquilo que normalmente acontece

Ávila explica que a razoabilidade deve atuar “como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade”, o que significa que “interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal [...]”.

Similar ao exemplo de Ávila¹⁶⁰, suponha-se a mesma situação em processo administrativo disciplinar. Por certo, seria uma afronta ao devido processo legal presumir intento protelatório do servidor ou de seu defensor que deixasse de praticar reiteradamente um

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.99.

¹⁵⁹ ÁVILA, op. cit., p. 9-11

¹⁶⁰ Como exemplo, ele cita um caso examinado pelo Judiciário em que um advogado foi substituído por um colega ad hoc para realizar a sessão de julgamento do Tribunal do Júri depois de um segundo requerimento de suspensão do ato. No primeiro, por ter outro julgamento ocorrendo no mesmo dia; no segundo, por recomendação médica, fora indeferido sob a alegação de que o causídico estaria postergando indevidamente o julgamento. Após seu cliente ser condenado, ele impetrou a segurança para anular o ato, no que foi deferido pelo Tribunal ao fundamento de que, segundo Ávila “é razoável presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, em vez de mentir ou agir de má-fé. Na aplicação do direito deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário.” Ibid., p. 195- 196 *apud* STF – 2ª Turma, HC 71.408-1-RJ, re. Min. Marco Aurélio, j. 16.8.1999, DJU 29.10.1999.

ato, em desprezo ao princípio da boa-fé que se presume como comportamento regular da pessoa, ao contrário da má-fé, que só pode ser inferida a partir de prova inequívoca.

E assim, muitos outros casos nesse sentido poderiam ser levantados tendo como fundamento da razoabilidade a consideração do fato singular como manifestação própria do comportamento geral e que, até prova em contrário, é o que normalmente sucede em uma comunidade meridianamente considerada. Ou seja, tanto quanto a má-fé, não se deve tomar como causa de decidir a suposição de comportamentos anormais.

b) Consideração do aspecto individual da infração diante da generalização legal;

Em segundo lugar, assevera, “para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal”.¹⁶¹ Com efeito, não é porque exista uma aparente subsunção da regra ao fato que a norma deva ser aplicável, caso seja objetivamente verificável que sua incidência se mostra desconectada com as finalidades para as quais foi editada, ainda que todas as condições formais estejam satisfeitas.

Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”, ressalva Ávila, reportando-se à Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral.¹⁶²

A razoabilidade serve aqui para demonstrar que não basta haver a previsão da subsunção da regra ao fato. Ao funcionar como “instrumento metodológico” para adequar o caso concreto à generalização da norma geral, “a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF)”.¹⁶³

Esta segunda situação pode sugerir uma abertura desmedida da razoabilidade, e que pode resvalar para o temerário campo do decisionismo do julgador. O campo próprio de

¹⁶¹ O exemplo dado é de uma pequena fábrica de sofás que fora excluída da isenção tributária por ter infringido a regra que a proibia de efetuar importação. Depois de importar quatro pés de sofás, para um único sofá, teve o benefício revogado. O ato administrativo foi revisto por entender que a restrição da cláusula deveria ter uma “interpretação dentro do razoável”, sem ofender o senso comum. “Nesse caso, observa, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá.” ÁVILA, op. cit. p. 195- 196 *apud* 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000, processo 13000021/99-14.

¹⁶² *Ibid.*, p. 197, *apud* Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, p. 381.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 197.

medida dessa valoração só pode ser o caso concreto, tal qual analisado no exemplo dos sofás, exemplo que serve para separar o esquemático legalismo da postura efetivamente balizada pelo bom senso – outro nome popular da razoabilidade. Salienta dizer que a administração pública deve ter um corpo de agentes devidamente formados e preparados com conhecimentos jurídicos sólidos para lidar com irregularidades funcionais que no mais das vezes só aparentemente tem a forma de uma ofensa.¹⁶⁴

3.3.1.2 Razoabilidade como dever de congruência

Como dever de congruência, o controle de razoabilidade da pena a ser aplicada ao servidor público também deve observar duas situações tendo em mira “harmonização das normas com suas condições externas”: a) recorrência a um suporte empírico; b) relação de congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida a ser adotada.

a) Recorrência a um suporte empírico.

Esta primeira situação, Ávila diz se caracterizar quando ocorre “anacronismo legislativo, isto é, naqueles casos em que a norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto socioeconômico, não mais possui razão para ser aplicada”.¹⁶⁵

Do ponto de vista do processo administrativo disciplinar, poderia ser citado o caso de servidor já aposentado e que tivesse praticado infração durante a atividade, mas a administração somente viesse a tomar ciência do fato depois de publicado o decreto de aposentadoria, e, mesmo assim, decidisse instaurar um processo e o condenasse a pena de suspensão do art. 130 da Lei 8.112/90. Sem dúvida, a medida punitiva se mostraria irrazoável por inexistência de suporte para a aplicação da pena, que só teria cabimento nas hipóteses do art. 132, que ensejam demissão para os ativos e cassação de aposentadoria para os inativos.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Por certo, persiste na formação cultural dos agentes públicos um apego demasiado ao formalismo positivista, que pouca consideração empresta ao exame da razoabilidade, e apostam com maior confiança na aplicação mecânica da regra ao fato – tal qual o juiz “boca-de-lei”.

¹⁶⁵ É citado o caso do servidor inativo que passou a receber adicional de férias de 1/3 depois da aprovação de lei. O tribunal anulou a norma por considera-la “destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias”. ÁVILA, op. cit. p. 198

¹⁶⁶ A propósito, a cassação de aposentadoria também se mostra irrazoável e desproporcionl, mas por fundamento diverso, assunto que é tratado no tópico 5.3.

b) relação de congruência entre o critério de diferenciação e a medida adotada.

Desde logo, um exemplo esclarece. Imagine-se que a administração pública, que goza de prerrogativas da Lei 8.112/90 para extrapolar os prazos para conclusão do processo disciplinar – e que são fixados como sendo de 120 dias para instrução e vinte para julgamento (arts. 152 e 167) – sem que o fato acarrete nulidade (art. 169, § 1º). Suponha-se agora que seja aprovada uma lei alterando o referido parágrafo para dizer que a prescrição quinquenal dos atos administrativos da Lei 9.784 não se aplicaria para a referida hipótese.

É isto o que Ávila quer dizer quando sucede incongruência entre o critério distintivo já existente e a medida adotada, e além do exemplo citado, outros abstratamente considerados podem ocorrer, hipótese em que ofenderiam a razoabilidade por abuso de uma prerrogativa legal já existente.¹⁶⁷

3.3.1.3 Razoabilidade como dever de equivalência

O controle de razoabilidade, por fim, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Este aspecto da razoabilidade guarda similitude com a proporcionalidade, mas difere, conforme se verá logo mais, porque, enquanto a proporcionalidade tem por referência uma relação de causalidade entre o meio e o fim empregado, a razoabilidade tem em mira a justiça do ato, cujo desequilíbrio não sucede por uma relação de causa e efeito, mas de comparação mediante padrões juridicamente considerados e consensualmente aceitos.

3.3.2 Proporcionalidade

Como se viu, em suas origens, a noção de proporcionalidade desde sempre esteve associada ao devido processo legal, como a justa medida da atuação estatal. Seu conceito permeia, portanto, todas as áreas do direito. Também foi visto que seu desenvolvimento mais criterioso e aprofundado está diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito e sua

¹⁶⁷ O exemplo por ele dado sem dúvida é mais eloquente, pois foi objeto de julgamento pelo pleno STF. Trata-se da edição de medida provisória ampliando o prazo de dois para cinco anos da ação rescisória para a Fazenda Pública. A Corte declarou inconstitucional o critério distintivo daquela norma, a par dos privilégios que já possui a administração pública para atuar no processo civil (prazos em dobro, conforme o CPC). STF – ADI 1.753, rel. Sepúlveda Pertence, j. 16.4.1998, DJU 12.6.1998.

ordem constitucional de promoção dos direitos fundamentais. É clássica, neste particular aspecto, a tripartição da proporcionalidade feita pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, adotada pela doutrina sem restrição, e que a constitui como formada pela: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

3.3.2.1 Adequação

Diz-se adequado ou idôneo um ato praticado pelo Estado quando há correspondência entre os meios e os fins empregados, tornando-o apto a cumprir a sua finalidade. Essa relação entre os meios e os fins nada mais é do que a verificação da tipicidade da conduta tida como ilícita do servidor, qual seja, se há adequação ao tipo infracional previsto na lei. De modo que, “por força da adequação, a sanção deve revelar-se meio idôneo à consecução do seu fim, o que repercute diretamente sobre o dever de averiguar e estabelecer a tipicidade do fato”, afirma José Roberto Pimenta Oliveira.

O Estado, sempre que for executar seu *jus puniendi*, deve escolher um meio eficiente para alcançar a finalidade estabelecida na lei. Nesse propósito, Ávila formula três perguntas: “O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”

A primeira pergunta, por sua vez, poderia ser respondida de forma quantitativa, qualitativa e pelo ângulo de sua certeza, isto é, o emprego do meio: a) promove menos, mais ou igual a outro meio (intensidade); b) promove pior, melhor ou igual a outro meio (qualidade); c) promove com menos, mais ou igual certeza (probabilidade).¹⁶⁸ Em suma, qual o meio deve ser escolhido frente a esses critérios? Ávila observa que a administração, como também o legislador, não fica vinculada a todos esses critérios, bastando que o meio escolhido “simplesmente promova o fim”, isto porque, “a administração ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim”, portanto, “o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro”.

¹⁶⁸ “A escolha da administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).” ÁVILA, op. cit. p. 209.

Quanto ao modo como deve ser analisada a relação de adequação (segunda pergunta), caberia examinar um triplo binômio: a) o meio atinge o fim quando seja possível de ser realizado ou pela adequação abstrata com a norma ou pela sua idoneidade concretamente aferida (abstração/concretude); b) o meio atinge o fim quando se mostra adequado tanto para uma situação geral como para situação singular, sendo que, neste último, a adequação deve se manifestar efetiva para todos os casos (generalidade/particularidade); c) o meio atinge o fim quando a medida for adequada no momento, pois quando a adequação não mais existia à época de sua aplicação, é impertinente, e, se ficar posteriormente demonstrada como equivocada, o procedimento é nulo (antecedência/posteridade).¹⁶⁹

Diante dessas considerações, Ávila aduz que é inviável uma resposta categórica, mas que isso não impede de se “propor uma resposta em que predomina o valor heurístico, isto é, uma resposta que funciona como hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”.¹⁷⁰

Por fim, são duas as possibilidades de escolha de qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela administração (terceira pergunta): o “controle forte”, pelo qual se exerce amplo controle do ato quando o fim pretendido não for alcançado pelo meio escolhido; o controle fraco, quando o controle sobre o meio escolhido visando à sua anulação é restrito à “uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada”. Somente o modelo fraco está de acordo como nosso ordenamento, adverte Ávila.¹⁷¹

Com efeito, o entendimento assentado em nossa jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é de que somente nos casos em haja uma incompatibilidade manifesta entre o meio e fim, será declarada sua anulação.¹⁷² Exemplo destacado é a exigência do exame de ordem para bacharéis em direito pela OAB.¹⁷³

¹⁶⁹ ÁVILA, op. cit. p. 210-211.

¹⁷⁰ “Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se porém de casos individuais – por exemplo atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e portanto, a atuação da administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo”. Ibid., p. 211-212.

¹⁷¹ Ibid., p. 212-213.

¹⁷² STF – Tribunal Pleno ADI 4.954-AC, rel. min. Marco Aurélio, *DJe-213*, 30.10.2014; STF – Tribunal Pleno, Repr. 930-DF rel. min. cordeiro Guerra, *DJU* 2.9.1977.

¹⁷³ STF – RE 603.583, rel. min. Marco Aurélio, *DJe-102*, 25.5.2012.

3.3.2.2 Necessidade

A verificação da necessidade dos meios implica na escolha daqueles que são os menos gravosos para o atingimento das finalidades pretendidas pela atuação estatal, o que implica em escolher alternativas que, de um lado, não impeçam a execução do ato, de outro, não afetem em demasia os direitos fundamentais do servidor público. Ávila especifica que o exame do meio é necessário quando atende o “exame de igualdade da adequação dos meios para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo para examinar se os meios alternativos restringem em menos medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”.¹⁷⁴

O exame a ser feito, mediante “a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo”, é uma operação que exige cuidado, uma vez que envolve um balanceamento entre a maior e a menor restrição a direitos fundamentais.¹⁷⁵

3.3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito indica o exame dos meios que oferecem mais vantagens em comparação com as desvantagens das medidas aplicadas, operação que importa na verificação da “importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, bem como se “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais”, em outras palavras, examinar se “as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio”.

No caso citado na nota 175, em que o STF considerou desnecessária, pois onerosa, a exigência de lei obrigando a pesagem de botijões na frente do consumidor, a mesma medida também foi repreendida sob o enfoque da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, sendo mais gravosa do que o necessário, acarreta mais desvantagens do que vantagens.

¹⁷⁴ ÁVILA, op. cit., p. 215.

¹⁷⁵ Ávila menciona uma decisão do STF ao julgar a constitucionalidade de lei obrigando a pesagem de botijões de gás na frente do consumidor. O STF considerou desnecessária a exigência, posto que mais onerosa, uma vez que os direitos do consumidor poderiam ser assegurados por via menos gravosa para o fornecedor do produto, como a fiscalização por amostragem. *STF Tribunal Pleno*, MC na ADI 855-2-PR, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 1.10.1993.

3.3.3 Diferenças entre razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso

Razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso são institutos que aparentam semelhanças, e se entrecruzam de tal forma na prática, que é difícil separá-los sem causar vazios ou confusão em seus significados. Entretanto, depois dos conceitos aqui tratados,¹⁷⁶ é fácil perceber que a distinção é inegável, o que se verificou ao se descer às minuciosas especificidades de cada um.

Primeiramente, deve-se acentuar o que lhes é comum: tanto a razoabilidade como a proporcionalidade são princípios estruturantes que operam em todo ordenamento constitucional visando dar efetividade às finalidades e fundamentos do Estado Democrático de Direito –dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Contudo, enquanto que a proporcionalidade trata a relação entre meios e fins a partir de uma relação vertical de causalidade – os meios *causam* os fins, a razoabilidade opera essa relação a partir de uma relação horizontal – os meios se *equiparam* aos fins; enquanto a proporcionalidade tem por finalidade a prevalência da noção de *medida justa*, a razoabilidade tem a noção de *justiça da medida*. Veja-se que o trocadilho aparece precisamente não apenas para diferenciar, mas para demonstrar o caráter dialético que os une.

Com a proibição de excesso, também a correspondência é notadamente grande, principalmente com a proporcionalidade, vista pela jurisprudência como uma forma de manifestação daquela com esta.

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.¹⁷⁷

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem uma estreita correspondência com a proibição de excesso, no sentido de que determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível, conforme observado por Ávila:

É plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a

¹⁷⁶ Tópicos 3.3.1 e 3.3.2.

¹⁷⁷ ÁVILA, op. cit., p. 188.

aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.¹⁷⁸

Tais diferenças, além de clarear e precisar o sentido e o alcance de seus conceitos, acentuam a relevância de sua observância em todas os níveis de atuação estatal, particularmente quando o Estado faz uso de sua prerrogativa de aplicar sanções.

3.4 A proporcionalidade e a supremacia do interesse público

Um dos campos mais notáveis em que o princípio da proporcionalidade mostrou sua verdadeira importância para o Estado Democrático de Direito foi a crítica à teoria da supremacia do interesse público sobre o particular. Se já era certo dizer que o princípio da proporcionalidade era precisamente um critério de aferir a superioridade do interesse público sobre o interesse estatal propriamente dito, bastava ainda concretizar essa crítica estendendo-a para os postulados régios do Estado Moderno, como o dogma de que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. Neste propósito, a doutrina dos status de Jellinek é uma brilhante exposição desse sistema teórico, que serviu de amparo aos regimes conservadores ao longo de todo o século XX.

Diz Jellinek que os direitos fundamentais, antes de serem uma prerrogativa inerente ao ser humano, são institutos relativos à uma ordem constitucional determinado pelo Estado, razão pela qual os direitos fundamentais representam uma determinado situação, uma localização, ou melhor, um status dos indivíduos perante o Estado. Alexy cita em nota de rodapé o seguinte: “Teoricamente, a personalidade é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Assim, juridicamente ela é uma situação, um status”¹⁷⁹. Jellinek menciona uma “relação entre indivíduo e Estado, que se condensa em um ser”. A ela corresponde a característica feita por Wolff, como “uma qualificação essencial de uma pessoa”.¹⁸⁰

Bandeira de Mello, expoente da consagrada teoria da supremacia do direito público sobre o particular, diz que:

¹⁷⁸ ÁVILA, op. cit, p. 202/203.

¹⁷⁹ JELLINEK, George. *System der subjektiven öffentlichen*, p. 83, apud ALEXY, op. cit. 254.

¹⁸⁰ HANS J Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, § 32, IV, a), apud ALEXY, op. cit. 255.

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse público da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento deste último.¹⁸¹

Humberto Ávila é um dos críticos que se notabilizou pela crítica à tese da supremacia do interesse público sobre o particular. Para ele, desde logo ficam refutadas as teses de que aludida supremacia seja um princípio ou axioma.

Quando o grande publicista Bandeira de Mello descreve – nomeando ora como axioma ora como princípio – a supremacia do interesse público afirmando ser um “...pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”, refere-se ao interesse público como uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positividade. Não se trata, aqui, de uma norma princípio ou de um postulado normativo, mas do bem comum como princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica. Trata-se de um postulado ético-político, portanto.¹⁸²

A subordinação do Estado ao princípio da proporcionalidade significa impor um limite jurídico, de estatura constitucional, à ação normativa estatal, portanto, o princípio da proporcionalidade se constituiu em um pilar central de articulação da ordem constitucional onde a Carta Magna assume a copa do edifício de normas; seu comando constitui a base para a inteligência e efetiva implementação do princípio da proporcionalidade.

Gustavo Binembjom, na linha de Humberto Ávila, propõe que a proporcionalidade seja o critério regulador entre o interesse público e o interesse privado, desconstruindo, portanto, a ideia de supremacia do público sobre o privado.¹⁸³ A ideia de balanceamento, em vez de hierarquização de interesses, soluciona a questão teórica crítica à ideia de supremacia de um sobre outros.¹⁸⁴

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. Ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 29.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. Salvador, Revista Eletrônica, nº 11, 2007, p. 23.

¹⁸³ “Assim sendo, resta demonstrado como o dito princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares – que teria justificativa a partir das perspectivas do *organicismo* e do *utilitarismo* – se revela totalmente incompatível com a espinha dorsal do Estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988, ao instituir um tal Estado, não deu abrigo a nenhuma das teorias morais cogitadas acima. Como corolário de seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais. A posição central conferida ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático não significou a adoção de uma teoria meramente *individualista* pelo constituinte. [...] Portanto, não se há falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia *a priori* de uma ordem de interesses sobre outra, qualquer que seja o seu sentido (coletivista ou individualista). BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

¹⁸⁴ “Esse é um equívoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa. [...] A questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração

Nota-se, por conseguinte, mais uma demonstração de que a proporcionalidade termina por ser um princípio que serve de fundamento para os demais princípios que normatizam o Estado Democrático de Direito, fundando o alicerce da grande estrutura principiológica. Como regulador do conflito entre o público e o privado, permite que a teoria dos direitos fundamentais ganhe novo alcance e conteúdo, seja no que tange a universalização dos direitos fundamentais contrastando com o caráter singular dos direitos patrimoniais, seja também impondo limites ainda mais definidos à esfera de ação coativa do Estado sobre as garantias fundamentais da pessoa humana.¹⁸⁵

Fica demonstrado, nessa linha, que o princípio da proporcionalidade opera como instrumento jurídico regulador dos conflitos de interesses, do choque dos direitos patrimoniais e estatais com o arcabouço de direitos fundamentais e demais princípios incrustados na Carta da República.

Por fim, um aspecto crucial que forma a estrutura de nossa ordem constitucional e se constitui no princípio vetor dos direitos e garantias fundamentais, é a dignidade da pessoa humana, que vem previsto de forma quase que preambular na Carta Política de 5 de outubro de 1988 (art. 1º, III). Gustavo Binembjom, lembrando Ávila, faz um interessante paralelo entre o interesse público e o interesse privado, demonstrando que ambos interesses caminham lado a lado, sem sobreposição ou choque.¹⁸⁶ Neste particular aspecto, verifica-se o papel

Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para *balancear* os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente otimizada.” BINENBOJM, op. cit., p. 90.

¹⁸⁵ Nesse sentido, Luigi Ferrajoli: “No entanto, a definição teórica que me parece mais ‘fundada’, porque dotado de maior capacidade empírica e da mais fecunda capacidade explicativa, é aquela que identifica os direitos fundamentais com todos *aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir*” [...] “Trata-se também de uma definição *ideologicamente neutra*. Essa vale para qualquer ordenamento, mesmo para os ordenamentos primitivos ou totalitários desprovidos de direitos fundamentais, em relação aos quais designará uma classe vazia. E vale, quais sejam as nossas ideologias ou as nossas opções políticas: de direita ou de esquerda, liberais ou socialistas, conservadores ou progressistas. Vale, até mesmo, para fascistas ou anarquistas, ideologicamente contrários, por hipótese, à tutela de qualquer direito fundamental. É, de fato, independente dos valores ou das necessidades que se considera que devem ou não devem ser tutelados como direitos fundamentais.” FERRAJOLI, op. cit., p. 92.

¹⁸⁶ “Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do *princípio da dignidade da pessoa humana*, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Em uma de suas dimensões – talvez a mais importante –, o princípio da dignidade da pessoa humana proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais “O conteúdo constitucional descrito serve também como fundamento para rejeitar a colisão entre interesses públicas e privados pressuposta pelo ‘princípio’ em questão. Verifica-se que ambos encontram-se enraizados na Lei Maior, de sorte a haver uma ‘conexão estrutural’ entre eles e não essa efetiva contradição. Nas palavras de Ávila: ‘O interesse privado e interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)’. BINENBOJM, Gustavo, op. cit., pp. 96/97.

diretivo da dignidade da pessoa humana, como núcleo dos direitos fundamentais e demarcação importante do raio de ação do Estado sempre que for agir restritivamente.

A crítica à tese da supremacia do interesse público sobre o particular, e sua superação pelo critério da proporcionalidade, tem trazido novas contribuições à formação do Estado Democrático de Direito, ao ajustamento da atividade estatal aos ditames maiores da ordem constitucional. Nesse sentido, também o aperfeiçoamento de juízo de valor formado a partir de conceitos racionais e lógicos tem permitido que os operadores do direito encontrem novas ferramentas para ajustar o direito às exigências de um tempo onde as contradições sociais não param de colocar em xeque um mundo de pretensas certezas.

Portanto, de acordo com essa compreensão, cai por terra a tese corrente em direito administrativo da supremacia do interesse público sobre o particular como causa justificadora de supostos privilégios materiais e processuais em favor da Administração.¹⁸⁷

Essa abordagem de Binenbojm e outros abre novas perspectivas para se abordar a questão do controle de legalidade dos atos administrativos, como é o caso de seu poder de autotutela, muitas vezes exercido à sombra de suposto de interesse público. É deste Estado corrompido quanto à sua finalidade de onde brotaram as mais antigas raízes do secular abuso de poder praticado por agentes públicos, o descaso com que proprietários de escravos invadiram terras indígenas e praticaram extermínio de seus habitantes desde os primeiros anos da brutal forma de colonização destas terras ao sul do equador.

¹⁸⁷ “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de ‘interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele a satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judicial do Direito). O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros.” BINENBOJM op. cit., p. 105.

4 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: VETORES DOS PRINCÍPIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Estado brasileiro, com sua pesada herança monarquista e escravista,¹⁸⁸ com a forte influência do positivismo de feição militar que dominou a Administração Pública após 1891 – e que perpassou quase todo o século XX, com seu auge sinistro no golpe militar de 1º de abril de 1964 – teve uma modernidade tardia, cujo reflexo notável se dá na forma ainda incipiente com que construímos as pilares do Estado Democrático de Direito, cujo leque de princípios sofre forte resistência de setores conservadores da sociedade. De qualquer sorte, a Constituição Federal de 1988 da República, que surgiu após a frustração de vinte anos da ditadura militar, tem se firmado com estabilidade, nomeadamente, quanto à importância central dos direitos e garantias individuais, que passaram a figurar na nova ordem como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF).

Nesse sentido, o processo administrativo disciplinar e o poder disciplinar da administração pública, concebidos pela velha ordem elitista e autoritária como mera decorrência da potestade estatal, passou a ser visto com um novo olhar, mais claro e focado em proteger o servidor público dos abusos e excessos dos agentes públicos investidos da prerrogativa de punir. De modo que o *due process of law* e seu leque de garantias, ganhou status definitivo de direito fundamental na Carta Constitucional também extensivo aos servidores contra o poder punitivo do Estado, desse tardio Estado republicano e sua concepção de poder hierárquico e disciplinar inspirado pela caserna.

Razoabilidade e proporcionalidade são princípios régios do Estado constitucional. O princípio da razoabilidade se desenvolveu nos EUA a partir do direito inglês, nomeadamente, desde a marcante repercussão na *commonlaw* que se formou desde a Magna Carta e no *Bill of Rights*. A Suprema Corte daquele país marcou época em meados do século passado quando uma recomposição menos conservadora os juízes da Corte permitiu a invalidação de leis que atentavam contra direitos fundamentais, como a questão da segregação racial, e tantos outros. Os fundamentos da jurisprudência estavam calcados no princípio da razoabilidade, que ampliou o conceito meramente formal do devido processo legal para um conceito substantivo.

¹⁸⁸ Da qual se alimentou uma rica e indiferente burguesia tupiniquim de costas para o progresso autônomo do país, e sempre muito mais atenta com o glamour da Europa, seus costumes e sua cultura; e após os anos 50, com o “*american way of life*” do s EUA, conforme Raimundo Faoro, no clássico *Os Donos do Poder-Formação do Patronato Político Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O princípio da razoabilidade, tal qual o da proporcionalidade, serve de fundamento dos demais princípios, de medida do Estado contraposta aos direitos fundamentais.¹⁸⁹ O Estado existe para garantia dos direitos fundamentais, e sua atuação deve ter uma valoração baseada na satisfação dessas medidas, mediante um critério objetivamente inferido pelos fins para os quais o Estado deve se voltar desde a sua criação.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante a exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. [...] Há – isto, sim – uma relação de correspondência entre duas grandezas.¹⁹⁰

Assim, o exame de razoabilidade como critério permite compreender e justificar a diferenciação no caso concreto, fica demonstrado que “a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado.” [...] “A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras.”¹⁹¹

Ambos os princípios se constituem como pedras angulares do ordenamento constitucional, muito embora careçam de disposição expressa na Constituição Federal. Conforme se viu, enquanto que o princípio da proporcionalidade é formado pela a) adequação; b) necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou “máxima do sopesamento”; o princípio da razoabilidade também possui uma tripartição que lhe das vestes

¹⁸⁹ “Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º LXIX, nos termos já apontados). Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 15. ed. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p 100.

¹⁹⁰ ÁVILA, op. cit. pp. 202-203.

¹⁹¹ Ibid., pp. 193-194.

de um princípio-fundamento, se caracterizando por: a) dever de equidade; b) dever de congruência; c) dever de equivalência, conforme balizada doutrina de Humberto Ávila.

Também se viu que, apesar da controvérsia, é patente a distinção entre os dois princípios, sendo importante verificar que os princípios são distintos em suas origens, fundamentos e concepções. Nos Estados Unidos, por exemplo, a aplicação do princípio da razoabilidade encontra amparo na derivação do princípio do devido processo legal, inscrito nas V e XIV Emendas.

A proporcionalidade, depois da jurisprudência e doutrina alemãs – e aqui examinadas no tópico próprio (3.3.2) – ficou classicamente tripartida nos subprincípios – ou postulados, ou máxima, conforme a doutrina – da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, consistindo, respectivamente, em uma relação de causalidade entre os meios e os fins empregados; uma relação de causalidade entre a maior e a menor restrição a ser praticada; e uma relação de causalidade entre as vantagens e desvantagens ocasionadas.

Conforme se viu, a razoabilidade também tem uma tripartição em subprincípios e que permite um aprofundamento da compreensão do seu alcance e conteúdo, e que denota sua distinção com um juízo não de causalidade, como na proporcionalidade, mas de “congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”, isto é, “uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”.¹⁹² Assim, dever de equivalência, dever de congruência e dever de equidade especificam em maior profundidade a forma útil e complexa com que o postulado da razoabilidade se diferencia e se manifesta, fornecendo a compreensão desse princípio mediante um alargamento das diretivas de interpretação, constituindo-se em um passo decisivo de ruptura com as renitentes presenças do velho e arcaico positivismo que imperou majestosamente nas academias e nos tribunais pátrios.

No Brasil, por outro lado, a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade caminha a passos comedidos, mas é de saltar à vista a imponente jurisprudência dos tribunais superiores em sua aplicação, como tem se visto na revisão do ato administrativo tido como irrazoável e desproporcional.

Neste passo, se o Estado deve ser pautado por limites estreitos de atuação visando salvaguardar a dignidade humana, é na forma do devido processo legal que tais limites ficam mais claros e precisos. No caso do processo administrativo disciplinar, representa os pilares do Estado Democrático de Direito: igualdade e liberdade; presunção de inocência; tipicidade; contraditório e a ampla defesa.

¹⁹² ÁVILA, op. cit. p. 203.

4.1 O princípio do devido processo legal

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são inerentes à noção do *due process of law*, e sua aplicação se estende ao longo da história do direito. A Magna Carta Inglesa de 1215 é um documento marcante na história do constitucionalismo, e traz consigo a forma germinal do que mais tarde viria a ser o Estado de Direito, nomeadamente, a ideia de justa medida da punição. De seu teor, sobressai que “o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”.¹⁹³ O direito inglês, particularmente o *Bill of Rights* de 1689, a bem dizer, tem suas origens mais remotas naquele pacto de 1215, em que os barões da terra decidiram impor medidas à atuação do chefe de Estado.¹⁹⁴

Ambos os princípios tiveram influência na interpretação da norma jurídica, crescendo importância junto com o fortalecimento do Estado Constitucional. Ao passo que a razoabilidade deita suas raízes em solo americano, a proporcionalidade teve na Alemanha da segunda metade do século XX seu maior desenvolvimento depois das emblemáticas decisões do Tribunal Constitucional, que lhe dotou de critério metódico e sistemático.¹⁹⁵ A proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) em território alemão alçou o status de princípio estruturante de todo o edifício de normas constitucionais e infraconstitucionais.¹⁹⁶

Com efeito, para além da compreensão meramente formal de processo, consolidou-se nos Estados constitucionais a importância do processo substantivo, qual seja, o processo cuja instauração, instrução e decisão deve ser pautado pelos direitos fundamentais, nomeadamente, a dignidade da pessoa humana e sua efetiva proteção contra os abusos e excessos dos agentes estatais em sua função persecutória. Apesar das acentuadas transformações do direito desde a

¹⁹³ Vide nota 121.

¹⁹⁴ “Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade”. SARLET, op. cit. p. 41.

¹⁹⁵ Caso *Apothekenurteil*, de 1958, que julgava a constitucionalidade de lei da Baviera que restringia o número de farmácias em certa comunidade. A lei condicionava a outorga de licença para instalação de novas farmácias somente se estas se revelassem comercialmente viáveis e não causassem danos concorrenciais para os competidores próximos. Foi julgada inconstitucional, por ofensa à livre iniciativa. Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 45.

¹⁹⁶ “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios. [...] O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.” ÁVILA, op. cit., p. 226-227.

Escola da Exegese, até o neopositivismo, permanece atual a ideia-motriz de que a função primária do Estado é precipuamente a de um órgão garantidor de direitos fundamentais. A forma basilar desse garantismo é o processo. O processo, visto sob a forma metodológica de um meio racional de resolução de conflitos, assume um conteúdo genuinamente constitucional em nosso ordenamento com a teoria do devido processo legal, que passa a ter um fundamento tanto formal como material, sendo nesse último aspecto um corolário de garantias de uma nova concepção de sociedade, onde os direitos humanos ganham espetacular autonomia e projeção após os horrores da Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁷ A garantia de que todos têm direito a um processo deixara de ser uma mera forma para se constituir em um arcabouço de garantias, como a do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação das decisões, entre tantas outras.

Por certo, um dos primeiros e imediatos propósitos do Estado é cumprir o dever jurídico do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), ao lado do princípio do juiz natural, entre outros, formando o arco efetivo do seu comando.¹⁹⁸ Se o Estado se pauta pela noção de processo, não somente na esfera judicial essa racionalização metódica deve ser imperativa, mas também na formação das leis e na sua execução pela Administração Pública. Todo o ato estatal deve ser formado a partir da lógica de um processo, isto é, de um método, de uma forma coerente e racional com a forma de sociedade em que toda pessoa humana participa da vida social através de um contrato de compra e venda, ainda que de forma indireta, como é o caso dos incapazes representados por seus tutores e curadores.

Portanto, se o Estado é um poder delegado pela soberania popular, conforme apregoa o parágrafo único do artigo 1º da CF,¹⁹⁹ seus servidores públicos não podem estar sujeitos

¹⁹⁷ Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente, e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. BARROSO, Luis Roberto e BARCELOS, Ana Paula de. O começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Artigo publicado na revista *Interesse Público*, 2003, p. 278.

¹⁹⁸ Luís Roberto Barroso, lembrado na obra de Bacelar Filho: [...] Luis Roberto BARROSO assinala que os princípios do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) são princípios constitucionais gerais, configuram especificações dos princípios fundamentais e ensejam a tutela imediata das situações jurídicas contempladas. Mencionando os princípios da proteção jurídica e das garantias processuais, CANOTILHO os considera como sub- princípiosconcretizadores do Estado de Direito. Neste tópico, remete-se às garantias processuais e procedimentais, incluindo as do procedimento administrativo, configuradas em regras e princípios constitucionais. BACELAR FILHO, op.cit. , p. 147-149.

¹⁹⁹ Art. 1º [...]Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

aoutra ordem senão aquela emanada da Constituição Federal e de sua legislação a ela subserviente. Com o fim do domínio militar, tudo aquilo que se chamou de “entulho autoritário” teve que ser varrido para fora do ordenamento, como denotava o superado conceito de Estado como uma potestade em torno da qual se curvavam os cidadãos. Os servidores públicos passam a ter as mesmas garantias do devido processo legal no processo administrativo, por uma sucessão coerente de entendimento de que ninguém na Administração Pública pode agir senão de acordo com o que a lei determina, e a lei somente pode determinar uma atuação racional, razoável, proporcional, motivada, visando o interesse público. De forma explícita, o princípio do devido processo legal refere-se a todo processo, não somente ao judicial.²⁰⁰

Torna-se imprescindível a presença do devido processo legal porque este princípio é a forma mais sintética e ao mesmo tempo mais completa de referência aos demais princípios processuais. Nessa esteira, segue que o processo administrativo deve estar pautado de legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade, eficiência, moralidade dentre outros, de modo que, quando se menciona o devido processo legal, como sugere a própria expressão, está-se diante de uma série de princípios e normas legais e constitucionais que deverão ser aplicadas no processo para ao final alcançar um resultado amparado pela Constituição. De nada adiantaria a Constituição possibilitar ao cidadão uma série de direitos se não estabelecesse mecanismos para torná-los viáveis. O devido processo legal garante a realização dos direitos constitucional da liberdade e da igualdade ao definir os limites da *persecutio criminis* quanto ao seu alcance e conteúdo.

Nosso ordenamento avançou com a edição da Lei 8.112/90, e posteriormente com a Lei n. 9.784/1999, que passou a estabelecer um regramento geral do processo administrativo em toda Administração Pública Federal, considerando como processo administrativo toda forma de atuação ordenada de atos, isto é, tanto a forma litigiosa como os procedimentos de simples expediente. Hely Lopes Meirelles faz uma “distinção entre processo administrativo propriamente dito (aquele que encerra um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor) e *processo* administrativo impropriamente dito”.²⁰¹ Já o art. 5º da referida lei prescreve que: “o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”.

²⁰⁰ Art. 5º [...]

LIV - “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

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.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011/ 2012.

No que diz respeito com o presente estudo, importa considerar a forma litigiosa, que sucede sempre que o processo tenha caráter punitivo, caso em que, além dos princípios do direito administrativo, serão também aplicadas as garantias constitucionais e processuais correspondentes ao devido processo legal, e seu corolário da ampla defesa e contraditório.

De modo que, em se tratando de processo administrativo propriamente dito, a observância do devido processo legal é essencial, pois é este princípio que irá garantir os principais pilares da Constituição da República: liberdade e igualdade, que constituem o eixo central dos direitos fundamentais. O devido processo legal não só abrange o princípio do contraditório e da ampla defesa, como também se prende aos demais princípios do processo administrativo disciplinar, dentre os principais destaca-se: o princípio da tipicidade; princípio da presunção de inocência; princípio da motivação das decisões, o princípio da prescrição, o princípio do juiz natural. A eles cumpre fazer uma sumária revisão.

4.2 O princípio do contraditório e a ampla defesa

Decorrente do devido processo legal substantivo, os acusados em geral, particularmente no processo administrativo disciplinar, devem ter assegurados os meios de se contraporem à persecução do poder disciplinar da administração pública, isto é, exercerem de forma plena e efetiva o direito de defesa, o que implica na garantia tanto de impugnar (contraditório) como de produzir todas as provas cabíveis (ampla defesa). Contraditório e ampla defesa, bem examinados, são na realidade componentes de um único e mesmo direito, aquele, de atacar as provas, este, o de produzi-las. E aqui deve se entender que o adjetivo “ampla” qualifica a defesa com todos os meios e formas aptos à garantia constitucional da presunção de inocência.

Esse atributo do devido processo legal, por sua vez, decorre da característica marcante da moderna atividade mercantil e contratual que suplantou o regime feudal, e que consiste justamente na racionalidade, isto é, na difusão generalizada de que somente por critérios racionais se resolvem o conflito de interesses das relações sociais. O iter a ser percorrido até à verdade não são mais as ordálias ou nenhuma forma de invocação sobrenatural acessível somente aos escolhidos pela Igreja de Roma. Todos têm acesso à verdade mediante a razão e podem produzir os meios de convencimento fundado na razão – e só na razão. De forma que, antes de qualquer juízo de valor, o Estado precisa decidir uma acusação de ilícito mediante um critério em que tanto o acusador como o acusado possam se valer das mesmas formas e meios de entregar a um juízo imparcial o arrazoado hábil a concluir um decisório. Era uma

questão de tempo até que se compreendesse que essa racionalidade do processo deveria permear todo e qualquer ato estatal, por óbvio.

No direito administrativo, fez escola a compreensão de que a administração pública também precisa observar a garantia da contraposição de teses opostas antes de decidir pela demissão de um servidor público. Assim, sempre que a providência administrativa a ser tomada for controvertida e acarretar sanções, torna-se obrigatória a aplicação do art. 5º LV da Constituição da República que “garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” o contraditório e a ampla defesa. A Lei Federal nº 9.784/99 contempla a ampla defesa ao dispor sobre a garantia dos direitos à comunicação, produção de provas, apresentação de razões finais e interposição de recursos.²⁰²

A característica principal do contraditório e da ampla defesa consiste no direito do interessado acessar todas as informações que integram os autos do processo administrativo, a fim de se defender, manifestando seu ponto de vista, produzindo provas e, se for o caso, exercendo o direito de ficar em silêncio. Como é assente na doutrina e na jurisprudência – notadamente do STF – o exercício do contraditório não é um mero protocolo formal, mas a vitalidade do próprio exercício da ampla defesa.

Também decorrem da ampla defesa o direito de interpor recurso administrativo e o direito a defesa técnica. Acerca desses direitos, vale citar entendimento do STF que, no tocante ao primeiro, considerou inconstitucional o seu condicionamento ao depósito prévio. Por outro lado, relativamente à defesa técnica no processo administrativo disciplinar, a Suprema Corte em 2008 editou a Súmula Vinculante nº 5 estabelecendo que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A súmula não passou sem receber críticas de juristas e advogados, e causou perplexidade por suplantar a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que já havia antes assentado o entendimento que a falta de defensor no processo administrativo é causa de nulidade.²⁰³²⁰⁴

²⁰² 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.

²⁰³ MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA POR ADVOGADO E DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA I - "A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral" (Precedentes). II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. III - Ordem concedida. MS 10565 / DF Terceira Seção, relator ministro Felix Fischer DJ 13/03/2006.

Por óbvio, a súmula nº 5 não pode jamais pressupor a falta de defesa, mas tão-somente que não é mais necessário que seja lavrada por um advogado. Com efeito, a interpretação correta da súmula, e devidamente assentada pelos tribunais após sua edição, é que um processo administrativo pode ser perfeitamente válido sem a presença de advogado se o próprio servidor fizer sua defesa. No entanto, com ou sem advogado, as nulidades do procedimento não escapam ao controle de legalidade pelo Judiciário.²⁰⁵

Exemplo desse ataque ao inciso art. 5º, LV da CF se viu há alguns anos quando o Município de Uberlândia decidira, em centenas de processos administrativos disciplinares instaurados para apurar uso de diploma falso por servidores visando progredir na carreira, suspender cautelarmente o pagamento da vantagem do adicional sob a alegação de que os certificados eram comprovadamente falsos.²⁰⁶ O contraditório poderia ser postergado, na visão da Administração Municipal, uma vez que não seria justo o erário continuar pagando vantagem naquelas condições. Os servidores obtiveram liminares e sentença em mandado de segurança anulando o ato administrativo ao fundamento de que a jurisprudência pátria repelia a supressão do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo disciplinar, inclusive quando o objeto da falta disciplinar dissesse respeito à supressão de vantagem. Trata-se de entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁷ Apesar disso, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão, por entender que:

“A documentação carreada aos autos demonstra de forma clara que a Administração Pública em momento algum praticou atos que possam ser considerados como abusivos ou arbitrários, agindo de conformidade com o que determina a própria lei, inclusive oportunizando defesa às

²⁰⁴ Entretanto, após a edição da súmula, não se poderia deixar o registro da alteração da jurisprudência do STJ, conforme demonstra o seguinte aresto: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDORA FEDERAL. DEMISSÃO. FALTA DE DEFENSOR QUALIFICADO NA FASE INSTRUTÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei de regência do processo disciplinar - Lei n.º 8.112/1990 - não obriga - apenas faculta - a assistência por advogado (art. 156). Na mesma direção está o Estatuto do Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999), como se extrai do teor do seu art. 3º. 2. Esta Terceira Seção vem decidindo, na linha da Súmula Vinculante n.º 5 do STF, que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição". Precedentes. 3. Ordem denegada. MS 12953 / DF Terceira Seção DJe 25/02/2010.

²⁰⁵ Art. 5º [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁰⁶ Decreto Municipal nº 9.226/2.003.

²⁰⁷ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ perfilha entendimento no sentido de que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório. AgRg no REsp 1432069 / SE, Segunda Turma Ministro Mauro Campbell Marques DJe 02/04/2014.

impetrantes em processo administrativo, quando tiveram a chance de comprovar a autenticidade dos diplomas de especialização, até então tidos como falsos.[...] A prevalecer a tese das impetrantes, haveria uma verdadeira inversão de valores, porquanto bastaria ao servidor apresentar um documento sem autenticidade à Administração, para obter um benefício previsto no Plano de Carreiras, que certamente lhe seria decotado somente após longo procedimento administrativo. Típica situação de benefício da própria torpeza. [...] Aliás, é pacífico o entendimento de que a Administração tem o poder-dever de reparar os atos praticados irregularmente, tanto assim, que a matéria já foi até mesmo sumulada pelo col. STF nos seguintes termos: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." - Súmula n.º 473"²⁰⁸

Pode-se inferir da decisão do TJMG a aplicação invertida do princípio da razoabilidade/proporcionalidade em favor da Administração Municipal, que não deveria se ver obrigada a aguardar o desfecho de “longo processo administrativo”. De maneira que, na colisão da garantia do contraditório e da ampla e o prejuízo aos cofres públicos, a 2ª Câmara do tribunal mineiro optou em ponderar pelo sacrifício daquele em favor deste, desprezando a jurisprudência do STJ.

4.3 O princípio da tipicidade

Tal qual no processo penal (art. 5º, XXXIX), também no processo administrativo disciplinar é de rigor que a conduta tida como reprovável deva ser previamente descrita em um texto legal. Por tipicidade se entende que as infrações administrativas devem ser descritas em lei, de forma que o servidor público saiba previamente o conteúdo e o alcance da persecução estatal, tal qual se exige desde Beccaria no processo penal. O servidor deve ter assegurado as mesmas garantias de poder fazer ele próprio um exame prévio do objeto delimitado em uma portaria instauradora do processo administrativo, analogamente ao que ocorre em na denúncia descrita no artigo 41 do Código de Processo Penal,²⁰⁹ e bem poder se defender da iminência das sanções a que estará sujeito.

No regimento disciplinar, vale dizer, embora a lei tipifique as infrações e estabeleça as sanções como acontece com o regime estatutário do servidor público, é possível tipos abertos

²⁰⁸ TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0822028-18.2003.8.13.0702, rel. des. Nilson Reis, DJ 5.11.2004.

²⁰⁹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

– e não fechados como no direito penal – permitindo a Administração Pública interpretar e especificar o sentido da norma.²¹⁰

A ideia básica é a de que o enquadramento das condutas a um tipo legal impede que o Estado, através de seus agentes, venha a punir servidores públicos por conveniências que não aquelas estritamente ligadas à consecução do interesse público.

O processo administrativo disciplinar tem muitos aspectos jurídicos peculiares, mas sua natureza punitiva guarda relação com o instituto da tipicidade do processo penal, que exige do Estado-Acusador que defina previamente o conteúdo e o alcance da persecução penal.²¹¹

Corolário do devido processo legal, a tipicidade é uma garantia dos acusados de não virem a sofrer acusações genéricas, vagas ou insubsistentes.²¹²

Assim, tal qual a denúncia no processo penal, também o Termo de Indiciamento do processo administrativo disciplinar deverá conter todos os elementos que garantam o acusado exercer de forma adequada e eficiente sua defesa, assim como impedir que a administração pública extrapole o fim público inerente à sua atuação estatal. Ainda sobre a denúncia, é lapidar as lições do professor Hélio Bastos Tornaghi:

Refere-se o código à exposição minuciosa, não apenas do fato infringente da lei, como também de todos os fatos que cercaram; não somente de seus antecedentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e consequentes. A narrativa circunstanciada, não só encaminhada à atuação da autoridade policial, como até ministra ao juiz elementos para um juízo de valor.²¹³

²¹⁰ Exemplo notável é o do inciso IX do art. 117 da lei 8.112/90, que diz o seguinte: Art. 117. Ao servidor é proibido: IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, em que a elementar do tipo “valer-se do cargo para lograr proveito..” permite um amplo juízo de reprovação.

²¹¹ Nesse sentido, destacam-se as reflexões desenvolvidas pelo Ministro Celso de Mello, no HC nº 70.763/DF, 1ª T., do STF: “O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas, à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta.”

²¹² Ministro Gilmar Mendes, no HC nº 84.409/SP, 2ª T., do STF, [9] de forma oportuna deixou bem explícito que: “Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. [...] quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição.”

²¹³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 15.

O Estado, personificação da ordem jurídica, por não deter nenhum interesse próprio, foi instituído para zelar pelo interesse público, e tem a incumbência de proteger os cidadãos em todos os aspectos que envolvem a segurança jurídica, o significa que tem o dever de instalar o termo de acusação de forma completa, dispondo de forma clara e precisa todas as circunstâncias do fato ilícito, e nesse sentido, indispensável a ampla defesa, a descrição do fato com todas as suas circunstâncias é forma essencial da denúncia. Conforme lição de Vicente Greco Filho:

Outro requisito essencial à ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e a nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de *habeas corpus*, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se.²¹⁴

No que pese o inquestionável entendimento de que o processo administrativo disciplinar não se confunde com o processo penal, mantém com ele estreita ligação no que se refere à garantia do devido processo legal e demais formalidades, como a garantia da tipicidade. A tipicidade é indispensável ao exercício do poder disciplinar, por ser ato de natureza constitutiva, que afeta diretamente direitos fundamentais. Nessa linha, o jurista Mauro Roberto Gomes de Mattos aduz que

A Portaria inaugural, como especialmente o termo de indiciamento, devem corresponder, por exemplo, como já dito, a uma denúncia penal, onde a descrição dos fatos, fundamentos e a demonstração das provas, de forma explícita retiram a inépcia da acusação. Ou seja, o fato apurado é esclarecido exatamente nessa fase, onde o direito administrativo brasileiro saiu do inquisitório para o acusatório, passando o investigado a ter direitos impostergáveis e indelegáveis, sendo que um deles é tão fundamental tanto quanto os demais, consiste em saber do que é acusado e como demonstrará sua inocência, pois a presunção de inocência milita a seu favor e só uma acusação séria e concreta é que terá legitimidade de provar o contrário.²¹⁵

Com efeito, após a Carta Constitucional de 1988, não há mais que se falar em processo punitivo, seja judicial, seja administrativo, que não seja pautado pela garantia dos direitos fundamentais consagrada à toda pessoa, seja ela um cidadão ou um servidor público

²¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64.

²¹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 1030.

Nesse sentido, o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos federais, regulado pela Lei 8.112/90, o “termo de indicição” é o ato que deve ser compreendido como equivalente à denúncia, cujo art. 161 reza que “tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.” Ora, tais exigências têm em mira justamente a garantia de que o servidor deve ser sua conduta apurada de forma estrita a fim de evitar que sofra punições indiscriminadas, ditadas segundo conveniências e subjetividades dos agentes que tem a prerrogativa de apurar e de punir ilícitos disciplinares.²¹⁶

A tipicidade, neste particular sentido, se fundamenta precisamente na ideia de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

4.4 O princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência é uma garantia de imperiosa apreciação no processo sancionador, pois objetiva impedir atuações arbitrárias do Estado.

Esse princípio tem origem implícita no dispositivo Constitucional, art. 5º, LVII, da Constituição da República que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No processo administrativo, a presunção de inocência também deve ser vista como garantia fundamental inerente ao *due process of law*. Isso não invalida observar que a administração pública pode se valer de procedimento acautelatório quando o caso exigir urgência no atendimento do interesse público. É o caso do afastamento imediato do servidor do cargo público quando houver fundado receio de que possa destruir provas ou reincidir na

²¹⁶“Algumas das penalidades disciplinares, quando impostas, dado o seu caráter sancionatório, podem deixar seqüelas irreversíveis na vida do servidor público. Por essa razão, para evitar a imposição indiscriminada e arbitrária da sanção administrativa, por parte do administrador público, devem ser aplicados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica no processo administrativo disciplinar, para que o plasmado da justiça seja respeitado. O objetivo do processo administrativo disciplinar é verificar se um fato típico, previsto no Estatuto dos Servidores Públicos ou em normas jurídicas afins, como infração disciplinar foi infringido, gerando responsabilidade para o seu infrator. Por essa razão é que entendemos que quando da imposição de uma sanção disciplinar, deverá a mesma ser vinculada à tipificação prevista na lei, para que seja exteriorizado o direito justo, oriundo do somatório de todos os elementos que serviram de base para que fosse perquirida a verdade real, extraída do conjunto probatório. Por isso, no apuratório punitivo, o tipo disciplinar, capaz de respaldar a aplicação de penalidades leves, médias ou graves, deve ser detalhado, descrevendo de forma analítica a conduta tida como infracional bem como a penalidade que deve ser aplicada. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A acusação no processo administrativo disciplinar deve ser circunstanciada, objetiva, direta e ter previsão em um tipo legal*. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10702>, acesso em 18 de janeiro de 2017.

prática delitiva.²¹⁷ Não ocorre aí nenhum prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. É similar, portanto, à forma e ao modo que se dá nas ações de improbidade administrativa.²¹⁸

Vale registrar que o Pleno do STF decidiu, por sete a quatro, relativizar a regra/princípio do consagrado princípio da presunção de inocência, admitindo a prisão do réu antes do trânsito em julgado da decisão. O Pretório Excelso reviu a sua própria jurisprudência para firmar nova interpretação do art. 5º, LVII, e admitir que essa histórica garantia fundamental do devido processo legal expira depois que a sentença é confirmada pelos tribunais de apelação.²¹⁹ Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, impossibilitar a execução imediata da pena, após a decisão de um juiz de segundo grau, é um estímulo a apresentação de recursos protelatórios para evitar o cumprimento da pena. Em seu voto, Barroso lembrou que nenhum país do mundo impede a execução da pena para esperar a manifestação da Suprema Corte, como ocorre atualmente no Brasil. O ministro Luiz Fux acompanhou a maioria a favor da prisão antes do trânsito em julgado. De acordo com Fux, toda pessoa tem direito à presunção de inocência, garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, a presunção cessa após a definição de sua culpabilidade pela segunda instância:

Ninguém consegue entender a seguinte equação. O cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, ele é condenado no juízo da acusação, ele é condenado no STJ [Superior Tribunal de Justiça] e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja presunção de inocência.²²⁰

O decano da Corte, Celso de Mello, afirmou que a Constituição estabeleceu limites do *jus puniendi*, que não podem ser ignorados, e defendeu a manutenção da jurisprudência do tribunal. "Quando esta Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal, impede que o Estado decrete arbitrariamente, por antecipação, a implementação executiva de medidas privativas de liberdade", argumentou. Lewandowski divergiu da maioria por entender que a Constituição é clara ao definir que ninguém pode cumprir pena antecipada antes do trânsito em julgado. O presidente também

²¹⁷ Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

²¹⁸ Art. 20, parágrafo único da Lei 8.429/92, como também no processo penal.

²¹⁹ Votaram a favor do cumprimento da pena antes do fim de todos os recursos os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

²²⁰ HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

disse que ficou perplexo com a mudança de posicionamento da Corte, que, segundo ele, vai implicar no aumento da população carcerária.

Queria manifestar minha perplexidade desta guinada da Corte com relação à esta decisão paradigmática. Minha perplexidade diante do fato dela ser tomada logo depois de termos assentado que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, afirmamos que o sistema se encontra no estado de coisas inconstitucional. Vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro 'Inferno de Dante', que é o nosso sistema prisional.²²¹

Apesar de a decisão do Pretório Excelso se referir ao processo penal, é digno de nota a crítica sob os seu aspecto reflexivo no que tange à questão da correlação dos princípios aqui tratada. Defende-se aqui, em matéria de princípios, que deve sempre prevalecer a noção de proporcionalidade, de ponderação como eixos diretivos do Estado Democrático de Direito e seu fundamento maior, que é o princípio da dignidade humana, que por sua vez é a fonte de onde nascem os direitos fundamentais, conforme robusta doutrina. De fato, os princípios, via de regra, não são absolutos, e devem ser ponderados, mas jamais frente às conveniências da perseguição estatal, ou de supostos interesses em favor do *in dubio pro societas*, biombo quenão raras vezes na história escondeu ideologias fascistas e seus respectivos regimes totalitários, cuja antessala costuma ser o apanágio da “vontade das majorias”. Os princípios dos direitos fundamentais, quando colidentes, devem sempre ser ponderados.²²²

Quanto à aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar, vale registrar com toda segurança jurídica que o tema exige que a administração pública não pode burlar a presunção de inocência do servidor público por qualquer conveniência de algum agente público de plantão.

²²¹ Idem.

²²² Nesse sentido, a clássica lição de J.J. Gomes Canotilho: “Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflituantes. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflituantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais radica, como se disse, na natureza tendencialmente *princípial* de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*. Nesse sentido se pôde afirmar recentemente que a ponderação ou o *balancing ad hoc* é a forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. *A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 1227.

4.5 O princípio da motivação

O princípio da motivação também decorre do art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, sendo ele indistintamente aplicável nas decisões administrativas e judiciárias. No plano da legalidade, a ausência de motivação implica em nulidade. Aliás, é a motivação que possibilita não somente ao Judiciário desempenhar sua função controladora, mas também confere legitimidade aos atos administrativos sempre que a Administração Pública vir a exercer seu poder de autotutela.

O dever da motivação do ato estatal sempre foi uma garantia fundamental do processo, e um dever imposto ao juiz. A Constituição Federal deixou expressa essa garantia fundamental do devido processo legal no art. 97, IX, seguido do art. 11 do novo Código de Processo Civil.²²³

Esse dever de motivação dos atos administrativos, percebido inicialmente pela doutrina e pela jurisprudência, veio a ser regulado no art. 50 da Lei Federal 9.784/99, que obriga a autoridade administrativa a fundamentar o ato administrativo.²²⁴

Fruto da evolução do direito moderno, a motivação de todo ato estatal decorre da própria razão de ser do Estado Democrático de Direito, em que são os cidadãos os reais detentores de todo o poder, sendo os agentes públicos meros delegados desse poder.

Fácil perceber a correspondência desse princípio com a razoabilidade e a proporcionalidade. Sob todos os aspectos, ambos os princípios funcionam como fundamento

²²³ CF Art. 97 [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); CPC Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

²²⁴ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

do dever de motivação da punição disciplinar, seja pela ausência absoluta, seja pela deficiência, seja pela impertinência.

Com efeito, a ausência absoluta de motivação traduz notória lacuna que retira da punição disciplinar a legitimidade do ato, que requer, ainda que minimamente, fundamento jurídico alicerçado nas razões de decidir. A administração precisa indicar como chegou à conclusão do processo, e porque decidiu desta ou daquela forma, mormente quando o caso exige o exame da dosimetria da pena.

4.6 O princípio da prescrição

Aprescrição penal e disciplinar é a perda da prerrogativa do Estado de punir em decorrência da inércia de seus agentes, e configura importante mecanismo de controle do poder de coação dado a seus órgãos, possuindo estreita relação com o princípio da reserva legal como contrapeso. A referência do aforismo de que *tempus regit actum* indica ao poder público um limite para exercer sua potestade. A prescrição administrativa, embora se relacione ao devido processo legal, não é matéria processual, mas de direito administrativo que deve ser regulada pelas entidades políticas, ressalvada a competência da União.

O instituto da prescrição tem notório fundamento no princípio da razoabilidade e na proporcionalidade, uma vez que não guarda juízo de congruência (razoabilidade) e tampouco justa medida (proporcionalidade) que a lei possa vir a conceder ao Estado prazos ilimitados na persecução dos agentes infratores. Ao prever a limitação do tempo para *opus puniendi*, o legislador se balizou em um juízo de ponderação e balanceamento entre o dever de não deixar impune e o ilícito e a segurança jurídica que jaz no interesse público do Estado de ser precipuamente um instrumento de apaziguamento e estabilização dos conflitos sociais, uma vez que, em não demonstrando zelo e prontidão em punir em certa medida de tempo, o Estado também não pode gerar incerteza e intranquilidade, que no mais das vezes é causa de novos conflitos.

A prescrição contra atos administrativos, em regra, ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/32. Após o advento da Lei 9.784/99, que passou a regular o processo administrativo federal, também os atos eivados de nulidade absoluta – que podiam ser anulados a qualquer tempo²²⁵ passaram a ser delimitados pelo quinquídio, nos termos do art. 54

²²⁵ Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

do referido diploma²²⁶. Já para as infrações disciplinares, a prescrição se dá em 180 dias para os tipos puníveis com advertência, dois anos, aqueles puníveis com suspensão, e cinco anos, os casos de demissão, nos termos do art. 142 da Lei 8.112/90.²²⁷

Assunto vasto e polêmico, este trabalho considera dois temas merecedores de destaque. O primeiro, refere-se à regulação da prescrição administrativa pelos prazos do art. 109 do Código Penal quando o ilícito disciplinar também figurar como crime. Nesta hipótese, o §2º do art. 142 da Lei 8.112, que diz que “os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”. A discussão em torno do assunto é se a administração pode ela mesma considerar incidente os prazos prescricionais da lei penal depois de constatar que ilícito disciplinar também é um ilícito penal.

A Controladoria-Geral da União emitiu parecer no sentido de que “para aplicação de prazo prescricional, nos moldes do § 2º do art. 142 da lei 8.112/90, não é necessário o início da persecução penal”.²²⁸

O STJ tem jurisprudência controvertida. Há arestos que entendem que “a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração criminal, afasta a aplicação da legislação penal para o cômputo da prescrição, devendo ser aplicados os prazos administrativos”.²²⁹ Em sentido diverso, há decisões que consideram que basta a previsão

²²⁶ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

²²⁷ Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

²²⁸ Enunciado CGU n.º 05, de 19 de outubro de 2011, publicado no *DOU* de 24/10/2011 Seção I p. 6.

²²⁹ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEI Nº 10.261 /68. ESTATUTO DOS FUNCIONARIOS PUBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I - Consoante entendimento jurisprudencial e nos termos do 261 , parágrafo único da Lei nº 10.261 /68, a instauração do processo administrativo disciplinar interrompe o prazo prescricional. Ultrapassado o período relativo à conclusão e decisão no processo o prazo prescricional volta a ter curso por inteiro, a partir do fato interruptivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. II - In casu, por se tratar de pena de demissão a bem do serviço público a ação disciplinar prescreve em cinco anos, sendo certo que entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo contra as servidoras não houve o transcurso do lapso temporal. Ademais, mesmo após o reinício do prazo prescricional, com a cessação da interrupção, não restou configurada a prescrição da pretensão punitiva da Administração. III - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração criminal, afasta a aplicação da legislação penal para o cômputo da prescrição, devendo ser aplicados os prazos administrativos. Precedentes. IV - Recurso conhecido e desprovido. STJ - RMS 14497 SP 2002/0024787-9 publicação: 15/09/2003.

abstrata do ilícito disciplinar como crime para que a prescrição disciplinar seja afastada pela criminal.²³⁰ O STF corroborou esse entendimento, aduzindo que:

[...] II. Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I[...], se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito.²³¹

O primeiro posicionamento citado parece ser o mais condizente com os princípios que informam a sistemática punitiva centrada no devido processo legal e em um escorreito juízo de razoabilidade e de proporcionalidade. A coerência com esses princípios leva a se filiar a tese de que o fato na esfera disciplinar, para também ter a chancela de conduta criminosa, deve primeiramente ser apurado pelo Judiciário, pois falece competência à administração para dizer o que é e o que deixa de ser crime. Um juízo de proporcionalidade aqui observado se manifesta no subprincípio da necessidade, que impõe a aplicação da medida menos restritiva como aquela que mais otimiza o interesse público perseguido pela atuação estatal.

O segundo tema diz respeito ao termo *a quo* e *ad quem* na contagem do prazo. Diz o § 1º do art. 142 que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”; já o art. 143 diz que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata”. Assim, com base nessa regra, indaga-se se a contagem do prazo começa somente após a ciência dada à autoridade investida de competência para processar o servidor, ou se bastaria que a notícia chegasse a outro órgão não investido dessa prerrogativa. A jurisprudência do STJ também diverge nesse assunto.

²³⁰ [...] 2. A Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime - o que ocorre na hipótese, haja vista que as infrações administrativas imputadas ao impetrante, em especial o recebimento de vantagem financeira em troca do fornecimento de informações privilegiadas a pessoa investigada (art. IX do art. 43 da Lei 4.878/65) também se configura como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Precedentes: MS16567/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/11/11; MS 15462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22/3/11; MS 14040/ DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis, Terceira Seção, DJe 23/8/11. 3. Assim, fazendo o cotejo do art. 317 do CP com o art. 109 do CP, segundo o qual a prescrição, antes de proferida a sentença condenatória, é regulado pela pena máxima cominada para o delito, o prazo prescricional em abstrato atinge 16 anos. Nesse contexto, ainda que considerado o conhecimento dos fatos imputados ao impetrante em 2000, não se pode afirmar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, uma vez que a mesma somente se esgotaria em 2016. STJ- MS-16075 / DF, Primeira Seção, Rel., Ministro Benedito Gonçalves, j. 29/02/2012, DJe 21/03/2012.

²³¹ STF- MS 24.013. Tribunal Pleno, j. 31/3/2004.

Favorável à tese de que a prescrição só inicia pela autoridade competente, tem-se o seguinte julgado:

[...]1. À luz da legislação que rege a matéria - Lei 8.112/90, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar - PAD (art. 142, § 1º). A prescrição é interrompida desde a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente (art. 142, § 3º). Esta interrupção não é definitiva, visto que, após o prazo de 140 dias - prazo máximo para conclusão e julgamento do PAD a partir de sua instauração (art. 152 c/c art. 167), o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro, segundo a regra estabelecida no art. 142, § 4º, da legislação em referência [...].²³²

Em sentido diverso

2. O termo inicial da prescrição punitiva estatal começa a fluir na exata data do conhecimento da irregularidade, praticada pelo servidor, por alguma autoridade do serviço público e não, necessariamente, pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar. Precedente. 3 - A autoridade hierarquicamente superior à impetrante era seu chefe imediato, que teve ciência, de forma inequívoca e clara das faltas injustificadas da servidora. Logo, tão somente aquele que a acompanhava tinha o dever funcional de comunicar à autoridade competente para a devida apuração, sob pena, até, de falta funcional. 4. Admitida a ciência do ato pelo chefe imediato da impetrante, em 3/8/04 (data da última falta injustificada), e sendo de 5 (cinco) anos o prazo para o exercício da pretensão sancionadora do Estado, nos termos do art. 142, inciso I, da Lei 8.112/90, resta configurada a prescrição, uma vez que o processo administrativo disciplinar que culminou com a aplicação da pena de demissão da servidora foi instaurado apenas em 27/8/09. 5. Mandado de segurança concedido.²³³

Essa segunda tese do STJ ficou mais robusta com decisão no mesmo sentido da sua Terceira Turma²³⁴, e que, por sua vez, tem o anteparo do STF no voto do ministro Carlos Aires Brito, de cujo teor se consolida a interpretação de que, "de acordo com o art. 142, inciso I, § 1º, da Lei n.º 8.112/90, o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à demissão ou cassação de aposentadoria do servidor, começa a correr da data em que a Administração toma conhecimento do fato àquele imputado".²³⁵

É preciso reconhecer que a tese sufragada pelo STF é superior não apenas pela forma, mas pelo conteúdo, pois não parece guardar razoabilidade e tampouco proporcionalidade com

²³²MS 17.456/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, *DJe* 20/11/2012.

²³³STJ - MS 20162 DF 2013/0141114-0 publicação: 24/02/2014.

²³⁴3. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação Disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido da Administração, mas não necessariamente por aquela autoridade específica competente para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1o, da Lei 8.112/90). Precedentes.

²³⁵STF, RMS 24.737/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* de 1/6/04.

a regra restritiva de que o “tempo rege o ato” permitir que um servidor venha a ser processado e punido além do prazo regrado pelo art. 142 se a administração pública, por qualquer de seus órgãos que não aquele competente para o processamento, já havia tomado ciência do fato e se quedou inerte. Parece gritante a falta de ponderação no entendimento contrário, principalmente se for salientado que, como de praxe, a notícia de irregularidades na administração pública não caminha com a mesma rapidez que pelas vias informais.

Por fim, não é de menor importância registrar que os limites do prazo para processamento, embora não gerem nulidade pelo excesso, conforme entendimento pacificado nos tribunais, devem ser demarcados para a incidência da prescrição intercorrente, que começa a correr 140 dias depois da regular instauração mediante portaria.²³⁶ Portanto, se o excesso de prazo não gera nulidade, pode acarretar a prescrição do feito caso o processo administrativo se estenda além de 180 dias para aplicar a advertência, dois anos para a suspensão e cinco anos para a demissão. Essa é a inteligente jurisprudência consolidada do STF e STJ.²³⁷²³⁸

Vê-se que o instituto da prescrição aplicado ao processo administrativo, em qualquer ângulo que se posicione o intérprete acerca do modo de contagem dos prazos, não tem como examiná-lo sem se ancorar em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afinal, a percepção dos limites impostos ao Estado para exercer seu *jus puniendi* não pode ser examinado sem esses padrões mínimos de racionalidade que fundamenta o Estado de Democrático de Direito.

4.7 O princípio finalidade

O princípio da finalidade impõe à administração pública a estrita obediência à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico. No modo de fazê-lo, está implícito que essa subserviência à legalidade deve ser pautada de forma razoável e proporcional, afinal, não teria

²³⁶ Isso porque, de acordo com a Lei 8.112/90, a administração federal tem sessenta dias para concluir a instrução, prorrogáveis por igual período (art. 152), e vinte dias para o julgamento (art. 167).

²³⁷ STJ – “[...]1. Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de cento e quarenta dias o prazo estabelecido pela Lei nº 8.112/1990 para o término do processo administrativo disciplinar nela previsto. É igualmente firme a orientação segundo a qual o prazo prescricional, que se interrompe com a instauração do processo disciplinar, tem a sua contagem retomada, por inteiro, após decorridos cento e quarenta dias do início do processo.” STJ – MS 15.095/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 17/09/2012.

²³⁸ STF – “[...]A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998. (RMS 23436-DF).

cabimento supor que sucedesse desse comando normativo a prática de outros atos que não aqueles consonantes com os fins para os quais foi editada a ordem jurídica.

Luis Recaséns Siches acentua que “o direito não é um fim em si mesmo” mas “somente um meio a serviço do fim”²³⁹ ao se reportar à Ihering quando este disse que “o fim é o criador de todo direito” e que “não há norma jurídica que não deve sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático”.²⁴⁰ Nessa conceituação, transparece, nitidamente, o fundamento implícito da razoabilidade e da proporcionalidade.

De fato, a imposição de fins à atuação estatal é consequência do caráter principiológico da razoabilidade, particularmente quando examina atos administrativos maculados pelos vícios de excesso e desvio de poder, como sucede com frequência nos processos administrativos instaurados com finalidades políticas e facciosas, onde se oculta outros fins que não a justa apuração da falta disciplinar.

No entanto, por óbvio não se deve perder de vista que o controle de razoabilidade da finalidade do ato administrativo não se prende a exames subjetivos. José Roberto Pimenta Oliveira destaca que o propósito da razoabilidade não é o de “a firmar a validade ou invalidade teleológica do ato”, mas “por assim dizer [...] uma técnica mais aprofundada de sindicar a anatomia da conduta administrativa, para fins de verificar arbitrariedade sediada para além da tipificação do desvio de poder, mas igualmente e fortemente repelida – por se tratar a ausência de razoabilidade de vício de extrema gravidade – pelo regime jurídico administrativo.”²⁴¹

O princípio da finalidade visa exclusivamente a concretização do interesse público – a exclusiva finalidade do ato administrativo – e nada mais é do que a imposição de buscar a realização do bem comum e não deixá-lo à deriva, resguardando a atividade estatal dos fins particulares sempre em favor do interesse geral da coletividade. “O interesse público é a verdadeira razão de ser e a verdadeira explicação do direito administrativo, seu real fundamento, o que permite superar a afirmação de que o direito administrativo é o direito da administração pública, para substituí-la pela mais exata e geral, de que o direito administrativo é o direito do interesse público, perseguido através da atividade administrativa.”²⁴² Nesse sentido, é que “a razoabilidade e, conseqüentemente, a proporcionalidade, mantém relação estreita ou umbilical com a definição substancial do interesse público”, pois:

²³⁹ SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 633.

²⁴⁰ Op. cit., p. 633.

²⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 257

²⁴² Héctor Jorge Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, p. 236, apud OLIVEIRA, op. cit. p. 236.

[...]mostra-se como referência fundamental para a escoreita configuração do bem ou valor que legitima a ação estatal, ante cada situação enfrentada, pois implica para o administrador o dever de, a partir da Constituição e demais normas infraconstitucionais, analisar detalhadamente todo o quadro normativo regulativo da atividade, as circunstâncias específicas e os respectivos interesses jurídicos relevantes de cada caso posto à apreciação, possibilitando juridicamente compor, de forma ótima, os termos e a exata medida do interesse público que deve perseguir a administração e das medidas por ele demandadas. Elege-se o interesse público como primeiro vetor principiológico a cotejar com a razoabilidade, porque esta responde, juridicamente, pela sua legítima e válida dimensão, fisionomia ou perfil, permitindo o seu balizamento material em cada atuar administrativo.²⁴³

Mediante o exame concreto da vinculação da administração à atuação razoável é que o STF decidiu²⁴⁴ pela inconstitucionalidade do ato legislativo que ampliava o prazo decadencial da ação rescisória para União de dois para cinco anos.

4.8 O princípio da moralidade

Um dos princípios inseridos no caput do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade expressa de forma veemente a preocupação do constituinte de 1988 com a atuação zelosa que todos devem ter com a coisa pública.

O constituinte deu tanta importância a essa regra/princípio que previu graves sanções aos agentes que incorrerem na forma qualificada da imoralidade, que é a improbidade administrativa. Assim é que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”²⁴⁵ Sem deixar de mencionar ainda a Lei nº 8.429/92, que regulou aquele dispositivo, bem como a previsão no art. 85, V, da CF que previu tais atos como crime de responsabilidade do presidente da República. Além disso, previu também que os atos que atentem contra a moralidade poderão ser atacados através de ação popular.²⁴⁶

De modo que, é pressuposto do dever de proceder de forma ética e moral que a conduta do agente público seja instruída pela razoabilidade e por um juízo de justa medida,

²⁴³ OLIVEIRA, op. cit. p. 238.

²⁴⁴ Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.753-DF, julgada em 16.4.98.

²⁴⁵ Art. 37 [...], § 4º, CF.

²⁴⁶ Art. 5º [...] LXXIII, CF.

em harmonia com o caráter axiológico do sistema de normas que formam o Estado constitucional.

Conforme José Roberto Pimenta Oliveira, reportando-se à cátedra de Hauriou:

A noção de moralidade administrativa aparece originariamente no direito administrativo francês, na obra de Maurice Hauriou, vinculada à teoria do desvio de poder, considerado uma das aberturas do *recours pour excès de pouvoir* para suscitar o controle judicial do fim de determinado provimento administrativo perante o Conselho de Estado Francês.²⁴⁷

Voltado para coibir o desvio de finalidade de seus agentes, a moralidade administrativa é tanto um dever imposto genericamente a todo agente público, como também para aqueles incumbidos de apurar e punir as faltas disciplinares. Ou seja, fere a moralidade não somente a prática do ato infracional, como também punir em excesso, atuando em desvio de poder. É aqui que se vê a correspondência que há entre a moralidade e a razoabilidade e a proporcionalidade. E novamente vale trazer a contribuição pioneira de Hauriou, mencionada por José Guilherme Giacomuzzi:

“Ressalta a insurgência de Hauriou contra o voluntarismo jurídico então prevalecente em sua época, mostrando que as ideias ‘objetivas’ de boa administração e moralidade administrativa tiveram como escopo possibilitar a análise subjetiva do ato acoimado de desvio de finalidade.”²⁴⁸

Decorre desse dever de agir de maneira honesta com o serviço público, que o agente público atue nos padrões éticos e de boa-fé socialmente exigidos, aliás, previstos como regra pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal e dispõe como dever da Administração a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”,²⁴⁹ bem como o direito subjetivo dos administrados de “ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações” (art. 3º).

Ao mesmo tempo pressuposto e consequência do dever de atuar com a boa-fé, a razoabilidade mais uma vez se destaca como o princípio regente dessa preambular diretiva moral prevista no art. 37 da CF. Sem um standard que permita aferir os valores meridianos da comunidade, ficaria difícil aferir o que é moralmente aceitável e o que efetivamente deve ser

²⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 260.

²⁴⁸ José Guilherme Giacomuzzi *apud* OLIVEIRA, op.cit., p. 260.

²⁴⁹ Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

repelido para fora do serviço público. E é justamente a partir de critérios padronizados e consolidados na boa praxe administrativa que vai se sedimentando de forma perene a atuação moral dentro de limites de razoabilidade e proporcionalidade.

Como diz Lucia Valle Figueiredo, “a razoabilidade, a relação de congruência entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade.”²⁵⁰ Para o exame da gravidade da infração disciplinar e da devida dosagem da penalidade, a conjugação do dever da moralidade com o dever da atuação razoável e proporcional, isto é, de se saber o que deve ser considerado ou não como ilícito administrativo, tem um peso decisivo.

4.9 O princípio da impessoalidade

Princípio estatuído no art. 37, caput, da CF, a observância da impessoalidade segue como dever inerente de todos os órgãos do Estado, voltados para promover o bem geral de todos, sem distinção de qualquer natureza.²⁵¹ Implica esse dever na atuação imparcial e despida de facciosismo político de todas as vertentes.

A razoabilidade e a proporcionalidade se relacionam sistematicamente com o dever da impessoalidade, conforme se depreende do fim público colimado pela ordem constitucional em toda forma de ato estatal, pois informam critérios objetivos para aferir congruência (razoabilidade) e justa medida (proporcionalidade) no trato igualitário que deve ser conferido a todos administrados. Nesse propósito, cumpre asseverar que a impessoalidade está para a igualdade como um mesmo fenômeno jurídico, no sentido que se opõe um direito subjetivo (direito de igualdade) a um dever jurídico do Estado (impessoalidade).²⁵²

²⁵⁰ “O princípio da Moralidade Administrativa e o Direito Tributário”, in Celso Antônio Bandeira de Mello (Organizador), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo e Constitucional*, p. 426.

²⁵¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

²⁵² E isto nos remete ao milenar conceito de igualdade de Aristóteles, na lapidar definição de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” A regra do grande estagirista ficou popularizada por Rui Barbosa em discurso escrito para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado Oração aos Moços, onde se lê: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Destarte, atuar com impessoalidade implica no dever jurídico da administração de se abster de preferências de qualquer espécie, de promover favorecimentos ou preterição por motivos ideológicos, políticos, religiosos, culturais, entre outros, ou por qualquer modo, transmutar em particular o interesse que é, por natureza, exclusivamente público.²⁵³ Por esta razão, sempre que se interpor entre o dever jurídico da administração e o direito subjetivo do administrado outro interesse que não o exclusivamente público, impõe-se a substituição do responsável pela prática do ato administrativo. É o que sucede no caso dos membros das comissões de processo administrativo, cujo dever de imparcialidade e desinteresse na causa é de rigor e constitui “falta grave”, por afrontar aos arts. 18, 19 e 20 da Lei 9.784/99.²⁵⁴ Nesse sentido, Caio Tácito:

O princípio da impessoalidade repele atos administrativos discriminatórios que importem favorecimento ou desapeço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada. [...] Em síntese, a atividade administrativa pode, e em certos casos deve, distinguir entre pessoas, em função de peculiaridades que a lei manda observar. Não poderá jamais discriminar entre elas, sobrepondo o juízo personalista à objetividade legal de tratamento. O princípio da impessoalidade se aproxima, em suma do princípio da imparcialidade, um e outros subordinado à regra da neutralidade e isenção administrativas.”²⁵⁵

Percebe-se a toda vista a conexão da razoabilidade e da proporcionalidade com a ideia que todos têm de uma conduta imparcial, e que, à luz do direito constitucional e administrativo, fornece mecanismos apropriados para se elevar ao status de juridicidade o

²⁵³ “O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá através da intangibilidade dos valores relacionados com a dignidade do ser humano”. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a Personalização do Direito Administrativo, *RTDP*, p. 133.

²⁵⁴ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

²⁵⁵ TÁCITO, Caio. O Procedimento Administrativo e a Garantia da Impessoalidade. *Revista de Direito Administrativo Aplicado Genesis*. Curitiba, Síntese, jul-set. 1996, p. 629.

senso comum de imparcialidade que se espera do serviço público, e é tomado como medida de valor, ou como avaliação de justeza pelo cidadão meridianamente considerado.²⁵⁶

Corolário do presente estudo, que se concentra na polêmica em torno da dosimetria da pena disciplinar em desfavor do servidor público, o exame metódico do princípio da impessoalidade é um dever de imparcialidade que funciona como pressuposto inafastável para que a autoridade julgadora reveja ponderadamente a justa medida da punição sofrida por quem cometeu uma infração prevista no estatuto dos servidores públicos.²⁵⁷

Na linha de José Roberto Pimenta Oliveira, o “sistema jurídico não impõe o dever de imparcialidade senão para viabilizar a busca da adequação axiológica da ação administrativa no exercício da competência”.²⁵⁸ Nesse sentido, “inexiste juízo administrativo válido de razoabilidade se, antecedente à sua elaboração e concreção, não se revela plena observância da impessoalidade, em sua diretriz positiva de imparcialidade, na realização da atividade”.²⁵⁹

4.10 O princípio da igualdade

Conforme se viu no item anterior, a impessoalidade e a igualdade formam dois lados de um mesmo fenômeno: a atuação administrativa despida de outro interesse que não o exclusivamente público, de modo que, enquanto a impessoalidade impõe uma atuação negativa – deixar de agir discriminatoriamente; a igualdade se constitui em uma atuação positiva – agir horizontalmente, indistintamente, em favor do administrado.

Diante do estudo em tela, em que se põe em relevo o dever da administração de aplicar a proporcionalidade na penalidade disciplinar, bem como procedendo a um exame congruente e ponderado da conduta do servidor público, é também um pressuposto dessa valoração que o tratamento conferido aos acusados em processo administrativo seja tanto impessoal como também igualitário.

Esse tratamento isonômico conferido aos acusados em geral de praticar ilícitos disciplinares tem estreita relação com a razoabilidade, que fornece um conteúdo valorativo

²⁵⁶ “A doutrina enfatiza como corolários do princípio da imparcialidade os deveres de objetividade, exclusividade, isenção, independência, neutralidade e transparência. Atuar com objetividade significa fundamentalmente desempenhar as operações de apreciação dos fatos e de escolha da consequência jurídica a editar, em vista do fim público perseguido, a partir de critérios lógico-rationais e admissíveis pelo direito, e afastar da conduta administrativa o subjetivismo ou injunções externas alheias ao bem jurídico que serve de mola propulsora da atuação administrativa”. OLIVEIRA, op. cit., p. 242.

²⁵⁷ “A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político. FIGUEIREDO, Lucia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 63.

²⁵⁸ OLIVEIRA, op.cit. p. 246.

²⁵⁹ Ibid., p. 247.

fundado em um triplo dever: dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência, conforme estudos aqui referidos de Humberto Ávila.²⁶⁰ De resto, a noção de igualdade está presente em todo o ordenamento, a começar pela própria Carta Política, que edifica preambularmente a igualdade como critério axiológico *prima facie* no sistema de normas que forma o Estado Democrático de Direito, de onde se forma um poderoso anteparo contra o próprio legislador de editar normas colidentes com a garantia fundamental da igualdade.²⁶¹

A isonomia assegura aos acusados em processo administrativo disciplinar que não sofram penalidades díspares pela mesma conduta, ao mesmo tempo que impõe à administração a observância de uniformidade de suas decisões, v.g. como sucede na punição de infrações disciplinares praticadas por mais de um servidor público. Não raro, sucede aqui uma confusão importante de ser dirimida, e que consiste no fato de um mesmo ente federado possuir diversos órgãos responsáveis por aplicar a penalidade, ocorrendo penas distintas para situações exatamente idênticas. Esse comportamento anti-isonômico fere outro princípio régio, que é a uniformidade das decisões administrativas.

Diferentemente do Poder Judiciário, onde cada juiz ou órgão colegiado tem autonomia para decidir conforme sua livre convicção, no Poder Executivo os órgãos incumbidos de proferir decisões não possuem tal prerrogativa, e devem se ater à forma unitária da gestão administrativa, onde um mesmo ente possui uma única e exclusiva vontade.

Por certo, é preciso reiterar que o tratamento igualitário não consiste apenas em tratar iguais os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.²⁶² É a hipótese do servidor que, apesar de incorrer no mesmo ilícito, agiu sob circunstâncias especiais que o coloca em situação de desigualdade com os demais que incorreram na mesma falta. Nesta situação, nivelar a punição é uma forma de injustiça, e ofende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Efetivamente, a legitimidade dessa desigualdade entre situações distintas não pode ser indiferente ao direito, e é justamente aqui que resplandece a força vinculante dos princípios ao

²⁶⁰ Tópicos 3.3.1.1, 3.3.1.2 e 3.3.1.3, p. 57-60.

²⁶¹ Na memorável aula do professor Fábio Konder Comparato fica claro que “[...] se a igualdade de tratamento jurídico é reconhecida como um princípio constitucional inerente ao regime democrático, quer isto significar que a força desse princípio se impõe a todos os ramos do Estado; não só ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também ao próprio legislador. Em outras palavras, quando a Constituição proclama que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º caput), ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada. Ao lado, pois de uma desigualdade perante a lei, pode haver uma desigualdade da própria lei, o que é muito mais grave”. COMPARATO, Fábio Konder. *Precisões sobre os Conceitos da Lei e de Igualdade Jurídica*, RT 750/17.

²⁶² Vide nota 252.

informar os fundamentos pelos quais se justifica a desiquiparação no trato entre pessoas desigualmente condicionadas pelas circunstâncias. Com efeito, os princípios integram a essência da norma precisamente para permitir diferenciar a peculiar realidade que envolve a ocorrência dos fatos no meio social, tal qual se dá com o princípio da igualdade, quenão é absoluto e precisa ser criteriosamente contraposto no caso concreto. Com Luís Roberto Barroso, chancela-se:

“a legítima desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional”²⁶³ e mediante a razoabilidade, que “é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo”.²⁶⁴

Assim, a razoabilidade e a proporcionalidade se revelam autêntico método de verificação da “correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica”, aduz o professor Bandeira de Mello, “que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público”.²⁶⁵

4.11 O princípio da publicidade

Em função da natureza pública de todo o interesse zelado pelo Estado, os seus atos devem se revestir, conseqüentemente, de requisitos essenciais à sua validade. Objeto, competência, motivo, finalidade e forma fornecem os elementos que integram a essencialidade do ato administrativo pela qual se permite conhecer o conteúdo da atividade estatal a sofrer o controle de sua legalidade. Integra a forma do ato a sua publicidade, que nada mais é do que o meio pelo qual se possibilita o seu conhecimento pela comunidade, e que possa ser exigido o cumprimento de sua norma obrigando, proibindo ou permitindo que um direito seja exercitado. Além disso, por certo, a publicidade é o meio pelo qual se permite seu controle externo de legalidade.

Não por outro fundamento, a publicidade tem status constitucional relevante, conforme se depreende do caput do art. 37 da Constituição Federal, ao figurar ao lado da

²⁶³ “Igualdade perante a Lei”, RDP 78/68-69. São Paulo, Ed. RT, abr.-jun, 1986

²⁶⁴ Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 164.

²⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, p. 41.

legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. “A publicidade administrativa é imprescindível à existência da democracia e à garantia dos direitos”, enfatiza a ministra do STF Carmem Lúcia.²⁶⁶

No que diz respeito ao processo administrativo disciplinar, a publicidade dos atos é essencial à defesa do acusado para demarcar os limites prescricionais do procedimento, bem como para cingir a administração ao conteúdo e ao alcance daquilo que ela própria editou. Como diz Ari Sundfeld, “a administração tem o dever de publicidade, seja para permitir a eficiente defesa dos direitos individuais, seja para que o povo, titular do poder e beneficiário dele, possa controlar passo a passo seu exercício”.²⁶⁷

A exigência de publicidade dos atos administrativos – diga-se, simultaneamente funcionando como regra e princípio – comporta temperamentos. É isso que ocorre com a portaria que instaura o processo administrativo disciplinar, que procura preservar o servidor público de expor seu nome antes da conclusão do procedimento.

Tal deveria suceder também com os autos sindicantes da infração disciplinar, todavia, o STF entende que neste caso não se aplica a sua Súmula Vinculante nº 14,²⁶⁸ editada para pacificar a controvérsia acerca da extensão da publicidade dos autos de inquérito. Neste particular, diz o Pretório Excelso que:

O Verbete 14 da Súmula Vinculante do STF [...] não alcança sindicância que objetiva elucidação de fatos sob o ângulo do cometimento de infração administrativa. Com base nessa orientação, a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental em que se reiterava alegação de ofensa ao referido enunciado, ante a negativa de acesso a sindicância.²⁶⁹

Com a devida venia, não se pode aceitar esse entendimento, por entendê-lo dissonante do próprio sentido imprimido pela jurisprudência da Corte à ampla publicidade e transparência²⁷⁰ dos atos do poder público, inclusive nos casos de investigação de faltas cometidas por servidores públicos. Em sendo um poder delegado, que atua sem interesse

²⁶⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 249.

²⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da Publicidade Administrativa, Direito de Certidão, Vista e Intimação*, RDP 82/63, São Paulo: RT, abr-jun. 1987.

²⁶⁸ Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

²⁶⁹ Rcl 10771 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 4.2.2014, DJe de 18.2.2014.

²⁷⁰ “[...] a coletividade tem o direito elementar de saber o que se passava na administração pública, e esta tem o correspondente dever de ser permeável, transparente, acessível”. DALLARI, Adilson Abreu. *Divulgação das Atividades da Administração Pública – Publicidade Administrativa e Propaganda Pessoal*, RDP 98/246-247.

próprio, mas exclusivamente em função do interesse público, não se vê razão para se apontar risco de prejuízo à investigação que possa ser comparável ao prejuízo da ampla defesa e da proteção da presunção de inocência do servidor público, que possui desde o primeiro momento amplos meios de fazer cessar de pronto qualquer ameaça à sua honra, dignidade e incolumidade psíquica e moral. Aqui nos parece faltoso um controle de razoabilidade e de proporcionalidade como solucionador do conflito entre princípios.

Com efeito, conforme se viu com Alexy, Ávila e outros,²⁷¹ sempre que há conflitos entre princípios, a solução dada é a ponderação entre eles de forma a verificar qual deve sofrer o menor prejuízo. Sem dúvida, havendo uma colisão, por exemplo, entre o princípio da eficiência da investigação a justificar o sigilo dos documentos, e o princípio da ampla defesa e da presunção de inocência, tem-se convicção de que o primeiro deve ceder. As primeiras considerações deste trabalho expõem de forma sumária porém inequívocas que a construção das bases do Estado moderno se deu para combater o arbítrio, a arrogância e a prepotência do velho mundo da nobreza e seus odiosos privilégios. A liberdade e a proteção contra a violência do Estado foram e continuam a ser motivos relevantes para que se erga uma barreira de proteção que proteja a incolumidade desses direitos fundamentais.

De resto, a publicidade do procedimento investigatório, seja ele de natureza penal ou administrativa, deve ser de amplo acesso ao acusado e seu advogado, sob pena de burlar a Súmula Vinculante nº 14 do Pretório Excelso. O sentido que deve ser dado à publicidade dos atos administrativos visa assegurar a eficácia de um leque de garantias constitucionais, ao mesmo tempo em que impõe de forma cabal o dever de a administração pública, na esfera penal ou administrativa, de se abster de embaraçar o exercício da ampla defesa.

4.12 O princípio da eficiência

Princípio acrescido pela Emenda Constitucional nº 15 ao art. 37, a eficiência sempre está implícita no ordenamento constitucional como forma exigível de atuação da administração pública, que deve buscar otimizar o serviço público buscando alcançar os fins que formam a razão de ser do Estado – a promoção do bem comum.

O juízo de razoabilidade e de proporcionalidade aqui também se evidencia, pois não se pode aferir o que é eficiente ou não sem antes firmar critérios do que é razoável e irrazoável, proporcional e desproporcional. Nesse sentido, equivocam-se os que acreditam ser um juízo

²⁷¹ Tópicos 2.2.1 e 2.2.2.

meramente discricionário o controle da eficiência, pois o Judiciário pode e deve exercer esse controle de legalidade sempre que houver afronta ao razoável e proporcional nos gastos exorbitantes e bizarros feitos pelos agentes públicos em nome da administração pública.

O aspecto mais notável da aplicação da eficiência relativamente ao processo administrativo disciplinar é a implementação do “Termo de Ajuste de Gestão” (TAG), que suspende a aplicação da punição ao servidor sob condições previamente estipuladas em um acordo celebrado entre o acusado e a administração pública. Similar ao ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público, o TAG é uma demonstração inequívoca da aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, e é objeto de estudo deste trabalho.²⁷²

4.13 O princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural, que implica na proibição de juiz ou tribunal instalado *post factum*, é da própria essência do devido processo legal e do Estado de Direito, de modo que, sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, guarda estreito liame, especialmente quando se discute a questão de sua aplicação no processo administrativo disciplinar. A doutrina que defende a extensão dessa garantia tem por fundamento o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, que prevê as mesmas garantias do devido processo legal e seu corolário constitucional no processo judicial aos servidores públicos processados por ilícitos disciplinares. A alegação é que sua inobservância é lesiva à imparcialidade e à busca do justo quando se apurar uma infração disciplinar dos servidores públicos.

A regra constitucional da proibição de juízo ou tribunal de exceção, bem como do processo ser dirigido por autoridade inserida no art. 5º, XXXVII e LIII da CF é a forma normativa que adquire a garantia desse princípio conhecido como “juiz natural”, e que exige, conforme a doutrina: a) a necessidade de que o órgão judicante seja instalado antes do fato para se evitar finalidade casuística voltada a um resultado que não o do interesse público; b) a indisponibilidade da competência para a garantia constitucional da reserva legal e a inocorrência de alteração arbitrária das competências judiciais; c) a proibição de juízes extraordinários e especiais, pois trata-se de um princípio de organização que exige a unidade da jurisdição e o seu monopólio mantido em uma mesma classe.²⁷³ Não por outro fundamento, o STF assim asseverou:

²⁷² Tópico 5.4.

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

[...] O postuladodojuiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita de modo subordinante, os poderes do Estado – que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos ad hoc ou de criar tribunais de exceção –, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos ex post facto.²⁷⁴

Na doutrina, o pensamento de Nelson Nery Junior é de que as comissões processantes que são instituídas pela autoridade administrativa para apurar determinado fato teriam a mácula do casuísmo, e considera nulo o ato que a instituiu fundado justamente no princípio do juiz natural extensivo ao processo administrativo disciplinar.²⁷⁵

Com efeito, é irreparável esse ponto de visto de Nelson Nery. Afinal, o processo administrativo e o processo judicial estão assentados nos pilares constitucionais do devido processo legal, sendo, em qualquer forma, a realização do devido processo legal prevista pelo constituinte de 88, estendida por igual ao servidor público como a qualquer acusado, e visa impedir que sejam instituídos oportunisticamente órgãos processantes para acomodar ideologias ou interesses divorciados dos ditames do Estado de Direito, onde apenas o interesse público é ponto de encontro do direito de punir. Por este aspecto, encontra fundamento na razoabilidade e na proporcionalidade, como postulados que orientam o modo como essa atuação deve ser realizada, coibindo o arbítrio e atuação desarrazoada e desmedida.

No entanto, a Administração Federal – como, de resto, sucede em outras unidades federativas – tem por base legal e prática a instituição de comissões temporárias, a rigor do que estabelece a própria Lei 8.112, cujo art. 149 prevê que “o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de 3 (três) servidores estáveis designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o Presidente”.

²⁷⁴ STF – AgRg 177313-9, relator Ministro Celso de Mello, DJU de 17/05/1996.

²⁷⁵ “É muito comum a indicação de juízo ou julgador de exceção no processo administrativo brasileiro, notadamente no processo disciplinar, sem que se tenha em conta a flagrante violação do princípio constitucional do juiz ou julgador administrativo natural. É inconstitucional, por ofender esse princípio, a formação de comissão processante para julgar determinado caso ou servidor. Essa formação de comissão processante é de exceção porque feita por encomenda, quer dizer, criada *ex post facto*, ou *ad personam*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado no caso concreto ou individual que já ocorreu. Quando já se conhece o fato ou seu autor, é vedada a constituição de comissão processante depois desse conhecimento, pois constituiria juízo administrativo de exceção. E isso é muito comum nos procedimentos dos órgãos públicos brasileiros. Quando ocorrer essa nomeação de comissão *ex post facto*, ou *ad personam*, o processo administrativo é nulo. A nulidade deve ser pronunciada *ex officio* ou a requerimento da parte ou interessado. A proibição de tribunais de exceção, judiciais ou administrativos, decorre do princípio do estado de direito (Schwab-Gottwald, *Verfassung*, II, p. 17; Otto Rudolf Kissel, *Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 1981, coment. 164, introdução, p. 109 e § 16, p. 419). [...] A comissão tem de ser designada *previamente* ao caso a ser processado e julgado, sob pena de constituir-se em tribunal e exceção, o que é vedado pela CF 5º, XXXVII e LIII.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado* (1973), 7.ed., p. 1.412/1.413.

Diferente é o que regula a norma disciplinar da Polícia Federal,²⁷⁶ que prevê a instituição de “comissão permanente”, e cuja inobservância já foi objeto de nulidade. Nesse sentido, a 3ª Seção do STJ firmou que

[...] 1. A irregularidade formal apontada no PAD consiste na formação de comissão disciplinar ad hoc, e não permanente, como determina a Lei 4878/65. 2. A Egrégia Terceira Seção do STJ, nos autos do MS nº 13.250/DF, publicado no DJU de 02.02.2009, reforçou o entendimento de que a designação de Comissão Temporária para promover processo administrativo disciplinar contra servidor policial federal viola os princípios do juiz natural e da legalidade, a teor do art. 53, §1º, da Lei 4.878/65, lei especial que exige a condução do procedimento por Comissão Permanente de Disciplina.
277 278

Essa decisão é de grande importância para que a administração pública no Brasil, na esfera federal, estadual e municipal reveja essa sombria prática de instituir comissões processantes de caráter temporário, e estructure seu quadro funcional para garantia do caráter permanente e regular que deve existir em sua prerrogativa de processar e punir seus servidores.

Em função de todo o sistema de regras e princípios que formam a substância do ordenamento constitucional, o processo administrativo disciplinar, particularmente, no que pese sua nítida distinção da atividade judicante do Estado, não pode se apartar dessas grandes linhas mestras, notadamente da forma imparcial e equidistante que deve possuir os agentes públicos incumbidos de processar e punir seus pares pelo desvio de conduta. De modo que também aqui é imperioso que o órgão processante não seja casuístico, mas seja instituído previamente, de forma regular e permanente.

²⁷⁶ Lei 4.878/65, art. 53[...], § 1º Promoverá o processo disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso.

²⁷⁷ STJ. EDcl no AgRg no MS nº 14.059/DF, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJSP), Terceira Seção, Data do Julgamento: 10.06.2009, *Dje*, 23.06.2009.

²⁷⁸ Veja também outra decisão no mesmo sentido: “[...]1. É nulo o processo administrativo disciplinar no âmbito da Polícia Federal promovido por comissão processante provisória, por afronta aos princípios da legalidade e do juízo natural, em face da especialidade da regra contida no art. 53, § 1.º, da Lei nº 4.878/65, que estabelece que o processo disciplinar será promovido por comissão permanente de disciplina. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Segurança concedida”. STJ - Terceira Seção MS 14287 / DF Rel. Ministra Laurita Vaz *DJe* 25/06/2012.

5 A DOSIMETRIA DA PENA DISCIPLINAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A estreita relação da razoabilidade e da proporcionalidade com os demais princípios do processo administrativo fornece o instrumento para o exame de constitucionalidade da penalidade aplicada pela administração pública.

Onde sempre imperou quase absoluto o dogma de que a dosagem da pena disciplinar não poderia ser revista pelo Judiciário, agora já prevalece – pelo menos no nível dos tribunais superiores – a inteligência de que a Administração, quando exerce seu poder punitivo, deve fazê-lo sob critérios pautados pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Essa criteriosa demonstração da aplicação da medida justa acompanha o agir do Estado desde sua própria razão de existir dada pela modernidade. É daí que se poderão encontrar as balizas mestras para o Estado exercer seu *jus puniendi*. Ou seja, o Estado não pode cercear um direito fundamental, a não ser para assegurar que outro direito fundamental de maior valor não venha a sofrer cerceamento por um de menor valor. Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, diz Alexy:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes, for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.²⁷⁹

Nesse sentido, é o Estado, através de seus órgãos, que vai aplicar a norma abstrata ao caso concreto, mediante o critério da dedução, e em seguida se valer de critérios racionais, razoáveis e proporcionais para alcançar a forma mais justa possível no direito de solucionar conflitos, de onde sobressai o critério de sopesar o conteúdo de cada interesse conflitante:

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses- que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto: “ Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, §2º, I, da Constituição.”²⁸⁰

²⁷⁹ ALEXY, op. cit., p.296.

²⁸⁰ ALEXY, op.cit, p.95.

Conforme se viu, uma numerosa corrente doutrinária se formou a partir de meados do século passado sustentando que um direito fundamental não pode ser suplantado por uma conveniência estatal, e que esta, quando adquire prevalência, não é por que o interesse público seja superior ao privado, mas por que tem prerrogativas próprias, as quais não devem ser concebidas como oponíveis ao interesse particular.²⁸¹

Com efeito, para que um privilégio seja instituído em favor da Administração, é preciso que tenha devido amparo e previsão constitucional. Binenbojm discrimina três critérios:

- a) a compreensão do princípio da isonomia (isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares) seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição e pela lei;
- b) o grau ou medida de compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- c) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.²⁸²

Na esteira desse entendimento, perfila-se o Excelso Pretório quando decide que a punição disciplinar não pode extrapolar a justa medida, pois o interesse público e social nunca poderia referendar penas draconianas, pautadas pelo subjetivismo desmedido do agente público. Robert Alexy, para quem os princípios são "mandamentos de otimização", acompanhou detidamente a evolução da jurisprudência constitucional da Alemanha acerca dos conflitos dos direitos fundamentais com os atos estatais. Na esteira da jurisprudência e doutrina alemãs, adequação, necessidade e proporcionalidade formam o tripé em que se assenta o exame criterioso do princípio da proporcionalidade.²⁸³

²⁸¹ "Em primeiro lugar, porque a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência *a priori* dos papéis institucionais do Estado sobre interesses individuais privados. Em segundo lugar, é de sublinhar-se que a isonomia, tal como os fins de interesse coletivo cometidos ao Poder Público, também está prevista como norma constitucional. Deste modo, as hipóteses de tratamento diferenciado ao Poder público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade." BINENBOJM, op. cit., p. 114.

²⁸² Ibid., p. 114.

²⁸³ "A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios com mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas". ALEXY, op. cit., p. 118.

Conforme os estudos de Humberto Ávila aqui passados em revista,²⁸⁴ é de se admitir que a interpretação da norma a partir de uma revisão da distinção entre princípios e regras restou mais encoorada, com novos elementos de convicção que permite um controle ainda mais apurado da constitucionalidade dos atos administrativos, destacadamente, os processos administrativos que culminam com penalidades exorbitantes, aplicadas à revelia dos ditames que informam o Estado constitucional, a razoabilidade e a proporcionalidade.

5.1 O *Jus Puniendi* do Estado na esfera disciplinar

O processo, inicialmente visto como uma forma própria e exclusiva do Poder Judiciário, evoluiu até sua natureza e finalidade ordenadora se tornar inerente e vital para todo o procedimento estatal. No caso do processo administrativo disciplinar instaurado para apurar infrações dos servidores públicos, a Constituição Federal assegura a garantia do devido processo legal nos mesmos moldes que na forma judicial, trazendo todo o leque de regras e princípios para a atuação punitiva da Administração Pública junto aos servidores públicos. Ao fazê-lo, deve ter firme e incontestado que as mesmas garantias dos direitos fundamentais que orientam o processo judicial devem ser aplicadas também no processo administrativo disciplinar.

Assim, se o Estado deve assegurar a liberdade, deve também pautar seu poder protetivo desse bem jurídico através de uma forma racionalizada no conceito de processo, onde ficam assegurados aos acusados em geral o direito a um *due process of law* e seu corolário do contraditório e da ampla defesa. Essa é uma principiologia dos direitos fundamentais, centro norteador e delimitador dos poderes estatais.²⁸⁵

Nesse sentido, o direito a um processo regado por limites pautados por uma lei aprovada por um parlamento representativo da cidadania, acaba por se tornar a espinha dorsal do próprio Estado, ele próprio ungido à forma de um processo – eis a pilar central de tudo

²⁸⁴ Tópico 2.3.2.

²⁸⁵ Se se analisar o objeto dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, fácil é verificar que eles consubstanciam e servem três valores constitucionais essenciais: a liberdade, a democracia política e a democracia económica e social. Servem a primeira principalmente os “direitos, liberdades e garantias pessoais” (arts. 25º e segs.) e os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (53º e segs.); servem a segunda os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (arts. 48º e segs.); servem a terceira sobretudo os “direitos sociais” (arts. 63º e segs.). É essa trilogia que constitui o pressuposto e o critério substancial dos direitos fundamentais, sendo insuficiente e inadequada qualquer concepção reducionista que faça apelo apenas a um daqueles valores. Canotilho, J.J. Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Portugal/Coimbra, 1991, p. 106.

aquilo que a doutrina veio a cunhar como direitos e garantias fundamentais, isto é, aqueles direitos pertencentes ao gênero humano indiscriminadamente.

5.1.1 O processo como forma de regência estatal

A forma fundamental pela qual o Estado atua e manifesta o interesse público se dá mediante o processo. O processo é essencial no Estado Moderno porque é através dele que os direitos fundamentais são reconhecidos, seja quanto ao caráter material para o qual é voltado o processo, isto é, o de assegurar os direitos fundamentais propriamente elencados na Constituição Federal, seja pela forma delimitadora dos poderes estatais, uma vez que tais poderes somente existem para o fim de garantir os direitos fundamentais.

No processo administrativo em particular, a exigência de um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade é um dos aspectos mais importantes e ao mesmo tempo causador de polêmicas, uma vez que, diante de uma aparente vagueza dos termos, não são poucos aqueles que consideram tais princípios – ou postulados – mais afetos à técnica de defesa do que um critério rigoroso e fundado na boa hermenêutica, com a ressalva de que apenas em hipóteses muito específicas poderia o julgador reconhecê-las. Não se pode negar a pertinência dessas observações, pois, de fato, a razoabilidade e a proporcionalidade não podem ser apanágio para subjetivismos, e muito menos remédio para aliviar as consequências de graves ilícitos, que devem ser exemplarmente punidos. Não pode haver dúvida, é preciso objetividade e estrita fidelidade ao direito e observância da situação concreta.

Conforme se viu, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são verdadeiros vetores dos demais princípios da ordem constitucional. Eles informam, orientam e fundamentam a atuação do Estado sempre que este atua na qualidade de guardião e promotor do interesse público. Toda a atividade estatal é e deve ser regulada por esses princípios, e particularmente, a atuação coercitiva, o *jus puniendi*.

O regime jurídico-sancionatório, por força do princípio constitucional da razoabilidade, está atrelado ao dever de ostentar, entre as infrações e sanções administrativas, como inarredável condição de validade da norma que as institui e do ato administrativo que as aplica, o necessário coeficiente de adequação, necessidade e proporcionalidade, sindicável pelo Poder Judiciário, ao nível do controle de constitucionalidade ou legalidade de produção jurídica.²⁸⁶

²⁸⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 473.

Durante toda a República imperou a regra, por conta do dogma mecanicista da separação dos poderes, de que o Judiciário não deveria se imiscuir no procedimento disciplinar. Na verdade, até pouquíssimas décadas, sequer existia jurisprudência nos tribunais superiores que admitisse o exame da dosimetria da punição dos servidores, mesmo diante de flagrantes exorbitâncias. Proporcionalidade da punição disciplinar sempre foi vista como um problema de mérito do ato, indevassável por qualquer controle externo.

A doutrina é praticamente uníssona em constatar que, mesmo não tendo previsão expressa na Constituição Federal, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão implícitos no texto constitucional, e decorrem da própria natureza fundante do Estado Democrático de Direito inaugurada pelo constituinte. Toda a velha concepção de que o processo judicial e o processo administrativo são informados por princípios distintos, caiu por terra. Devido processo legal, e seu corolário do contraditório, da ampla defesa, da tipicidade, principalmente, se aplicam tanto a um como a outro.

Portanto, quando for aplicar a penalidade em função da prática infracional de seus agentes públicos, deve o Estado obedecer a determinados padrões – *standards* – que por um lado assegurem os direitos fundamentais, e por outro, limite o conteúdo e o alcance dessa força coativa, impedindo o abuso, o excesso e a punição sem fundamento objetivo. Nesse sentido:

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade funcionam como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador. É imperioso que haja adequação entre meios e fins. Na lição de Carlos Ari Sundfeld “a razoabilidade proscree a irracionalidade, o absurdo ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas jurídicas”.²⁸⁷

Com efeito, a exigência de atender aos deveres de equidade, congruência e equivalência (critérios de razoabilidade), assim como observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (critérios da proporcionalidade), estão previstos no art. 128 da Lei 8.112/90, que determina à autoridade administrativa que regule a pena conforme “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”.²⁸⁸ Como se

²⁸⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*.- 3ª ed.rev.atual. eampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 121.

²⁸⁸ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

pode facilmente perceber, trata-se de norma que contém a junção de regra com princípios, e surgiu com a edição da Lei 8.112/90 como diretiva determinada pela Constituição Federal, e cuja estrutura – vale enfatizar – está sob as pilares fundamentais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal e substantivo.

Passados quase trinta anos da edição da nova ordem constitucional, a dificuldade que ainda persiste decorre da incompreensão do papel estruturante dos princípios no interior da norma. Ainda prevalece na administração pública a concepção do insepulto positivismo de que a lei se reduz à regra, e que os princípios não vão além de diretivas externas ao princípio da legalidade, compreendido no mais das vezes em sua vertente mais grotesca de “legalismo”.

5.1.2 O processo administrativo e seu regimento fundamental

A partir da vigência da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, ficou superada a controvérsia acerca da garantia dos direitos fundamentais aos servidores públicos no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, os incisos LIV e LV do artigo 5º equiparam a garantia do devido processo legal e seu corolário do contraditório e da ampla defesa do processo judicial também no processo administrativo. Essa superação é decorrência da nova concepção de processo, que passou a ser visto não apenas como um sistema formal de regras, mas sobretudo como um instrumento efetivo de garantia dos direitos fundamentais.

Dois diplomas são marcantes após a vigência da Constituição Federal: a Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. A primeira, “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”; a segunda, “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.²⁸⁹

Antes da Lei 8.112/90, vigia a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que era o antigo “Estatuto dos Funcionários Civis da União”, e que já previa em seu art. 202, de forma implícita, o dever de observância da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das punições disciplinares, ao dispor que “na aplicação das penas disciplinares serão consideradas

²⁸⁹ A aplicação das regras elencadas na Lei Federal nº 9.784/99 aos processos administrativos disciplinares (regidos por lei especial – Lei nº 8.112/90) será subsidiária, vale dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas e sempre que não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, como prevê o artigo 69.

a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.”²⁹⁰ Esse dispositivo foi mantido pelo novo estatuto (art. 128).

Assim, apesar das distinções marcantes entre os dois estatutos, nomeadamente, a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa,²⁹¹ é patente que já em 1952 se previa a exigência de a Administração Pública federal pautar suas punições disciplinares por critérios atinentes à razoabilidade e à proporcionalidade. Com efeito, a verificação do grau de gravidade da conduta do agente público, assim como a existência e a extensão dos danos decorrentes da infração, evidencia que o legislador já em 1952 sinalizava que as faltas disciplinares não poderiam ser examinadas por critérios subjetivos, despidas de ponderação e justa medida. Veja-se, v.g., a questão referente à gravidade da infração disciplinar. Se examinada fora do caso concreto, pode incorrer no erro de nivelar na balança situações de grau e importância inconfundíveis, como a existência e a inexistência de danos ao serviço público.²⁹²

Coerentemente alinhado à compreensão do que efetivamente significa a junção de princípios e regras como verdadeiro conteúdo da norma, pode-se facilmente constatar que tanto a razoabilidade como a proporcionalidade já estavam implícitos em toda a estrutura sancionatória do processo administrativo, ainda que distante, naquela época, de um estudo sistemático de sua natureza e importância na implementação do devido processo legal. Conforme os registros doutrinários aqui levantados, somente com a superação do velho positivismo e sua esquemática separação entre regras e princípios, é que foi possível aprofundar e alargar a conceituação da norma e vê-la permeada em toda sua estrutura pela noção de razoabilidade e de proporcionalidade como princípios vetores do processo judicial e do processo administrativo.²⁹³

Mesmo após a equiparação do processo judicial ao administrativo feita pelo inciso LV do art. 5º da CF, ainda há muito que se avançar na plenitude dessas garantias constitucionais;

²⁹⁰ Art. 202. Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

²⁹¹ CF, art. 5º, LIV e LV.

²⁹² “A pena ‘sub oculis’ (suspensão) é intermediária entre a mais leve e de maior gravidade, sendo imposta quando não for o caso de aplicação das sanções de advertência ou de demissão. Em assim sendo, com fundamento no subprincípio constitucional da proporcionalidade/razoabilidade e no que estabelece o artigo 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990, quando comprovada a prática de uma infração disciplinar que, apesar de grave, não tenha ocasionado danos elevados ao Poder Público, a Autoridade julgadora deverá, impor a penalidade de suspensão ao servidor e não a da sua demissão.” MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 742.

²⁹³ O novo Código de Processo Civil prevê expressamente a proporcionalidade e a razoabilidade em seu art. 8º ao dispor que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

carrega-se a pesada herança de uma administração pública marcada por quase um século de monarquia (XIX) e de militarismo (XX), tanto um como o outro avessos ao ideário libertário e democrático das grandes revoluções do século XVIII, com destaque para o revolucionamento no campo dos direitos fundamentais que se seguiu à criação da ONU em 1945 e toda a reviravolta que se assistiu no campo do velho positivismo jurídico.

Se o estatuto de 1952 estava limitado à sua época pela velha ordem social, política e jurídica, ordem essa marcada pelo elitismo autoritário e patrimonialista, o estatuto atual é mais maduro e aperfeiçoado na defesa dos direitos fundamentais. Embora tardiamente, nossa Carta Política se inspirou fortemente nas constituições europeias que se seguiram ao debacle do velho positivismo, particularmente, as constituições alemã, italiana e portuguesa.

Assim é o espírito da Lei 8.112/90 e a previsão de dosimetria da pena reproduzida no art. 128 como aplicação prática da razoabilidade e da proporcionalidade, seguida de robusta doutrina e jurisprudência.²⁹⁴²⁹⁵

Com a Lei nº 9.784/99, passa-se a ter pela primeira vez um estatuto próprio para o processo administrativo federal, com a expressa previsão legal do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.²⁹⁶

Copiosa doutrina tem se produzido em torno da regra que determina à administração que adeque os meios empregados para apuração das faltas disciplinares com o escopo visado pela ordem constitucional. Suzana de Toledo Barros, ao citar Canotilho, assevera:

Como anota CANOTILHO, o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone

²⁹⁴“O princípio da razoabilidade, não obstante fluído e indeterminado, o que dificulta, por vezes, a verificação acerca de sua observância, implica dizer que as atitudes da Administração Pública hão de ser pautadas pelo bom senso, pelo que não poderão ser bizarras, imprudentes ou incoerentes”. Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão, *Processo Administrativo - Comentários à Lei nº 9.784/1999*, Editora Fórum, 3ª edição revista e atualizada de acordo com a visão dos Tribunais, 2012, p.53.

²⁹⁵ “[...] o poder discricionário deve ser exercido de maneira razoável. A pessoa dotada desse poder deve direcionar-se ao domínio da lei. Ela deve prestar atenção aos problemas que realmente precisa considerar, devendo excluir da sua avaliação problemas reputados irrelevantes. Se não forem obedecidas tais normas, as suas ações serão qualificadas como desarrazoadas e ilustrarão algo tão absurdo que nenhuma pessoa sensata poderia sonhar que tais ações fariam parte dos poderes da autoridade”. COUTO, Reinaldo, *Curso de processo administrativo disciplinar e sindicância* – São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

²⁹⁶ Lei nº 9.784/99, 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”, e seu parágrafo único, que assinala “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”. Nota-se o esmero do legislador ao dispor acerca da “adequação entre meios e fins”, indicando de forma clara e precisa um dos subprincípios componentes da proporcionalidade.

da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado (grifos no original).²⁹⁷

No mesmo sentido, a doutrina de José Armando da Costa aponta que “as sanções disciplinares, como qualquer outro tipo de infração imposta ao cidadão pelo poder público, por uma questão de moral e de justiça, devem guardar conotação de conformidade com a falta funcional que lhe deu causa”. O eminente jurista assevera que “essa correspondência dosimétrica deve predominar, com mais forte razão, na seara do direito punitivo geral. Deve-se, pois, observar precisa (ou pelo menos aproximada) equivalência entre o fato imputado e a punição infligida”.²⁹⁸

Com efeito, sob o comando da ordem constitucional erigida pelo constituinte de 1988 destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...]”²⁹⁹ foi removido o chamado “entulho autoritário”³⁰⁰ de forma a não deixar mais qualquer respaldo para condutas arbitrárias, desarrazoadas e desprovidas de finalidade que não a promoção dos direitos fundamentais, nomeadamente, na apuração das faltas disciplinares dos agentes públicos, até então punidos sob a chancela de uma ordem que considerava o poder disciplinar mero ato discricionário, sujeito à conveniência e oportunidade dos agentes políticos. Vale registrar que o STJ tem remansosa jurisprudência negando discricionariedade na punição disciplinar.³⁰¹

Diante das substanciosas mudanças, a punição disciplinar deixa de ser ato discricionário para se tornar um ato vinculado, sujeito à estrita legalidade e ao devido processo legal, de modo que, conforme a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos, “jamais a sanção administrativa disciplinar poderá representar um ato de força ou de arbitrariedade

²⁹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de institucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 31).

²⁹⁸ COSTA, José Armando da, *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 111.

²⁹⁹ Preâmbulo da Constituição Federal: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

³⁰⁰ Expressão comumente empregada durante os trabalhos dos constituintes ao elaborar a nova Carta.

³⁰¹ “[...]1. No caso de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Nessas circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados. STJ - MS 13520-DF 2008/0087719-8, publicação: 02/09/2013.

contrário ao fundamento legal de sua própria validade, porquanto a mesma deverá guardar conformidade com a prova dos autos e ser proporcional à infração cometida pelo servidor público”.³⁰²

5.1.3 A regulação da razoabilidade/proporcionalidade na punição disciplinar

Razoabilidade e proporcionalidade operam como princípios estruturantes dos demais princípios e regras do ordenamento, e essa função de destaque é bastante saliente diante do processo administrativo disciplinar, que se enquadra em uma das modalidades da atuação punitiva do Estado. Na forma de Estado Democrático que lhe imprimiu a Constituição Federal, o processo administrativo disciplinar foi erigido na base fundamental da dignidade da pessoa humana, esta, viga mestra dos direitos fundamentais, de onde se estrutura o devido processo legal formal e material e seu corolário de garantias. Nessa linha, “deve-se ter presente que a sanção administrativa apresenta, caracteristicamente, a qualidade de meio para o atingimento de um fim: promover a prevenção geral e especial assecuratória dos interesses públicos passíveis de serem ofendidos com o ilícito”.³⁰³

Sendo a punição o meio que assegura o fim de promoção da prevenção geral e especial, evidencia-se de pronto a presença determinante da razoabilidade e da proporcionalidade como elementos operantes da força coativa do Estado, em destaque, opoder punitivo da administração pública sobre seus agentes, que decorre, essencialmente do mesmo e único *jus puniendi*, razão pela qual guarda estreita relação com os fundamentos do direito penal, a qual se evidencia quando se examina institutos do direito penal, como a reserva legal, a tipicidade, culpabilidade, excludentes de tipicidade e de ilicitude. Nesta particular relação entre a esfera administrativa e a penal, ambos os princípios, especificados em sua tripartição de dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência (razoabilidade) e adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade), dão forma e sentido a esse papel estruturante. Veja-se mais de perto.

Com efeito, a primeira similitude entre as esferas punitivas criminais e administrativas é o princípio da reserva legal. Também os tipos infracionais da administração pública somente existem em razão de lei previamente existente ao fato, e se amoldam aos limites que lhe impõem a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXIX.³⁰⁴ Embora, por certo, a tipicidade

³⁰²MATTOS, op. cit., p. 105.

³⁰³OLIVEIRA, op. cit., p. 485-486.

³⁰⁴Art. 5º (...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

decorrente da reserva legal, presente nas duas esferas, não se confundam, pois a estrutura do crime em regra é mais fechada do que a tipologia dos delitos disciplinares, onde se manifestam com mais frequência os conceitos jurídicos indeterminados.³⁰⁵

Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efectuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si.³⁰⁶

E é justamente essa uma característica que torna a regulação da razoabilidade e da proporcionalidade marcante e decisiva no deslinde dos processos administrativos.³⁰⁷

Corolário da tipicidade, a intervenção mínima do Estado na seara dos direitos fundamentais é uma decorrência natural do modelo de ordem erguida para promover a pessoa humana a um status civilizatório mais elevado, deixando a atividade coativa afeta aos bens jurídicos penalmente relevantes. No funcionamento da máquina administrativa, fácil perceber que esse princípio tem grande ressonância, e sua correta observância exige justamente a aplicação do critério da necessidade como medida de proporcionalidade.

5.1.3.1 Causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade

A correspondência certamente mais evidente do direito administrativo disciplinar com o penal se encontra nos institutos da tipicidade e da culpabilidade. É teórica e praticamente indispensável sua associação, uma vez que a conduta do servidor é sempre aferida pelo elemento subjetivo, pois não há punição por responsabilidade objetiva, tal como sucede com as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. E quando se aponta esse liame, de

³⁰⁵ A propósito vale conferir teor deste aresto do STJ: [...]I- A infração disciplinar consistente em o servidor público "prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial" (43 e inciso XLVIII da Lei nº 4.878 /65) encerra um conceito jurídico indeterminado, o qual deve ser interpretado a partir dos elementos de cada caso concreto. Descabe, portanto, interpretação apriorística acerca do juízo de aplicação. II- Na espécie, a caracterização da condição abusiva de funcionário público independia da obtenção de vantagem ilícita. Embargos declaratórios acolhidos sem efeito infringente". STJ- EDcl no MS 12689 DF 2007/0053050-6 ., publicação: 18/03/2008.

³⁰⁶ LARENZ, op. cit., p. 164-165.

³⁰⁷ Oliveira faz remissão á doutrina de Heraldo Garcia Vitta, o qual "ênfatiza que o abrandamento da legalidade, no campo da supremacia especial, com a admissão de tipificação via conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, se justifica apenas na impossibilidade de previsão legislativa das condutas sancionadas, entendendo inadmissível, por força da segurança jurídica, que possa a própria administração valer-se destes conceitos impreciso na especificação infralegal dos tipos infracionais". Heraldo Garcia Vitta, op. cit., pp 89-90, *apud* OLIVEIRA, op. cit., p. 474.

pronto se está diante de vários aspectos que destacam a importância do controle de ponderação e balanceamento da coação estatal, particularmente no que se refere aos ilícitos dos servidores e sua tipologia descrita na Lei 8.112/90, sujeitos a uma maior abertura na sua conceituação e, portanto, à exigência de parâmetros mais incisivos no que diz respeito à regulação razoável e proporcional quando diante de situações específicas e concretas.

Já no início do procedimento, cabe à administração averiguar se os fatos se amoldam ao tipo infracional, e aqui principia o exame de razoabilidade, que:

[...] deve governar a atividade administrativa de acerto ou seleção dos fatos jurídicos ilícitos, informando a sua correta qualificação jurídica, para os fins de considerá-los abarcados pela *fattispecie* sancionadora. A função da pauta ganha maior destaque quando o tipo sancionador está versado em conceitos jurídicos indeterminados [...].³⁰⁸

Com efeito, os conceitos jurídicos indeterminados³⁰⁹ formam um terreno movediço para correta vinculação do tipo ao fato e, por conseguinte, da medida da penalidade, em função do caráter genérico, vago e aberto de sua conceituação. Essa dificuldade se manifesta na verificação das chamadas excludentes de tipicidade, de ilicitude e culpabilidade.

Nas causas que excluem a tipicidade, tem-se o erro de tipo (art. 20 do Código Penal), que ocorre quando o servidor público pratica uma infração penal sem poder saber que está incorrendo em um ilícito.³¹⁰

Nas causas que excluem a ilicitude, tem-se a legítima defesa (comumente oponível na infração disciplinar do art. 132, VII da lei 8.112/90), o estado de necessidade, o estrito

³⁰⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 487

³⁰⁹ “Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In: *Temas de Direito Processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 62.

³¹⁰ Professores do Estado de Minas Gerais durante a década de 90 adquiriram diplomas de graduação falsos na cidade de Uberlândia objetivando progressão funcional através de enganosos cursos à distância, e responderam a processo administrativo disciplinar por improbidade administrativa e ação penal por uso de documento público falso (art. 304 do CP). Por ignorarem a origem falsa dos documentos, alegaram erro de tipo, sendo absolvidos pelo juiz da 2ª Vara Criminal de Uberlândia (processo nº 0702.05.228846-2), e apenados com suspensão em processo administrativo, com a responsabilidade residual de terem agido com imprudência na obtenção dos diplomas. O TJMG também apreciou casos similares, nesse sentido: “[...]Para a caracterização do delito descrito no artigo 304 do Código Penal, imprescindível que o agente tenha conhecimento da falsidade do documento e o utilize conscientemente como se verdadeiro fosse. Ausente o elemento subjetivo, dolo, afastada restará a tipicidade do fato, uma vez que o crime em testilha não prevê a modalidade culposa, sendo assim cabível a admissão da ocorrência de erro de tipo, nos termos do artigo 20 do Código Penal. A existência de dúvida acerca da realização da falsificação, pelo réu ou por terceiro, diante da presença do documento autêntico nos autos, impõe a solução absolutória, eis que a fragilidade probatória recomenda a adoção do princípio do in dubio pro reo”. Recurso a que se dá provimento. TJMG – ACr 000.267.428-1/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 16.04.2002.

cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Nestas condições, o servidor não pratica a infração, pois sua atuação não é juridicamente reprovada. Ocorre que, no exame concreto da relação da conduta à norma, nem sempre é fácil diferenciar o justo do injusto, como ocorre no caso de ofensa física praticada por servidor, e que pode se encontrar em uma zona intermediária entre o justo motivo e o excesso, dificultando a percepção. Trata-se de hipótese que reclama uma operação de sopesamento entre princípios e regras jurídicos afetados com o minucioso critério da tripartição da razoabilidade e da proporcionalidade em seus subprincípios.

Nas causas que excluem a culpabilidade, tem-se o erro de proibição (art. 21 do CP), coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte), obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte), inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º). Condutas disciplinares que se amoldem a essas circunstâncias afastam a punição em caso inexistência de dolo, mas permitem a punição se remanescer culpa em sentido estrito, após o exame dos três requisitos da culpabilidade lato senso: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.³¹¹

5.1.3.2 O controle da punição disciplinar

Na jurisprudência, se avoluma o repertório de acórdãos tratando do tema. É no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se focará a atenção sobre alguns emblemáticos arestos, e que tem sido referência de debates na comunidade jurídica.

Pode-se dizer, de um modo geral, que a jurisprudência tem avançado na linha de admitir o controle de legalidade do mérito da decisão administrativa quando esta deixa de observar a ponderação (razoabilidade) e a justa medida (proporcionalidade) no momento de aplicar a pena ao servidor que infringiu a norma disciplinar. Infelizmente, essa constatação

³¹¹ Quanto à inexigibilidade de conduta diversa e sua relação com um exame de razoabilidade e de proporcionalidade, vale mencionar o caso de servidoras públicas federais, auxiliares de enfermagem, que adquiriram diploma falso e foram absolvidas pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Uberlândia que reconheceu a excludente depois de provarem que agiram visando apenas conservar o cargo que exerciam na Universidade Federal de Uberlândia, isto porque, não possuíam a referida titulação, e que veio a ser exigida somente muitos anos depois de terem ingressado na Instituição. Para não perderem o cargo, fizeram o curso de enfermagem, mas mediante a falsificação do certificado de segundo grau. No caso, a absolvição se deu por não haver na conduta o dolo específico de obtenção de vantagem, mas tão-somente o justo receio de perda do cargo. Do ponto de vista do critério do dever de equidade (razoabilidade) e de necessidade (proporcionalidade) diante das circunstâncias existentes à época, não se mostraria justa a condenação com consequente perda do cargo, uma vez que, apesar da consciência da ilicitude que tinham - pois sabiam que o documento era falso -, as servidoras se viram premidas entre fazer uso de documento ou sofrer grave prejuízo quando se encontravam próximas da aposentadoria. A UFU não instaurou processo administrativo, mas noticiou o fato que virou ação penal julgada em 30 de outubro de 2000.

deve ser recebida com parcimônia, pois os tribunais, com exceção do STF e do STJ, ainda resistem em exercer amplo controle do procedimento, ao fundamento dogmático. É verdade que, se fizer uma busca da jurisprudência de segunda instância nos 27 tribunais estaduais e nos cinco tribunais federais, ficarão constatados notáveis arestos em consonância com os tribunais superiores. Embora não seja exatamente a perspectiva do presente estudo fazer um levantamento do que sucede nos tribunais de segunda instância, tem-se que ainda perdura uma compreensão avessa a adentrar no exame dosimétrico da pena. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que:

[...] 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. [...] ³¹²

O STJ, no mesmo sentido:

[...] Na imposição de pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade de servidor e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justeza da sanção. Segurança concedida. ³¹³³¹⁴

Veja-se o julgado pelo (STJ) no caso de servidor que obtivera proveito econômico na ocasião de comprovação de despesas com passagens, para fins de recebimento de auxílio-transporte. Em última instância, foi concedida parcialmente a segurança para anular a portaria de demissão e reintegrá-lo ao cargo, oportunizando a aplicação de pena menos gravosa. A Corte entendeu que não havia sido respeitado o princípio da proporcionalidade, visto que a servidora, apesar de ter recebido indevidamente verba indenizatória de viagens a serviço,

³¹² STF – RMS 24901 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Carlos Britto – *DJU* 11.02.2005.

³¹³ STJ - MS 8106 – DF – 3ª S. – Rel. Min. Vicente Leal – *DJU* 28.10.2002.

³¹⁴ Vide ainda: “Processo administrativo (irregularidades na prestação de contas). Pena (demissão). Sanção (desproporcionalidade). Lesão (insignificância). 1. Na aplicação da penalidade administrativa, deve-se atentar para a correspondência entre a quantidade e qualidade da sanção e a grandeza e grau de responsabilidade do servidor. 2. É insignificante, dúvida não há, a percepção indevida de indenização denominada “auxílio-transporte” no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais). Na espécie, cabível seria a imposição de pena mais branda, combinada com o ressarcimento da verba obtida indevidamente, e não a demissão. 3. Precedentes específicos: Mandados de Segurança nºs 10.825, 10.827e 10.828. 4. Ordem parcialmente concedida. STJ – MS - 2005/0118261-4 Ministro Nilson Naves Terceira Seção *DJU* 04.06.2007.

havia efetuado a restituição dos valores durante do processo administrativo.³¹⁵No mesmo sentido, decidiu o STJ em mandado de segurança com o voto lapidar do ministro Gilson Dipp, que teve o seguinte teor:

Cada ação infracional está adstrita à proporcional reprimenda. Seja ela penal ou administrativa, impondo-se, contudo, valorar-se a conduta do agente e o resultado concreto de sua atuação. Neste diapasão, surge a figura do responsável pela aplicação da sanção, que deve estar atento à 'dosimetria', estribando sua resposta no princípio da proporcionalidade, que é corolário da necessidade de individualização da proporcionalidade, que é corolário da necessidade de individualização da reprimenda, sob pena de quebra de outros dois princípios, quais sejam, o da legalidade e o da necessidade.

[...] Verifica-se, assim, total desrespeito à proporcionalidade da sanção administrativa imposta. E mais, ao divorciar-se da conclusão apresentada no relatório final, deveria a autoridade responsável especificar em que aspecto a conclusão esteve dissociada das provas colhidas, de modo a explicar a necessidade da exasperação da punição, tudo em respeito ao disposto no artigo 168, da Lei nº 8112/90.

[...] Desta feita, caracterizado o descumprimento dos aludidos princípios, compete ao Poder Judiciário, desde que provocado, anular o ato administrativo, por absoluta e flagrante ofensa ao direito positivo.³¹⁶

Ainda nesse sentido, vale rever o STJ em outros acórdãos revendo a penalidade de demissão à luz da proporcionalidade.³¹⁷Em sentido contrário, tem prevalecido na

³¹⁵ DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. DIÁRIAS INDEVIDAMENTE PERCEBIDAS E SOMENTE RESTITUÍDAS APÓS O INÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros). 2. Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão à parte recorrida, servidora pública com mais de vinte e um anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter, indevidamente, recebido cerca de mil e duzentos reais a título de diárias sem ter feito a correspondente viagem a serviço, tendo em vista que efetuou a restituição da referida quantia após o início do processo administrativo disciplinar. 3. Recurso especial conhecido e improvido. STJ – RESp 866612- PE, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, publicação: 17/12/2007.

³¹⁶ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MANDADO DE GURANÇA.

1. A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda. Precedente da eg. 3ª Seção.
2. A decisão que aplica a pena de demissão, não obstante conclusão favorável ao servidor oferecida pela Comissão responsável há que ser fundamentada, especificando o julgador os motivos que fundamentaram o seu convencimento (Lei 8112/90, art. 168).
3. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e os antecedentes funcionais" (Lei 8112/90, art. 128).4.É direito, senão dever da Administração, impor sanções a seus funcionários faltosos, desde que observadas as determinações legais pertinentes.5.Segurança concedida.STJ – MS nº 7.077 – DF, Relator: Ministro Edson Vidigal, 25.04.2001.

³¹⁷ STJ, MS 10.825/DF, Rel. Min Arnaldo Esteves Lima, 3ª. S., DJ 12.06.2006: "[...]4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: 'exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a

jurisprudência a impossibilidade de a infração punível com demissão ser apenada diversamente. O próprio STJ, em flagrante controvérsia interna, tem acórdão aduzindo que não se presta a rever a penalidade de demissão à luz de critérios subjetivos acerca do tema, ao dizer que, “configurada a conduta para a qual a norma estabelece a aplicação da penalidade de demissão, não pode o administrador aplicar pena diversa, ou seja, não há discricionariedade para a aplicação de pena menos gravosa”.³¹⁸

5.1.3.3 Restrição da AGU/CGU em aplicar o art. 128 em caso de demissão

Conforme espelham os acórdãos citados, viu-se o entendimento da jurisprudência de que a punição disciplinar pode ser revista e a pena dosada em parâmetros razoáveis e proporcionais à gravidade do delito. Todavia, a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Controladoria-Geral da União (CGU) ainda mantêm o entendimento em seus pareceres de que a dosimetria da pena só pode ser aferida nos casos em que a lei prevê a pena de advertência e de suspensão, firmando que, uma vez “verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato”. Entendimento esse também expresso no Parecer Vinculante AGU GQ-183, de 17/12/1998, que assim dispõe:

efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado” (Suzana de Toledo Barros). 5. Caso em que, não obstante as irregularidades praticadas no tocante à comprovação de despesas com passagens, para fins de percepção de auxílio-transporte, segundo apurado em processo disciplinar, a baixa lesividade ao erário, em razão da conduta do impetrante, conduz à necessidade de aplicação de penalidade menos gravosa. Precedente. 6. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar sua reintegração ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados.” Mattos, Mauro Roberto Gomes de, Tratado de direito administrativo disciplinar, - 2.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

- STJ, MS 7.005/DF, Rel. Min Jorge Scartezzini, 3ª. S., DJ 04.02.2002, p. 272: “[...] deve a autoridade competente, na aplicação da penalidade, em respeito ao princípio da proporcionalidade (devida correção na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor), observar as normas 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. 4 – 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. 5 – Precedente da 3ª Seção (MS 6.663/DF). 6. Preliminar rejeitada e ordem concedida para determinar que sejam anulados os atos que impuseram a pena de demissão às impetrantes, com a conseqüente reintegração das mesmas nos cargos que ocupavam, sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a administração pública aplique a penalidade adequada à infração administrativa que ficar efetivamente comprovada.” MATTOS, op. cit., p. 109/110.

³¹⁸ STJ - RMS 18728 RO 2004/0107688-4, publicação: 06/04/2015.

“É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990”.³¹⁹

O mesmo posicionamento tem a CGU, cujo item 13.5 do seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar diz que:

“Para aqueles que militam na seara do direito disciplinar, é corrente o entendimento que para as penas capitais não há possibilidade de atenuação, não havendo possibilidade de aplicação da dosimetria da pena, como é possível para as sanções de advertência e suspensão [...] tendo em vista que a Lei nº 8.112/90 não dá espaço para que a autoridade julgadora utilize dessa dosimetria nos casos de penas capitais, esta CGU mantém o entendimento de aplicar tais penalidades quando a irregularidade praticada estiver assim capitulada”.³²⁰

Em função dessa diretiva, a CGU considera que a Administração Pública Federal só pode aplicar a dosimetria da pena disciplinar quando a infração for punível com advertência ou suspensão.

Assim, no item “4.10.2.5.1 – Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas”, é reconhecido e salientado que para a aplicação da pena de demissão se faz indispensável a prova de conduta dolosa, menos na hipótese de desídia.³²¹ Portanto, uma vez incidente um dos tipos do art. 132 da Lei 8.112, não haveria permissão para a Administração Federal substituir a demissão por suspensão ou advertência. Tanto a pena de demissão como a de cassação de aposentadoria ou de indisponibilidade não se comunica com a advertência e a suspensão. De modo que, nessas hipóteses, o comando do art. 128 não teria eficácia alguma.

Ora, essa orientação normativa da CGU e da AGU de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade somente devem ser aplicados na ocorrência de infrações que tem como penalidade disciplinar advertência ou suspensão, colide frontalmente com a jurisprudência do STJ, que caminha na aceitação da utilização dos referidos princípios até mesmo diante da pena de demissão, indiferente, portanto, à natureza da falta disciplinar. Todavia, é de rigor registrar que o STJ também já exarou entendimento que corroboram o entendimento da AGU e da CGU, no sentido de que, “configurada a conduta para a qual a norma estabelece a aplicação da penalidade de demissão, não pode o

³¹⁹ Pareceres-AGU GQ-177 e GQ-183 da AGU, disponível em <<http://www.agu.gov.br/pareceres>>, acessado em 18/1/2017.

³²⁰ Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, disponível em <<http://www.agu.gov.br/pareceres>>, acessado em 18/1/2017.

³²¹ O entendimento da AGU e da CGU é de que esse tipo infracional é causa de demissão em caso de negligência, independentemente de dolo.

administrador aplicar pena diversa, ou seja, não há discricionariedade para a aplicação de pena menos gravosa”.³²²

Aliás, aqui vale por em destaque que para o STJ, no processo administrativo, tanto quanto no processo penal, o servidor se defende dos fatos, e não da capitulação legal.³²³³²⁴ O excelso STF, no mesmo sentido, sedimentou de vez que o servidor se defende dos fatos, e não dos tipos infracionais pelos quais foi acusado.³²⁵

Todavia, a 3ª Seção do STJ, no mandado de segurança nº 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, por unanimidade, considerou ilegais os pareceres da AGU:

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.³²⁶

Afinal, o exame de dosimetria da penalidade é ao mesmo tempo uma garantia subjetiva do servidor e um dever jurídico da administração pública decorrente de parâmetros de proporcionalidade que informam e direcionam o modo de atuar do Estado de acordo com os fins para os quais foi criado. Conforme se viu, não há mais espaço para juízo de conveniência e oportunidade no poder disciplinar que a administração do Estado exerce.

Portanto, mesmo diante dos tipos infracionais do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, "a imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de

³²²STJ - RMS 18728 RO 2004/0107688-4, publicação: 06/04/2015.

³²³ Precedentes: STJ, MS 14045/DF, 3ª Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe29/04/2010. STF, MS 24536; RMS 24536. - Excerto de julgado do STJ: “O indiciado que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta não tem o condão de inquinar de nulidade o processo. Precedentes: (MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29.4.2010; MS 10.128/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 12.386/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 24.9.2007, p. 244” STJ, MS 12.677/DF, 1ª Turma, DJe 20/04/2012.

³²⁴ Notável aqui registrar que a AGU em seu I Encontro de Discussão sobre Processo Disciplinar para as Carreiras Jurídicas da AGU, em 08 de agosto de 2012, não ignorou que o acusado deve se defender dos fatos, e não da capitulação legal, *verbis*: “5) Possível alteração da capitulação legal, pois o acusado se defende dos fatos, e não da classificação jurídica. Basta que os fatos sejam minuciosamente descritos na indicição, de molde a permitir o exercício do direito de defesa pelo acusado.”

³²⁵ “É que esta Corte há muito tempo se orientou no sentido de que o servidor, em processo administrativo disciplinar, defende-se dos fatos e circunstâncias que cercam a conduta faltosa identificada, não sendo possível falar-se em vício procedimental ou violação do direito de defesa quando o julgamento final da autoridade competente atribui peso maior ou menor aos fatos comprovados pela investigação. Refiro-me aos seguintes precedentes, entre outros: MS 21.635, rel. min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 20.04.1995; MS 22.791, rel. min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 19.12.2003; RMS 24.536, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 05.03.2004; RMS 25.105, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 20.10.2006”.

³²⁶ No mesmo sentido: MS 13.341/DF, Rel. Min. Haroldo Rodrigues Terceira Seção, DJe 4/8/2011; MS 10950/DF, DJe01/06/2012.

proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto".³²⁷

Pelo que, conclui-se que a regra da demissão pode e deve e ser revista sempre que a administração pública constatar que os fatos e a conduta do servidor não se coadunam de forma razoável e proporcionalmente à pena de demissão, mesmo que aparentemente amoldados à forma infracional gravíssima, de maneira que se está de acordo com o entendimento da 3ª Seção do STJ de que os Pareceres GQ-177 e GQ-183 da AGU ofendem direitos fundamentais. Deveriam ser revogados, ante sua incontestável inconstitucionalidade.

5.2 Tipos infracionais de demissão submetidos à proporcionalidade e à razoabilidade

Cabe agora examinar as infrações disciplinares que ensejam demissão ou cassação de aposentadoria, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade. Elas se encontram descritas nos incisos IX a XVI do art. 117 e art. 132 da Lei 8.112/90.³²⁸³²⁹

³²⁷ RMS 25.950/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 8/9/08.

³²⁸ Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

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

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

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

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

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

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

[...]

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros;

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

³²⁹ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

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

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

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

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

A sumária revista dos tipos infracionais do art. 132 tem por finalidade chamar a atenção para a forma aberta dessas figuras delitivas e, consequentemente, as recorrentes dificuldades que oferecem para o julgamento nos moldes fixados pelo art. 128 (atenuantes e agravantes) da Lei 8.112/90, bem como do art. 2º e seu parágrafo único (adequação de meios e fins) como mecanismos normativos para a persecução do justo a fim de se evitar injustiças e abusos. São observações que demonstram de forma cabal a necessidade de se compreender que a norma, tal qual se viu ao longo deste trabalho, deve ser compreendida e aplicada não apenas pelo critério subsuntivo da regra ao fato, mas especialmente sob o comando dos princípios.

5.2.1 Crime contra a administração pública

Crimes contra a administração pública são aqueles descritos no Código Penal: peculato (art. 312); extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314); emprego irregular de verbas ou renda públicas (art. 315); concussão (art. 316); excesso de exação (art. 316, § 1º); corrupção passiva (art. 317); facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318); violação de sigilo funcional (art. 325); violação do sigilo de proposta de concorrência (art. 326), sem perder vista os crimes contra as finanças públicas previstos nos arts. 359-A a 359-H, contra a licitação pública (Lei 8.666/93) e outros da legislação especial.

Justifica-se a demissão em razão da presumida gravidade dos tipos penais, mas, vale dizer, nem todo crime contra a administração contém, necessariamente, a pecha da gravidade hábil a impor a pena de demissão. É o caso do peculato culposos, onde não está presente o elemento subjetivo da desonestidade. E aqui não se pode considerar razoável entendimento diverso, pois tampouco guarda proporção com a gravidade da ofensa exigida, que um servidor imprudente, negligente ou imperito seja tratado no mesmo nível que aquele que agiu deliberadamente de má-fé, com a vontade livre e consciente de praticar o delito. Assim devem também ser tratadas outras figuras delitivas de pequeno potencial ofensivo, que, analogamente ao que sucede no processo penal com a suspensão do processo, não justificaria apenas o servidor drasticamente sem que do fato decorra prejuízo ao Erário ou que importe em grave ofensa à moralidade administrativa, denotando comprovada índole desonesta.

XI - corrupção;

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

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

De fato, nem toda conduta criminosa, ainda que amoldada no tipo doloso, representa gravidade. José Armando da Costa, após elencar o peculato culposo, a prevaricação (art. 319), a condescendência criminosa (art. 320), a advocacia administrativa (art. 321), a violência arbitrária (art. 324) e o exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324), pondera que, “a menos que o agente público se exacerbe demasiadamente na efetivação de tais condutas”, a demissão não se mostraria proporcional, pois, “em regra, referidas hipóteses não trazem em si maior gravidade nem revelam a existência de desonra ou desonestidade capazes de legitimar a imposição de reprimenda disciplinar capital”.³³⁰

Chama atenção neste sentido, que até mesmo no caso de peculato doloso, tem-se uma notável decisão em processo administrativo disciplinar em que o Conselho Superior da Defensoria Pública de Minas Gerais deixou de aplicar a pena de cassação de aposentadoria de defensor público acusado na esfera penal de peculato e que ressarcira o dano antes da sentença. A decisão reconheceu a desproporcionalidade da perda da aposentadoria, inclusive levando em conta a idade do acusado, que contava com mais de sessenta anos.³³¹

Vale ainda não perder de vista que, como só o Poder Judiciário pode dizer o que é e o que não é crime, a demissão na presente hipótese só poderá ocorrer depois que houver trânsito em julgado da decisão, exigência essa que a AGU não descurou de observar, conforme se depreende de seu parecer:

A demissão com base no art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, somente será cabível com o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória. A independência das instâncias possibilita a demissão por infrações disciplinares desde que o enquadramento proposto seja diverso do art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90.³³²

De qualquer forma, resta patente que a administração pública deve sempre se pautar por critérios de razoabilidade e de proporcionalidade sempre que tiver que estabelecer não só o enquadramento da conduta à correta tipificação, mas sobretudo de verificar qual é a efetiva gravidade do fato, o que exige desprendimento da mecânica subsunção do fato à norma.

³³⁰COSTA, op. cit., p. 522

³³¹O delito havia sido cometido durante a atividade, e somente depois da aposentadoria é que o fato chegou ao conhecimento da Corregedoria. Contudo, antes da sentença, o juiz da 1ª Vara Criminal de Uberlândia decidiu oportunizar ao réu a extinção da punibilidade mediante ressarcimento dos danos, em analogia ao peculato culposo (art. 312, §3º), e com o devido aval do MP. Essa decisão repercutiu no processo administrativo disciplinar, e pesou especialmente sobre as razões que deram provimento ao recurso administrativo o fato do ressarcimento como também o fato de o acusado contar com mais de sessenta anos. (Processo Administrativo Disciplinar nº 69/11 – Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e Processo criminal nº 0371912-92.2011.8.13.0702, 1ª Vara Criminal de Uberlândia.

³³²Parecer Nº GQ-124/1997, publicado no *DOU* de 30/05/1997.

5.2.2 Abandono de cargo

O abandono de cargo se consuma pela falta ao serviço por mais de trinta dias, conforme art. 138: “Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”.

A doutrina exige dois requisitos para a caracterização do ilícito: o objetivo, que consiste na certidão probatória das faltas; e o subjetivo, que consiste no *animus abandonandi*, isto é, na intenção de se desligar do cargo.

Nem sempre é fácil examinar o quesito subjetivo, como ocorre nos casos em que o servidor, em razão das circunstâncias, se vê impossibilitado de trabalhar e de fazer prova dessa impossibilidade. Veja-se a situação do servidor acometido de depressão, e que tem um surto depressivo prolongado, não consegue licença médica por ausência de sintomas inequívocos, e, se ausenta do serviço por mais de trinta dias. Seria razoável demiti-lo? Há entendimentos divergentes. Quem entende que é cabível a demissão, sustenta que é ônus do servidor produzir a prova de sua incapacidade; quem entende contra, alega que a administração precisa ter certeza da intenção de abandonar o cargo, uma vez que o ônus de provar é da administração. Havendo pelo menos dúvida, impõe-se o arquivamento do processo administrativo. Veja a ementa deste acórdão do STJ, onde se vê que, “embora não comunicadas à administração”, a mera existência das faltas “afastam a presença do *animus abandonandi*”:

[...] É entendimento firmado no âmbito desta e. Corte que, para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, faz-se necessário investigar a intenção deliberada do servidor de abandonar o cargo. II -Os problemas de saúde da recorrente (depressão) ocasionados pela traumática experiência de ter um membro familiar em quadro de dependência química, e as sucessivas licenças médicas concedidas, embora não comunicadas à administração, afastam a presença do *animus abandonandi*. Recurso ordinário provido. ³³³

O STF cristalizou esse entendimento no voto do ministro Sepúlveda Pertence, digno de nota em suas passagens mais ilustrativas, *verbis*:

³³³ STJ – RMS 21.392-PR, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.12.2007. E ainda: 1 - A demissão por abandono de cargo, como penalidade prevista no art. 138, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1.990, somente se tipifica se presente a intenção de abandonar por parte do servidor. Precedentes: AC 1999.01.00.121007-3/DF. Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves. DJ de 11.03.2002 p. 56; EAC N. 199901001131657/DF. Rel. Des. Federal José Amílcar Machado. DJ de 28.06.2002, p. 29; MS 200200419360-DF. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ de 05.05.2003, p. 216; ROMS 20030128905-52/MG. Rel. Min. Paulo Medina. DJ de 23.08.2004.

[...] Estou convencido, após detida análise do conjunto probatório constante dos autos, de que os procedimentos administrativos instaurados para averiguar a ocorrência do fenômeno do abandono de cargo lograram comprovar, apenas, um dos elementos tipificadores da infração disciplinar em tela, qual seja, o de natureza objetiva, consubstanciado na falta ao serviço. Não tiveram êxito, porém, na apuração do seu elemento subjetivo, relacionado à intenção dessa ausência, na existência do desprezo pela atividade funcional exercida pelo respectivo servidor, o que, enfim, configuraria, na sua inteireza, o denominado *animus abandonandi*. [...] O abandono de emprego pressupõe a ausência injustificada do servidor público e a manifesta intenção de não mais retornar ao serviço.³³⁴

Com efeito, manifesta-se irrazoável e desproporcional a pena de demissão nessas hipóteses em que não há prova cabal do *animus abandonandi* e tampouco demonstração inequívoca do servidor de que não tinha intenção de se desligar do cargo. Sendo a demissão uma pena destinada para casos gravíssimos, em que a permanência do servidor no serviço se mostra incompatível com a moralidade administrativa ou outro fundamento que revele absoluta incapacidade do exercício da função pública, não se mostra em consonância com a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal a pena máxima.

Portanto, cabe asseverar que o ônus de provar a presença dos dois requisitos do abandono de cargo é da administração, prova que deve ser inequívoca, pois, se houver elementos mínimos que fragilizem essa certeza, como ocorre em casos de letargia do servidor decorrente de casos de depressão ou distúrbios psíquicos, não está configurada a intenção de abandono do cargo.

Aqui sobreleva a observância da dignidade da pessoa humana como fio condutor de exames dos fatos, pautados, como não poderia deixar de ser, por critérios de equidade, congruência, equivalência (razoabilidade), bem como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

³³⁴ Na sequência do voto, o ministro Sepúlveda Pertence lembra que o controle de legalidade da penalidade disciplinar é ampla e não se limita à forma do procedimento: “De imediato um primeiro registro há de ser feito. Ao contrário do que defende a apelante, a sindicabilidade judicial do ato administrativo que culmina com a aplicação de pena disciplinar é ampla. Não pode, nem deve, restringir-se, apenas, à apreciação dos requisitos formais e objetivos ensejadores da pena. A melhor doutrina administrativista considera que o controle judicial do ato administrativo envolve, necessariamente, a análise dos motivos que levaram à prática do ato, isto é, a aferição da efetiva existência de seus pressupostos de direito e de fato, bem como a análise da sua adequação aos fins legais. Ao Judiciário incumbe, portanto, verificar não só a legitimidade e a existência da(s) prova(s) invocada(s) como substrato de decidir, mas também os motivos que ensejaram a aplicação da sanção questionada” (STF, MS 21294/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21-09-2001).

5.2.3 Inassiduidade habitual

A inassiduidade habitual é a “falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses”, conforme o art. 139. Exige os mesmos requisitos objetivos e subjetivos do abandono de cargo, com a diferença de que, nesta hipótese, as faltas não são contínuas.

Embora o enunciado não mencione, tal como faz no abandono de cargo, que haja “ausência intencional”, é de se entender, balizados na razoabilidade, que é de rigor o *animus abandonandi*, pois não seria justa a demissão sem a certeza de que o servidor agiu para além da mera negligência, afinal, conduta culposa não pode ser justa causa para demissão. Nesse sentido, a 3ª Seção do STJ decidiu que:

3. A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que "em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia." (cf. MS nº 6.952/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 2/10/2000).³³⁵

Vê-se que o requisito subjetivo é também da essência dessa falta disciplinar, apesar de o legislador não haver feito expressa menção à intencionalidade como fez no caso do art. 139, no que decidiu bem a 3ª Seção do STJ, certamente balizado pelos princípios da razoabilidade.

Assim como no abandono do cargo, e pelos mesmos fundamentos, deve se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da pena demissória nesta hipótese para aplicar uma sanção sem que haja a efetiva comprovação de atitude deliberada do servidor público.

5.2.4 Improbidade administrativa

Improbidade, sinônimo de conduta desonesta, é o ato praticado pelo servidor público consistente em, segundo os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92: a) enriquecimento ilícito; b) lesão ao erário; c) ofensa aos princípios da administração pública. A lei foi editada em 1992—conforme sugere a alcunha de “Lei Anticorrupção” dada à época— precisamente para regular

³³⁵ MS 8291/DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJe05.05.2003.

atos atentatórios ao Erário Público que importem obtenção de vantagem indevida pelos agentes públicos, e visava regulamentar o § 4º do art. 37 da CF.³³⁶

A improbidade administrativa tem referência no ordenamento constitucional desde a Constituição de 1891 (art. 54, 6º) e nas seguintes, sendo que nos anos 50 passou a ter previsão na Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50), conforme registro de Emerson Garcia.³³⁷ No entanto, somente com a Constituição Federal de 1988 o termo passou a ter aplicação generalizada para todo servidor público.

Como não poderia deixar de ser, improbidade é ato que pressupõe a má-fé da conduta, portanto, o aspecto subjetivo desse ilícito é de natureza estritamente dolosa. Pelo menos, deveria ser assim, mas o art. 10 da lei 8.429 destoa dessa finalidade, ao prever a possibilidade de se punir danos ao erário ainda que a título de culpa.³³⁸ Está-se aqui diante daquilo que José Armando da Costa chama de “desproporcionalidade constitucional”, que assevera:

Nesse dispositivo pode-se constatar o absurdo do legislador prevendo a pena capital de demissão para uma conduta faltosa apenas negligente. Tal absurdo, além de ser inconstitucional, incorre, em petição de princípio, pois como, de sã consciência, admitir a desonestidade de alguém por conduta funcional involuntária. A falta de razoabilidade de tal norma ecoa de modo desbragado e retumbante. O seu diagnóstico jurisdicional, por conseguinte, não deverá ser outro que não o timbre de inconstitucionalidade.³³⁹

Apesar disso, o entendimento do STJ se inclinou no sentido da constitucionalidade da pena de demissão mesmo sem a existência de dolo, em decorrência de ser natureza civil e não penal as ações de improbidade administrativa.³⁴⁰ Segundo o STJ:

[...]3. Não é compatível com essa jurisprudência a tese segundo a qual, mesmo nas hipóteses de improbidade capituladas no art. 10 da Lei 8.429/92, é indispensável a demonstração de dolo da conduta do agente,

³³⁶ Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

³³⁷ GARCIA, Emerson ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 136.

³³⁸ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

³³⁹ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 129.

³⁴⁰ Essa jurisprudência se coaduna com o entendimento pacificado no STF através do julgamento da ADI 2.797, que decidiu pelo caráter não penal da ação de improbidade administrativa, com fundamento no art. 37, §4º, da CF/88, que prevê que as sanções aos atos de improbidade serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

não bastando a sua culpa. Tal entendimento contraria a letra expressa do referido preceito normativo, que admite o ilícito culposos.³⁴¹

Efetivamente, a natureza civil da ação de improbidade não pode implicar na desnaturação do conceito doloso de improbidade e tampouco permitir o nivelamento na forma de tratar atos praticados com deliberado propósito de causar dano ao erário com aqueles causados por mera incúria do agente público. A doutrina não é unívoca, pois, conforme assinala Natacha Maldonado Severo, autores como Márcia Noll Barboza, Emerson Garcia e Rogério Alves “consideram que a improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 8.429/92, superou o conceito de desonestidade, adquirindo um significado normativo próprio, que afasta o significado semântico usualmente utilizado”.³⁴²

Ocorre que, tratar o ilícito culposos no mesmo nível que o doloso para fins de apenar o servidor público por danos ao erário em processo administrativo, ofende aos fundamentos sob os quais se ergue todo o edifício do Estado, e que é justamente seu sistema de normas instruído pelo direito. Ora, há de se convir que o direito punitivo do Estado não pode ser fragmentado em vários sistemas, ainda que se diga que a esfera penal, cível e administrativa são autônomas, pois dessa autonomia não surge um novo sistema.³⁴³ O direito é uno, tal qual é uno o Estado.³⁴⁴

³⁴¹ STJ - REsp 1130584 PB 2009/0056875-1 (STJ). publicação: 21/09/2012.

³⁴² “Nesse caso, a improbidade estaria relacionada com a atuação desconforme às normas (regras e princípios) e, sendo a eficiência um dos princípios norteadores da Administração Pública, sua inobservância (por ineficiência ou incompetência do agente) também geraria violação à probidade administrativa. Para estes autores é, portanto, plenamente possível a existência de atos de improbidade culposos”. SEVERO, Natascha Maldonado. A conduta culposa na Lei de Improbidade Administrativa. conteúdoJuridico, Brasília-DF: 15 out. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50246&seo=1>.

³⁴³ A propósito dessa unidade do sistema punitivo, como discordar de que o ilícito disciplinar, punido com dolo e culpa, poderia destoar da natureza que lhe empresta o direito penal? Oportuno rever Nelson Hungria reportado por Emerson Garcia: “‘No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão)’. ‘A incorreção representada pelo dolo provém da fraqueza da vontade, e a incorreção que a culpa representa provém da debilidade do intelecto’”. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁴⁴ “[...]o sistema deve ser interpretado como um todo, e os conceitos jurídicos, mesmos os indeterminados, possuem certas propriedades que estão relacionadas ao conteúdo mínimo de seu significado (núcleo semântico) e que devem condicionar o agir dos administradores, legisladores infraconstitucionais e juízes. Nessa perspectiva, acreditamos que a improbidade administrativa, seja do ponto de vista gramatical, seja do ponto de vista histórico e teleológico, sempre esteve conectada indissociavelmente ao combate à corrupção. Atualmente, ainda que o espectro de proteção do patrimônio público tenha sido alargado pela LIA, não podemos olvidar de sua interpretação sistemática, que está intimamente ligada à punição de condutas abertamente (e, portanto, dolosas) contrárias às normas regentes da Administração Pública. Entendimento contrário levaria a cunhar de ímprobos praticamente todos os erros de previsibilidade cometidos pelos agentes públicos, os quais, por evidente, não devem restar impunes, ante a exigência de maior cuidado decorrente da função pública desempenhada, todavia, afirmar que a conduta culposa não configura improbidade administrativa não acarreta a impunidade do agente estatal, uma vez que existem outros regimes de responsabilidade menos gravosos, mas que cumprem satisfatoriamente o escopo de proteção do patrimônio público, sem, entretanto, impingir a pecha de corrupto ou desonesto ao agente tão somente incauto”.

Por certo, o desprezo pela unidade do *jus puniendi* e seus fundamentos jurídicos, leva a concluir que a essência do princípio da razoabilidade, que consiste em estabelecer uma relação de congruência entre o fato e sua consequência jurídica, restou desprezado, de onde sucede que também a proporcionalidade da pena, que decorre de um nexos causal entre os meios e os seus fins, da mesma forma, foi igualmente ignorada, por conta de uma sanha equivocada e desastrosa para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, instiga por vezes pela pura demagogia do falsoencantamento com as soluções açodadas para se combater os cupins e outras pragas que corroem as instituições públicas.

5.2.5 Incontinência pública e conduta escandalosa

Incontinência pública é o ato praticado pelo servidor público fora do serviço público mas que repercute em seu dever de se comportar de acordo com a moral e os costumes vigentes. Caracteriza-se, em geral por comportamento deveras indecente, e deve possuir lastro em conceitos objetivos e consensuais de grave imoralidade pública apta a lhe causar a perda do cargo público. A conduta escandalosa está associada à incontinência pública por motivos similares, com a diferença que é praticada no interior da repartição pública.

Em razão das variadas formas de se interpretar o que são bons costumes, ou o que é grave ou não em se tratando de imoralidade na vida privada, os agentes públicos incumbidos de apreciar a profusão de desatinos pessoais e frequentes nos quadros da administração pública, não devem perder de vista o necessário juízo de ponderação e balanceamento para se evitar excessos. Nesse sentido, está-se aqui diante de uma clara e precisa hipótese da possibilidade de a conduta do servidor ser desclassificada para outra modalidade menos gravosa quando se verificar que o ato em si não tem a pecha de grave imoralidade, e a vida funcional pregressa do servidor não possuir máculas reiteradas de desajustes e desequilíbrio que impeçam a mitigação da pena. Imagine-se um servidor com muitos anos de serviço público, com conduta funcional exemplar e impecável, já próximo de se aposentar, e que venha praticar ato formalmente amoldável ao tipo infracional, v.g. flagrado fazendo sexo com uma namorada na repartição. Seria adequada, necessária e proporcional a medida? O STJ já

anulou decisão administrativa em que a imputação dessa figura delitiva não estava presente, *verbis*:

[...] A espécie indicada na Portaria de instauração do Processo Administrativo Disciplinar - incontinência pública e conduta escandalosa - é definida pela doutrina e jurisprudência como comportamento que não se ajusta aos limites da decência, ou seja, que mereça censura de seus semelhantes, e que esteja revestida de publicidade ou repercussão pública, de modo que a prática imputada ao recorrente não pode ser enquadrada na referida previsão. 4. Recurso ordinário provido.

³⁴⁵

Não pode haver, por óbvio, subjetividade na apreciação de tipos que tem por conteúdo aquilo que a doutrina chama de conceitos indeterminados. Não se desconhece, é árdua a tarefa do intérprete nesta seara, pois é onde se conflagram diferentes formas de aceitação e irrisignação com os desatinos nos costumes, como é o caso do exemplo citado, cujo grau de reprovação pode variar por causa da região (urbana ou rural, metrópoles ou cidades interioranas), do grau de instrução e formação cultural prevalecente no ambiente de trabalho (médicos, procuradores, professores, policiais, serventuários da justiça, atendentes, faxineiros, entre outros), além de circunstâncias como o ambiente social da esfera privada do servidor, no caso de incontinência pública, ou da repartição pública, no caso de conduta escandalosa, e que são fatores que influenciam o exame de reprovação da conduta.

5.2.6 Insubordinação grave em serviço

O adjetivo já indica que não basta haver, certamente, insubordinação, isto é deixar de cumprir ordens. É preciso que haja gravidade suficiente na conduta para se concluir que o servidor deve ser apenado com a demissão.

Esse tipo infracional está diretamente conectado com o dever de obediência hierárquica e que consiste em obedecer a ordens. Se o Estado existe para cumprir o comando constitucional e legal, seus agentes, órgãos diretos dessa pessoa jurídica, fazem o mesmo e, aliás, como ensinam as primeiras e clássicas linhas do direito administrativo, só podem fazer o que a lei determina.

Nesse passo, não há que se confundir o desleixo em cumprir ordens, o que seria absurdo manifesto, pois para essa infração existe outra descrição, e que se encontra no art. 116, IV, que sujeita a simples pena de advertência (art. 129).

³⁴⁵ STJ - RMS 18728 RO 2004/0107688-4, publicação: 06/04/2015.

Para haver demissão, faz-se necessário que haja uma colisão frontal intensa e altamente reprovável à ordem emanada da autoridade superior, bem como que redunde em inequívoco prejuízo grave ao serviço. Sem esses requisitos, a pena de demissão recai em medida injusta.³⁴⁶ Somente o caso concreto indica a decisão correta, de modo a assegurar o perfeito ajustamento do fato ao tipo legal adequado mediante o duplo juízo de razoabilidade e de proporcionalidade.

O minucioso manual de José Armando da Costa faz instrutiva comparação da forma como infração dessa natureza era tratada nos anos 50 em caso de insubordinação por causa de greve no serviço público, reportando ao seguinte parecer da Consultoria Geral da República:

Contra a administração pública, a greve constitui crime. Em preparação, como simples tentativa, ou consumada, nos centros ferroviários, dado o caráter fundamental de seus serviços, ela é uma insubordinação grave. Insubordinação grave em serviço é ato de indisciplina que compreende não só a greve, como os atos de sua instigação, pela repercussão, que estes produzem nos espíritos menos avisados, como desafio à autoridade, e ameaça à ordem pública.³⁴⁷

Em um tempo onde a lei não fazia menção expressa da razoabilidade como critério de dosimetria na penalidade disciplinar – posto que a norma ainda era interpretada exclusivamente pelo critério subsuntivo e o neopositivismo ainda davas seus primeiros passos – não deve causar perplexidade essa postura, ao olhar de hoje, manifestamente irrazoável e desproporcional, sem parâmetro algum de um Estado efetivamente fundado pelos pilares que lhe dariam, décadas depois, a Constituição de 1988.

Aqui se reitera que os exames dos fatos devem ser pautados por critérios de equidade, congruência, equivalência (razoabilidade), bem como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5.2.7 Ofensa física

Conforme o enunciado do tipo descrito no inciso VII do art. 132 da Lei 8.112/90, a infração se caracteriza em atingir o corpo de uma pessoa, ou seja, invadir a sua incolumidade física. A pena de demissão será resultado de cuidadosa ponderação entre a intensidade da

³⁴⁶ “Tal insubordinação, pelo que orienta o princípio da razoabilidade, somente restará configurada como causa de demissão quando – perpetrada em escala de acentuada gravidade – cause sério prejuízo ao serviço público da repartição e denote sério e substancial grau de incompatibilidade do agente insubordinado com o serviço público”. COSTA, op. cit., p. 525.

³⁴⁷ Consultoria Geral da República, parecer T-398/54, in DOU de 5.5.1954.

ofensa e suas consequências não só para o ofendido, mas também para o serviço público, acentuando esse que deve sempre ser feito quando se tratar de comportamentos irregulares que podem variar de um corriqueiro empurrão à uma lesão corporal de repercussão criminal (art. 129 do Código Penal; pode redundar em uma advertência, ou suspensão).

E mais. O devido controle de balanceamento da conduta do ofensor e da vítima, impõe o exame de todas circunstâncias que podem levar o delito da demissão à uma simples advertência, ou inclusive, ao reconhecimento da legítima defesa, aliás, expressamente previsto como excludente de ilicitude. Para tanto, é do direito penal que se extrai os requisitos dessa excludente de antijuridicidade, e que exige a) atualidade ou iminência da agressão; b) que seja injusta; c) que os meios sejam necessários; e d) em favor de direito próprio ou alheio.³⁴⁸

O sopesamento deve levar em conta critérios objetivos, sempre tendo em mira a possibilidade de buscar a melhor solução para o regular funcionamento do serviço público, que é a realização do interesse público.

5.2.8 Aplicação irregular de dinheiros públicos

Desde logo, cumpre diferenciar lesão aos cofres públicos (inciso X) da aplicação irregular de dinheiros públicos (inciso VIII). Ambas parecem semelhantes pelo fato de haver prejuízo ao erário, mas, enquanto que a hipótese do inciso X pressupõe a obtenção de alguma forma de vantagem (material ou imaterial) ao servidor ou a terceiros, a presente figura infracional se realiza sem a obtenção de vantagens pessoais, e o prejuízo se perfaz com o mau gasto da verba pública, ou, como diz o tipo, mediante aplicação irregular de dinheiros públicos.

Por esta razão, cumpre examinar à luz da proporcionalidade se subsistiria validade em equiparar ambas condutas para o fim de demissão, conforme prevê o art. 132, se não for comprovada conduta dolosa do infrator, mas imprudência, negligência ou imperícia causada por, v.g., inépcia em tratar com o dinheiro público. Deve parecer claro a ressalva, pois não há congruência e tampouco adequação da demissão em tais circunstâncias, afinal, o propósito da demissão é o desligamento definitivo do serviço público do servidor desonesto, e não do inepto, cuja aptidão para o cargo é examinado pela administração pública durante seu período

³⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. VI, Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 406.

probatório. A forma de tratar o comportamento displicente daquele que detém o manuseio de dinheiro público deve ser distinta daquela do servidor que tenha índole ímproba.

5.2.9 Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo

Desde logo, cumpre ressaltar que essa infração tem em vista a proteção da segurança pública, e não dos agentes do Estado. E com relação aos interesses por estes guardados, também não se deve perder de vista o princípio da publicidade e da transparência de seus atos, que, em regra, são acessíveis a todos brasileiros, de maneira que o controle do acesso e divulgação de informações sigilosas existentes nos órgãos do Estado devem ser protegidos somente quando a informação puder ser classificada como sigilosa pela lei, que determinará quais assuntos deverão ficar restritos, e quais pessoas terão acesso as informações, bem como o dever de guardar sigilo.³⁴⁹

Já o parágrafo 5º do art. 24 da Lei 12.527/11 prevê que o grau de sigilo deverá observar o interesse público da informação, utilizando-se o critério menos restritivo possível, tendo em vista: “ I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final”,³⁵⁰ sendo que o § 2º do art. 31 prevê que todo aquele que tiver “acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido”.

Vê-se, portanto, que a revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo é causa de demissão devido à relevância da informação revelada, e desde que bem sopesada a gravidade da conduta, isto é, a intensidade do dolo. Não se deve confundir essa infração com

³⁴⁹ É a Lei nº 12.527, de 2011 que classifica quais informações e o grau de sigilo, assim como o tempo em que devem ficar protegidas da publicidade, cujo art. 23 reza que “são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”. O art. 24 dispõe que Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada. § 1º - Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes: I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; II - secreta: 15 (quinze) anos; e III - reservada: 5 (cinco) anos.

³⁵⁰ Art. 24 e seus §§ 1º a 5º da Lei 12.527/11.

aquela do art. 116, VIII, que prevê como dever do servidor “guardar sigilo sobre assunto da repartição”, punível com simples advertência.³⁵¹ Patente constatar que, neste caso, além dos padrões de gravidade definidos pela Lei 12.527/11, cabe à administração o devido exame de proporcionalidade para verificar a adequação da conduta a uma das duas espécies infracionais; em seguida, verificar a pena menos gravosa, isto é, aquela que melhor se ajusta à intensidade da reprovação da conduta.

5.2.10 Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional

Conforme se viu no tópico 5.2.8, a aplicação irregular de dinheiros públicos e a lesão aos cofres públicos se assemelham no sentido de serem espécies de prejuízo ao erário público, mas se diferenciam pelo fato de, enquanto naquela o prejuízo não implica em apropriação pessoal dos valores, a lesão aos cofres públicos se caracteriza precisamente pelo fato de o prejuízo ao erário ser decorrente de apropriação de valores pelo servidor público.

Trata-se de norma criada para a proteção do dinheiro público, e que impõe ao servidor o dever de zelar por toda a verba que fique em sua posse ou detenção. Na lição de Alberto Bonfim:

Vale ressaltar que a espécie consistente em lesão aos cofres públicos exige como pressuposto o furto, a apropriação indébita ou o desvio de dinheiro público em espécie. Tal infração poderá, ainda, revestir uma das modalidades de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, consoante o disposto no art. 10, e seus incisos, da Lei nº 8.429/92.³⁵²

É de ver também que o tipo previsto no inciso X da Lei 8.112/90 é composto pela figura da dilapidação do patrimônio nacional, que com a lesão não se confunde porque, conforme Alberto Bonfim:

Não se deve confundir o “patrimônio nacional” com os “cofres públicos”. Naquele, os bens são fixos, permanentes, perenes. Nestes, os valores são variáveis, flutuantes, mobilizáveis. Naquele, os bens não são destinados a venda nem a conversibilidade em dinheiro. Nestes, os bens são conversíveis em moeda, quando já não existentes nessa forma.³⁵³

Em ambas as figuras, são essenciais aos tipos que haja conduta dolosa, pois não é admissível que se considere como ato desonesto e praticado com a índole de má-fé o prejuízo

³⁵¹ Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

³⁵² COSTA, op. cit., p. 491.

³⁵³ Alberto Bonfim, *in* Processo Administrativo, 1967, p. 67, *apud* COSTA, op. cit., p. 492.

de lesionar ou de dilapidar bens públicos por mera imprudência, negligência ou imperícia. Essa observação se faz pertinente depois da edição da Lei nº 8.429/90, cujo *caput* do art. 10 prevê que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a perda do cargo público e demais sanções do art. 12 da Lei 8.429/90 por conduta culposa quando o agente público causa grave lesão ao erário público:

A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).³⁵⁴

Com efeito, ao tratar como caso de demissão as figuras típicas genericamente denominadas como “prejuízo ao erário”, em qualquer uma das hipóteses existentes na Lei 8.429/92 e na Lei 8.112/90, estar-se-ia colocando no mesmo nível de reprovação atos infracionais muito distintos, afinal, a improbidade administrativa pressupõe uma ação ou omissão deliberada e consciente de causar uma ofensa à administração pública, afinal, como é corrente na doutrina e na jurisprudência, ímprobo é o agente público desonesto, ardiloso, sorrateiro, que age às ocultas visando obter proveito para si ou para outrem. Nas palavras de Aristides Junqueira:

Pode-se conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.³⁵⁵

Quanto às infrações do inciso X, é firme o posicionamento da doutrina, lição de Costa, de que a conduta dolosa é essencial para a demissão, nos moldes da razoabilidade e proporcionalidade:

Dessume-se daí que a infração disciplinar em exame, compreendendo tanto o dano aos cofres públicos como a dilapidação do patrimônio nacional, somente restará caracterizada como susceptível de ensejar a pena disciplinar capital (demissão) quando, além de conter uma razoável

³⁵⁴ STJ – a RESP 939.118-SP, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.2.2011, *DJe*. 1.3.2011. No mesmo sentido: RESP 479.812—SP, rel. min. TeoriZavaski, julgado em 16.12.2010; RESP758.639-PB, rel. min. José Delgado, julgado em 28.3.2006.

³⁵⁵ JUNQUEIRA Aristides. *Reflexões sobre Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 107.

porção de desonestidade, tenha o funcionário faltoso agido com voluntariedade.³⁵⁶

Portanto, fere a adequação, por não ser idônea a conduta culposa ao conceito de desonestidade comumente aceito; fere à necessidade, uma vez que, *in concreto*, pode se revelar uma medida mais gravosa do que a devida para atingir o propósito fixado pela norma.

5.2.11 Corrupção

Se é certo considerar que os tipos infracionais em geral possuem um campo de interpretação mais largo do que os previstos na lei penal, pode-se com certeza afirmar que a corrupção administrativa prevista no inciso XI do art. 132 é um desses tipos que permitem grande amplitude. Desde logo, cumpre verificar que essa figura ilícita não se confunde com a corrupção passiva prevista no art. 317 do Código Penal³⁵⁷ que, a propósito, já tem previsão como crime contra administração pública no art. 132, I, retro abordado.

Na presente hipótese, o conceito de corrupção é mais largo, não exigindo necessariamente nem a hipótese da modalidade passiva e nem ativa (art. 333).³⁵⁸ Na corrupção passiva, o servidor solicita ou recebe vantagem, e responde por esse recebimento quando o crime é praticado por terceiro. Assim, a corrupção ativa, quando se realiza mediante a aceitação da vantagem, sempre traz junto a forma passiva do art. 317.

Na forma de infração disciplinar, a corrupção, não sendo própria do art. 317 do CP c.c. inciso I do art. 132 da Lei 8.112/90 – hipótese esta que exigiria o trânsito em julgado da decisão judicial – permite puni-lo por amplos motivos, o que remete a considerações acerca da reprovação normativa prevista pelo legislador. Ivan Barbosa Rigolin já teve oportunidade de assim se manifestar:

A corrupção, por exemplo, referida singelamente no inciso XI, pode revestir formas infinitas, cujo aspecto multifário é a cada dia ampliado pela criatividade humana, que nesse terreno se demonstra mais fértil do

³⁵⁶ COSTA, op. cit. p. 493.

³⁵⁷ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

³⁵⁸ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

que talvez em qualquer outro. Parece com efeito inesgotável a imaginação corruptora do homem, muito mais célebre em evolução que aquela voltada a contê-la. Desse fato não pode descuidar a administração, mas também não pode com relação à ampla defesa que precisa garantir ao servidor, antes de demiti-lo do serviço público.”³⁵⁹

A AGU também considera que, “no campo do Direito Disciplinar, não importa se o funcionário exige, se solicita, se recebe ou se aceita a vantagem indevida. Se se pune o menos (se o funcionário recebe), deve-se punir o mais (se exige). Ao praticar uma ação, o funcionário pode infringir diversas normas, vários deveres ou violar diferentes proibições”.³⁶⁰

Se é admissível um largo espectro de condutas enquadráveis como corrupção, tanto mais se torna presente o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que não reste campo de discricionariedade alguma para a administração aplicar pena de demissão, pois, conforme se viu, não há margem alguma para conveniência e oportunidade em fazer o exame do justo e do injusto nesta seara coercitiva, onde impera os ditames básicos de todo e qualquer estatuto que visa atingir a liberdade ou outros direitos fundamentais atinentes à dignidade da pessoa humana.

5.2.12 Acumulação ilegal de cargos

A acumulação ilegal de cargos é norma proibitiva prevista no art. 37, XV da Constituição Federal,³⁶¹ e passível de demissão, conforme inciso XII do art. 132. Trata-se de infração disciplinar regida pelo rito sumário, que, em razão de suas peculiaridades, tem traços distintivos dos demais ilícitos. O aspecto mais saliente dessa distinção se refere à instauração de procedimento prévio em que se oportuniza o direito de optar por um dos cargos, e somente depois, após constatar a inércia ou negativa do servidor, é que o art. 133 da Lei 8112/90 determina o processamento.³⁶²

³⁵⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 231, *apud* COSTA, op. cit., p. 496.

³⁶⁰ Parecer Nº GQ-124/1997, publicado no *DOU* de 30/05/1997.

³⁶¹ Art. 37 [...] XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

³⁶² Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade

Aparentemente, embora a natureza da conduta do servidor que acumula cargos indevidamente não permita à administração outra alternativa a não ser a demissão, aqui também se revela patente a exigência de um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade para se examinar situações específicas que podem resvalar para um tratamento inadequado e desnecessário.

De pronto, tem-se o exame de uma situação muito frequente na Administração Federal, e que decorre da imposição de limite da jornada de até sessenta horas para o servidor que tem a permissão de acumular cargos. Trata-se do Parecer nº GQ – 145 da AGU,³⁶³ de 16 de março de 1998, e Parecer nº AC – 054, de 27 de setembro de 2006.³⁶⁴ Neste caso, a orientação é que a permissão de acumular deve ser relativizada caso se extrapole o limite daquela jornada, como já decidiu o STJ no caso de cargos privativos da saúde, por entender que fere a “dignidade da pessoa humana” o exercício de jornada exaustiva e que, ainda, pode vir a comprometer o bom desempenho das funções.³⁶⁵

Não só os cargos da saúde, também os demais cargos estão inseridos na orientação normativa. Assim, um servidor não poderia acumular dois cargos públicos cuja jornada totaliza setenta horas (40 + 30), como ocorreria, por exemplo, caso tivesse um cargo de professor em uma universidade federal (40 horas) e outro cargo técnico ou científico em outro ente federativo (30 horas). Embora possa não haver necessariamente incompatibilidade de horários,³⁶⁶ como exige a norma da CF e do § do art. 118 da Lei 8.112,³⁶⁷ o entendimento baseado nos aludidos pareceres é de que a norma deve ser ponderada e balanceada para restringir o alcance da permissão constitucional de acumular cargos.

Ainda que se abstraísse a inequívoca inconstitucionalidade dos pareceres frente aos citados dispositivos constitucionais acerca das exceções à proibição de acumular cargos, melhor solução não haveria em favor da restrição, pois se trata da colisão do princípio da

da transgressão objeto da apuração; II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório; III - julgamento.

³⁶³ Parecer AGU GQ 145/98. Disponível <http://www.dataprev.gov.br/sislex/paginas/93/1998/145.htm>.

³⁶⁴ Parecer AGU - AC 054/2006. Disponível em <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8458>.

³⁶⁵ Assim se depreende de um aresto do STJ para os cargos privativos da saúde: “[...] Contudo, a ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que tal acúmulo esteja desvinculado de qualquer limite, não legitimando, portanto, o acúmulo de jornadas de trabalhos exaustivas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho”, (AgRg no AREsp 415.766, julgado em 20.10.2015).

³⁶⁶ O professor poderia cumprir a jornada diária de oito horas dividindo-a pela manhã (quatro horas) e à noite (quatro horas), e o cargo técnico/científico (seis horas diárias) poderia ser exercido na parte da tarde (12h às 18h), como ocorre, por exemplo, com a jornada dos servidores do Município de Uberlândia (art. 26 da Lei Municipal nº 11.966/14).

³⁶⁷ Art. 118 [...] § 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

eficiência –o que não se ignora ser uma conveniência administrativa pautada por critérios de razoabilidade, reconheça-se –mas que não pode colidir com outros princípios e direitos fundamentais da pessoa de poder prover sua subsistência conforme sua capacidade e necessidade. Aqui vale fazer reiterar o estudo de Alexy ao tratar dos princípios como mandamento de otimização, onde aplica uma engenhosa equação em que cada princípio possui um peso determinado. Após uma operação de perfil matemático, prevaleceria aquele que obtivesse maior pontuação.³⁶⁸

Sempre que se fala em otimização de princípios, fala-se em ponderação e balanceamento – vertentes da razoabilidade e da proporcionalidade. De fato, além de inconstitucional, mostra à toda vista irrazoável a tese de que em função da eficiência do serviço público se deveria restringir o direito fundamental ao livre exercício do trabalho previsto no art. 5º, XIII da CF.³⁶⁹ Ora, sucede que as decisões dos tribunais, inclusive aquela retro citada do STJ, contraria entendimento antes exarado pela Segunda Turma do STF que foi firme ao dizer que “a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados”.³⁷⁰ E mais. O próprio STJ, através de sua Primeira Seção, também já havia decretado que não é possível obstar o direito à acumulação de cargos prevista na Constituição Federal, *verbis*:

1. É lícita a acumulação de cargos nas hipóteses previstas na Constituição Federal, quando comprovada a compatibilidade de horários. Exegese do disposto nos arts. 37, inc. XVI, da Constituição Federal e 118, 2º, da Lei nº 8.112/1990.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de afastar o Parecer AGU GQ-145/1998, no que tange à limitação da carga horária máxima permitida nos casos em que há acumulação de cargos, na medida em que o referido ato não possui força normativa para regular a matéria.
371

A controvérsia jurisprudencial – muito embora diminuída pelas decisões citadas – é um ponto de referência neste trabalho que visa justamente demonstrar o quão desafiante é a

³⁶⁸ “A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro, é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação dos princípios colidentes. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. ALEXY, op. cit., p. 594.

³⁶⁹ Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

³⁷⁰ STS – 2ª Turma, RE 633298 AgR / MG, Rel. min. Ricardo Lewandowski, publicado em 14.2.2012.

³⁷¹ STJ – 1ª Seção MS 15.663/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 3/4/12.

aplicação de critérios dosimétricos em temas como o da acumulação de cargos quando há colisão de princípios.

Por fim, vale ainda passar em revista outro desdobramento deste assunto referente à extensão da proibição de acumular cargo com proventos de aposentadoria, igualmente vedada pela Constituição Federal no § 10 do art. 37, ou seja, o servidor não pode exercer cargo público se já estiver recebendo proventos de aposentadoria de outro cargo que não se enquadra nas exceções das alíneas do inciso XVI do mesmo artigo.³⁷² O dispositivo tem previsão no § 3º do art. 118 da Lei 8.112/90 no mesmo sentido, “salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade”. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que “a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma prevista na Constituição”.³⁷³

Contudo, a regra comporta temperamento, como ocorre na hipótese do servidor que se aposenta em cargo técnico científico de dedicação exclusiva, e que vem a ocupar cargo de professor. Há registro de casos em que o entendimento da administração pública é pelo impedimento fulcrado na regra do §10 do art. 37, sob a alegação de que, se havia impedimento de acumular na atividade, a proibição perdura depois da inatividade. Como demitir em processo administrativo nestas circunstâncias? A irrazoabilidade desse entendimento parece evidente.

Com efeito, se o cargo técnico/científico do qual se desligou tinha impedimento por ser de dedicação exclusiva, tal circunstância dizia respeito a fatores extrínsecos à natureza do cargo, decorrente de conveniência do legislador em impedir que se dedique a outra função durante a atividade, de modo, por certo, de atender algum interesse público para essa restrição. Todavia, sendo, por definição constitucional, acumulável com outro de professor, a razão de ser daquele interesse público originário não mais pode subsistir após o desligamento. O Tribunal de Minas Gerais já teve oportunidade de se manifestar a respeito, exarando o entendimento de que a medida fere a razoabilidade.

1 - À luz do princípio da razoabilidade, a gratificação de dedicação exclusiva paga aos servidores aposentados no cargo técnico de Supervisor Escolar não obsta, nos termos do art. 37, inc. XVI, "b", da CR/88 a que o

³⁷² Art. 37 [...] § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

³⁷³ STF – Recurso Extraordinário nº 163.204-6/SP, rel. min. Carlos Veloso, DJU 31.3.1995.

inativo reingresse no serviço público no cargo de professor, já que a dedicação exclusiva própria do primeiro cargo não impedirá o desempenho das novas atribuições de magistério. 2 - Sentença mantida, no reexame necessário, e prejudicado o recurso voluntário.³⁷⁴

Trata-se de uma decisão que examinou não apenas o “dever de congruência”³⁷⁵ que informa a razoabilidade, mas, embora não esteja expresso no texto do acórdão, tem por igual fundamento o pressuposto da proporcionalidade, ao se constatar a ausência de adequação da demissão de servidor naquela hipótese, isto é, inexistência de uma relação de causalidade entre os meios (demissão) e fins (resguardar a legalidade).

5.2.13 Transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117

- a) Valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública

Este tipo infracional, de natureza estritamente dolosa, consiste em fazer uso do cargo visando obter alguma vantagem material ou imaterial mediante conduta comissiva ou omissiva quando tinha o dever de se abster ou de agir para evitar a ocorrência de evento que lhe outorgue indevidamente proveito próprio ou de terceiros. A conduta decorre do oportunismo em se aproveitar do status funcional, produzindo um resultado moralmente deturpado que afeta o erário ou ofende a dignidade da função pública exercida.

Como bem observa Costa, “trata-se de transgressão de índole formal, o que significa que ela se configura mesmo quando o insinuado ou exigido proveito pessoal ilícito não chegue a se concretizar. Por essa razão, nessa mesma linha, Ivan Barbosa Rigolin ressalta que o “ inc. IX contém uma norma de cunho moral, sobremaneira subjetiva e dificilmente avaliável quanto aos seus exatos limites” entretanto, “não resta dúvida de que apenas em casos gritantemente lesivos a esta ordem poderá haver coibição eficaz contra quem pratique o excesso”.³⁷⁶

Em razão da natureza indeterminada do conceito de “valer-se do cargo”, de “proveito” e “dignidade da função pública”, a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se faz inequivocamente presente e indispensável em praticamente toda e

³⁷⁴ TJMG – 8ª Câmara Cível, 1.0702.04.123574-9/003, rel. desemb. Edgar Penna Amorim, julgado em 04/05/2006.

³⁷⁵ Conforme Ávila, um dos três elementos da tripartição da razoabilidade. Os demais são: dever de equidade e dever de equivalência, cf. Teoria dos Princípios aqui colacionada, p. 198-201

³⁷⁶ RIGOLIN, op. cit., p. 213, *apud* Costa, op. cit., p. 386.

qualquer situação concreta, seja para verificar a existência de infração relevante, seja para alterar o enquadramento, seja para graduar a pena nos moldes em que não se agrida padrões básicos de medida de justiça, sob pena de nulidade do ato.

De pronto, sobressai que sem intenção deliberada de praticar um injusto, sabendo que é indevido, querendo ou assumindo o risco do resultado ilícito (dolo eventual), não há que se falar nesta figura delitiva, por inadequação da gravidade que lhe é própria. Se os agentes públicos encarregados de processar e punir o servidor não tiverem a compreensão de que a norma não é apenas regra, e que os princípios são inerente ao exame de reprovação, pode suceder desmedida punição para casos que só na aparência formal deste inciso IX do art. 117 se vê infração gravíssima.

Pode haver, por exemplo, uso do cargo para obtenção de vantagens para si ou para terceiro que não tenha, objetivamente, prejuízo ao erário ou ofensa à dignidade do cargo, restando uma mera irregularidade. Imagine-se um chefe de repartição que venha a usar de sua influente função pública, por exemplo, para “furar” fila de banco alegando uma urgência comprovadamente inexistente. Não há dúvida que teria usado do cargo para obter uma vantagem através de um ardil reprovável para um servidor em cargo de chefia, conduta que poderia ensejar talvez uma advertência, mas se mostraria irrazoável e desproporcional a demissão.

Manifestamente, uma situação como essa evidencia que sem ponderação e balanceamento, qualquer regra poderia levar a absurdos indesejáveis ao equiparar condutas de baixa e de elevada reprovação. Este é um dos casos em que o Judiciário pode adentrar o mérito administrativo, anulando o ato de demissão, no entanto, conforme se viu nos pareceres da AGU, em casos em que a conduta está tipificada no art. 132, a administração não poderia evitar a medida drástica.

b) Participação em gerência ou administração de empresas.

Este tipo proíbe que o servidor exerça concomitante com o cargo, atividades de comando em empresa privada, sendo permitido tão-somente que participe na qualidade de acionista, cotista ou comanditário. A CGU, em salutar parecer, mitigou o rigor da proibição ao considerar que não basta que o servidor figure abstratamente como gerente ou administrador, fazendo-se necessário que a função seja efetivamente exercida, conforme se extrai do seguinte parecer:

[...]o mandamento deste inciso pode ser entendido de forma mais restrita, configurando-se apenas com comprovação da gerência, da administração ou do comércio de fato, não bastando figurar de direito. Quanto à gerência ou administração, se a empresa nunca operou ou não opera desde o gerente ou o administrador foi investido em cargo público, pode-se inferir que não haverá afronta à tutela da impessoalidade se o servidor figurara como tal na sociedade, visto que, na prática, não se cogitará de vantagem indevida, tanto a ele mesmo quanto à sociedade.³⁷⁷

Essa é uma aplicação inequívoca da razoabilidade para descaracterizar incidência da grave penalidade pela administração pública, e que demonstra que não basta haver uma leitura da norma apenas como uma regra abstrata e desconectada de outros elementos de convicção.

c) Advocacia administrativa.

A infração do inciso XI do art. 117 consiste em “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”. Prevista no código Penal de 1940³⁷⁸, a advocacia administrativa figura como ilícito disciplinar como infração gravíssima.

No que pese a salutar proibição da norma de que o serviço público seja um instrumento indevido para a promoção de interesses alheios à função do servidor, e assim, penalizando o servidor que indevidamente confunde interesses particulares com o público, é preciso aqui verificar que gravidade tem o caso concreto e a conduta do servidor para sofrer a perda do cargo.

Sem um juízo de valoração do caso em espécie, em que se torne manifestamente a reprovação da infração para o interesse público, mostrar-se-á irrazoável e desproporcional a demissão. Nesse sentido, já decidiu o STJ que:

Para se configurar a infração administrativa mencionada no art. 117, XI, da Lei nº 8.112/90, a conduta deve ser análoga àquela prevista no âmbito penal (Cód. Penal, art. 321). Isto é, não basta ao agente ser funcionário público, é indispensável tenha ele praticado a ação aproveitando-se das facilidades que essa condição lhe proporciona. 3. Na espécie, o recebimento de benefício em nome de terceiros, tal como praticado pela

³⁷⁷Controladoria-Geral da União, in "*Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD)-Formação de Membros*. Julho de 2008.p.288"apud OLIVEIRA FILHO, Virgílio, Antonio Ribeiro de. Relativização da aplicação de demissão prevista para o descumprimento do art.117, X, da Lei nº 8.112/90. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2741, 2 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18181>>.

³⁷⁸Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

impetrante, não configura a advocacia administrativa. Pelo que se tem dos autos, não exerceu ela influência sobre servidor para que atendido fosse qualquer pleito dos beneficiários. Quando do procedimento administrativo, não se chegou à conclusão de que tivesse ela usado do próprio cargo com o intuito de intermediar, na repartição pública, vantagens para outrem. 4. Ainda que se considerasse típica a conduta da impetrante para os fins do disposto no art. 117, XI, da Lei nº 8.112/90, a pena que lhe foi aplicada fere o princípio da proporcionalidade. Na hipótese, a prova dos autos revela, de um lado, que a servidora jamais foi punida anteriormente; de outro, que o ato praticado não importou em lesão aos cofres públicos. 5. Segurança concedida a fim de se determinar a reintegração da impetrante.³⁷⁹

Essa interpretação dada pelo STJ ao dispositivo dá um parâmetro para se avaliar situações análogas indevidamente tratadas como delituosas. Sem dúvida, a decisão da Corte é um exemplo que a administração padece do vício da mecânica subsunção da regra aos fatos, vício esse quase sempre ocasionado pela barreira que esse modo rígido de interpretar a norma tem diante das diretrizes do art. 128 da Lei 8.112/90 e o art. 2º da Lei 9.784/99, que impõem o dever de examinar razoável e proporcionalmente a conduta *in concreto*, e não, *in abstrato*.

d) Recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem.

O dispositivo prevê a demissão do servidor para essas hipóteses do art. 117, XII em aberta e indeterminada largura de termos que sujeitam o intérprete a variadas interpretações. Desde logo, se vê aparente confusão com o tipo do inciso XI (corrupção), que consiste, além de solicitar, também em receber vantagem, afinal, os termos se encontram todos na forma genérica de “vantagem indevida”.

Cumprir observar que o Código de Ética da Administração Pública Federal regulou a forma de enquadramento do recebimento de presentes ou brindes por agentes públicos, estabelecendo um teto de R\$ 100,00 para presentes, ou, ainda, que não tenham valor comercial. Trata-se de ponderação e balanceamento que leva em conta inúmeras situações em que o recebimento de presentes tem efeito meramente protocolar, sem o condão de subornar o agente público, que é, por certo, a finalidade da proibição da norma.

Afinal, sempre se conflui a partir dessas regras para o exame prático do que sucede concretamente na realidade. A finalidade da norma – proibir o suborno – deve ser sempre posta em primeiro plano, de modo que, ainda que o recebimento de valores seja inferior a R\$100,00, isso não poderia ter, certamente, o condão de afastar o motivo torpe maquiado

³⁷⁹ STJ – MS 7261- DF, publicação: 24/11/2009.

detrás da oferenda. É esta finalidade proibitiva que se deve por como central, para, em seguida, se examinar o grau do desvalor da conduta do servidor. Não se faz nada disso, sem o exame do que deve ser aceito meridianamente como razoável e proporcional.

e) Aceitação de comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro.

Essa infração tem a natureza de norma de proteção da segurança nacional. A finalidade, portanto, é impedir a intromissão de assuntos e interesses estrangeiros no Estado brasileiro. Trata-se, conforme o caso concreto, de gravíssimo delito, e que pode, inclusive, atingir o servidor público com outros desdobramentos, como a de conspirar contra a Pátria, espionagens, traições, etc. No entanto, é admissível, em tese, que um servidor incorra formalmente na conduta sem que haja qualquer interesse obscuro ou finalidade desonesta.

Entre um extremo e outro, caberia critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que se confirme em que grau de reprovação ocorreu o ilícito. Perseguindo exclusivamente a medida justa, conforme impõe o art. 2º da Lei do Processo Administrativo, não existe para a administração hipótese abstrata de demissão que não possa e não deva ser aferida mediante um criterioso e cuidadoso controle de razoabilidade e proporcionalidade.

f) A prática da usura.

O tipo descreve a conduta comumente conhecida como cobrança de juros, vedada ao servidor público “em qualquer de suas formas”, ou seja, não pode emprestar dinheiros a juros a título nenhum, sob pena de demissão.

Costa traz um exemplo que ilustra o caráter abrangente da proibição: “comete o delito disciplinar da usura o funcionário público que, louvando-se em situação de aperto financeiro de colega, compra-lhe por preço demasiado baixo, para revenda posterior, mercadoria adquirida em reembolsável da repartição”.³⁸⁰ Veja-se esta decisão do antigo DASP:

A compra, a preço vil, de mercadoria imediatamente após a sua retirada dos Reembolsáveis da Estrada de Ferro Central do Brasil constitui uma forma indireta da prática do ilícito administrativo previsto no art. 195, inciso VIII (atual art. 117, inciso XIV, da Lei 8.112/90), do Estatuto dos

³⁸⁰COSTA, op. cit., p. 396.

Funcionários, a que se comina apenas de demissão, nos termos do art. 207, inciso X, do mesmo diploma legal (anterior estatuto).³⁸¹

Não se vê nesse tipo delitivo o impedimento absoluto de flexibilização da punição caso a administração se depare com situações isoladas e que não estejam presentes os elementos subjetivos reveladores de uma conduta apta a causar a perda do cargo público. Um exemplo disso seria o de um servidor que viesse a emprestar pequena quantia em troca de não menos módico acréscimo pecuniário.

Efetivamente, é preciso examinar e ponderar as circunstâncias de figuras delitivas para perquirir o que de fato que a norma quer proibir, caso contrário, encontrar-se-ia diante de um culto abstrato ao legalismo.

g) Proceder de forma desidiosa.

Trata-se de mais um dos delitos que pertence ao grupo dos conceitos indeterminados, e que pode levar a absurdos inimagináveis caso não haja, primeiramente, uma exata compreensão do propósito da norma; em segundo lugar, como de praxe em toda e qualquer infração disciplinar, que se paute o exame com o controle daquilo que é objetivamente razoável e proporcional. Com efeito, o proceder desidioso do servidor é um conceito que pode variar entre extremos em que se pode encontrar distintos graus de reprovação, que podem ir de uma simples advertência até a demissão.

Decididamente, é preciso não se confundir o exercício desidioso da função com a conduta, que pode ser causada por deliberada e consciente vontade de assim se comportar, com aquela ocasionada por imprudência, negligência ou imperícia. Esses níveis de condutas não se equiparam, pois agir de má-fé é muito mais reprovável do que a conduta inepta, que deve ser tratada mediante outros critérios. Segundo Costa, “a objetividade jurídica tutelada pelo tipo é a normalidade do serviço público vislumbrada sob o particular aspecto da intensidade e eficiência das tarefas públicas postas em prática pelo servidor”. Em sendo assim, é preciso avaliar sempre se a regularidade do serviço foi afetada, e que prejuízos advieram, se foram causados intencionalmente, a repetição com que se deram, entre outros apontamentos que podem definir um tratamento adequado para a situação sem recair no legalismo e suas draconianas consequências para aqueles que prestam seu labor, e que são

³⁸¹ DASP – parecer da Consultoria Jurídica no processo nº 5.386/64, *apud* COSTA, op. cit., p. 397.

seres humanos protegidos por uma ordem jurídica desenvolvida em processo civilizatório, pautado pela resolução racional dos conflitos.

A partir dos elementos que formam a razoabilidade e proporcionalidade, a administração possui critérios objetivos para avaliar o comportamento desidioso sob os diversos graus possíveis de serem medidos, sem perder de vista o fundamento da dignidade da pessoa humana, que deve atuar como um pressuposto a favor do servidor, a quem se deve render todo o respeito e consideração antes de ser avaliado negativamente, pois somente assim se pode seguir adiante na compreensão real das causas de sua conduta deficiente.

h) Utilização de pessoal ou bens da União para fins particulares.

Esta última hipótese de demissão do art. 117 c.c. 132 é um autêntico tipo infracional de improbidade administrativa, tanto que, conforme observa Costa, “encontra-se absorvido pelo tipo disciplinar de improbidade administrativa (que implica enriquecimento ilícito) previsto no inciso IV do art. 9º da lei 8.429/92”.³⁸²

Sem dúvida, a improbidade administrativa ali descrita abarca um maior leque de hipóteses ilícitas em que o servidor obtém acréscimos patrimoniais às custas do serviço público.

No entanto, merece temperamento a aplicação de penalidade extrema quando a incidência do fato à norma se revelar apenas de forma mecânica e abstrata. Sem levar em consideração qual foi o efetivo desvalor do procedimento levado a cabo pelo servidor, estar-se-ia recorrendo ao péssimo vício do legalismo em suas vertentes mais obtusas, a ponto, por exemplo, de se demitir um servidor que usou o computador da repartição para fazer uma consulta pessoal na internet, ou que tirou uma cópia de um documento pessoal com a máquina da repartição, entre outros. Formalmente, o delito estaria caracterizado, se não fosse o princípio da insignificância a orientar uma decisão meridianamente sensata. Além disso, pode haver um resíduo de reprovação que pode sugerir pena que não seja de demissão, sempre lembrando a jurisprudência do STF e STJ de que o servidor se defende dos fatos, e não da capitulação legal.³⁸³

Assim, vê-se que nesta figura típica, como nas demais capitulações legais, a administração pública não pode promover a correta solução dos casos concretos a partir da mecânica subsunção da regra ao fato.

³⁸²COSTA, op. cit., p. 399.

³⁸³Vide nota 287.

5.3 Irrazoabilidade e desproporcionalidade da cassação da aposentadoria

Desde logo, é preciso salientar que é descabido se cogitar de dosimetria na pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV, da Lei 8.112/90, pelo evidente fato de que não é possível aplicar penalidade de advertência ou suspensão ao servidor que se desligou do serviço público. Por certo, o ato somente poderá ser apurado se ocorrido antes da aposentação, pois atos posteriores não poderão mais ser reputados como de natureza disciplinar, em razão da perda de vínculo com o serviço público. Portanto, é isento de controvérsia que não há interesse público em apurar atos da vida pessoal do servidor depois de aposentado.

Passado sumariamente por esse prévio esclarecimento, vale indagar: está de acordo com o direito, nomeadamente, o direito constitucional e previdenciário a possibilidade de a Administração Pública cassar a aposentadoria do servidor público depois de ele ter contribuído para o fundo previdenciário e preenchido todos os requisitos? A cassação da aposentadoria, nesse sentido, não seria uma burla a um leque de regras e princípios, como o da razoabilidade e da proporcionalidade justamente pelo fato de não haver nexo causal entre o ilícito e a penalidade disciplinar? Veja-se, sumariamente, essas questões mais de perto.

O exame que se trata de fazer da irrazoabilidade e da desproporcionalidade se refere a outros aspectos da exorbitância dessa modalidade de sanção, e sua inarredável inconstitucionalidade, e que não poderiam deixar de ser trazidos a lume, visto que o assunto tem agitado a doutrina depois que a jurisprudência decidiu rever aquilo que parecia imantado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, que consolidara o entendimento de que o servidor público que comete infração disciplinar durante a atividade poderá vir a ser punido mesmo depois de aposentado, culminando, inclusive com a perda de sua aposentadoria.

5.3.1A aposentadoria depois da EC nº 3/93 e da EC nº 20/98

Pretende-se aqui se somar à pequena corrente que já se formou na doutrina no sentido de que, após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tal possibilidade se afigura totalmente inconstitucional. E isto porque a EC nº 20 alterou a natureza jurídica da aposentadoria, que passou desde então a ter a natureza contributiva, isto é, o próprio servidor é quem custeia sua aposentadoria (sem perder de vista que, na verdade, foi a EC nº 3, de 17/3/93 que introduziu a reforma posteriormente levada a efeito pela EC nº 20/98).

Ocorre que, desde essa substantiva mudança, que passou a exigir do próprio servidor o custeamento de sua aposentadoria, não tem mais validade os dispositivos legais que autorizam a perda desse benefício decorrente de punição disciplinar. Similar ao contrato de seguro, o próprio beneficiário suporta o custeio de sua aposentadoria, e não poderia perder um direito por um fato alheio a essa relação jurídica.

E aqui desde logo emerge em favor desse entendimento um leque de garantias protetivas do servidor que inspira e dá alicerce a essa novel compreensão do tema. Aqui salienta-se, o *ato jurídico perfeito* e o *direito adquirido* (art. 5º, XXXVI, CF); o *princípio da dignidade humana* conectado com a *proibição de penalidade perpétua* (art. 1º, III c.c. art. 5º, XLVII, b, CF); o direito inalienável e imprescritível à previdência social, que não pode ser retirado do servidor mesmo que tenha praticado falta grave durante a atividade (art. 6º, que elenca os direitos sociais).

No entanto, salta à vista que essas garantias constitucionais, de natureza principiológica e incrustadas inclusive preambularmente na Constituição Federal, tenham sido ignoradas nas decisões posteriores à vigência da Carta, que não chegam a despender a mínima consideração a tais direitos – diga-se, centro gravitacional da ordem jurídica.

Aqui caberá, no entanto, fazer ressoar a tese da inconstitucionalidade. Antes porém, cumpre assinalar que a filiação da jurisprudência favorável à tese da constitucionalidade da cassação da aposentadoria se ancora em decisões do Supremo Tribunal Federal, de cujo teor se estrai que:

[...] O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. [...] Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria.³⁸⁴

³⁸⁴ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – SANÇÃO DISCIPLINAR – CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – LEI Nº 8.112/90 – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RMS 32.624 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., DJe 20/6/2014) [...] Servidor público: legitimidade da pena de cassação de aposentadoria, por ilícito administrativo cometido pelo servidor ainda na atividade, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal. (AI 504.188 ED/RS, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/11/2005) [...] O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. [...] Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. (MS 23.219 AgR/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 19/8/2005) [...] Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): Documento: 46549006 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 8 Superior

Na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a edição da reforma previdenciária de 1998, decidiu em 2015 que:

[...]1. A despeito das teses que se tem levantado acerca da inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público em processo administrativo disciplinar, seja em razão do caráter contributivo dos benefícios previdenciários, seja à luz dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível a aplicação da referida pena, desde que haja expressa previsão legal e que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade.³⁸⁵

A radicalidade dessa reforma consiste em uma mudança de conceito da aposentadoria, antes entendida como uma premiação concedida pelo Estado ao servidor que tivesse completado um ciclo temporal de serviço público. A partir da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, sua natureza jurídica adquire a forma contributiva, de modo que o servidor somente poderá auferir do benefício se tiver contribuído com seus próprios recursos por um determinado tempo (exceção, claro, às hipóteses de aposentação decorrente de invalidez).

Nesse sentido, é sensível a distinção do regime que vigorava antes da emenda e o que passou a vigorar depois dela, exigindo outra interpretação não somente desse instituto e de seu respectivo corolário infraconstitucional, mas sobretudo a repercussão a partir de então sobre os fenômenos jurídicos que nascem à sua volta. E aqui refere-se particularmente ao fenômeno da cassação da aposentadoria; do modo como era entendida antes e do modo como deve ser entendida depois da emenda.

Para analisar o assunto, servem de base os dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei nº 8.112/90, cujos artigos 127, IV e 134 assim disciplinam a cassação

Tribunal de Justiça constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. (MS 23.299/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/4/2002).

³⁸⁵ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.216 - RJ (2008/0150711-9) EMENTA ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PROVIMENTO NEGADO. 1. A despeito das teses que se tem levantado acerca da inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público em processo administrativo disciplinar, seja em razão do caráter contributivo dos benefícios previdenciários, seja à luz dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível a aplicação da referida pena, desde que haja expressa previsão legal e que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade. 2. A sentença proferida no âmbito criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido, com a revogação da liminar deferida nos autos da MC n. 13.883/RJ. (STJ – RMS 27216-RJ. Publicado em 7.5.2015.

da aposentadoria: art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - *cassação de aposentadoria* ou disponibilidade; artigo 134. Será *cassada a aposentadoria* ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Esses dispositivos entraram em total confronto com as alterações feitas pelas EC n° 3 e principalmente pela EC n.º 20/98 que alterou o artigo 40 da Carta depois que se firmou a nova ordem contributiva para a seguridade dos servidores públicos. Assim, toda contribuição tributada como custeio deve, em contrapartida, corresponder à concessão de um benefício previdenciário, de forma obrigatória.

Em 17 de março de 1993, entrou em vigor a EC n.º 3, que em seu artigo 1.º deu nova redação ao § 6.º do artigo 40 da Carta Constitucional, criando a figura da contribuição previdenciária dos servidores. Posteriormente, veio a lume a EC n° 20 e a Lei n.º 9.717/99, que regulamentou novamente o artigo 40, completando a configuração da nova ordem previdenciária, tornando definitivamente obrigatório o custeio da previdência pelos próprios servidores.

Arelada a essa nova ordenação, se estabelece a regra de que a aposentadoria somente se adquire mediante prévia contribuição, esquematizada no binômio principiológico do custeio versus benefício. Desde então, é o que estabelecem os planos de seguridade social dos servidores públicos da União, dos Estados e dos Municípios. Um não existe sem o outro. Nem há contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.³⁸⁶

Assim, de *prêmio* como era entendida – termo esse que, no que pese certa imprecisão, era empregado recorrentemente inclusive na jurisprudência do STF – a aposentadoria do servidor público passa por um verdadeiro revolucionamento, aliás, não somente no que diz respeito à forma de custeio contributivo, mas num rol de exigências severas levadas a cabo no bojo das reformas do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Para melhor ficar claro como a jurisprudência tomava como *prêmio* o benefício concedido ao servidor, vale transcrever teor do acórdão relatado pelo ministro Felix Fischer:

“Por outro lado, é inquestionável que o instituto da aposentadoria tem por finalidade a eficiência do serviço público, a garantia da boa execução dos

³⁸⁶ Eis as novas redações dos artigos 40, §6º e 195, §5º: Art.40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. §6º. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei. Artigo 195. [...] § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

serviços públicos, o que implica na conclusão de que a aposentadoria guarda um caráter retributivo, quer dizer, como *prêmio* pelo longo tempo de serviço, ou compensação pelos bons serviços prestados.”³⁸⁷

Hely Lopes Meirelles, em seu tempo, também concebia a aposentadoria como "a garantia de inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para as suas funções." ³⁸⁸

O que é importante aqui assinalar é que, antes da reforma, a contribuição do servidor não era requisito para sua aposentadoria, que se circunscrevia ao cumprimento de tempo de serviço ou idade.

Com a EC nº 20 – que estabeleceu também critérios de idade e de tempo de serviço conjugados ao tempo de contribuição – uma vez constituídos tais critérios, o direito se realiza. Com essas novas disposições, relevantemente destacada pela figura da contribuição compulsória, o Plano de Seguridade Social do Servidor Público fica constituído de tal forma que seu regime atuarial passa a depender de um novo componente, oriundo dos fundos de contribuição não somente do Estado, mas também do servidor público. O servidor, no que pese ter recebido com forte antipatia essa medida, passou desde então a ter uma espécie de quase emancipação econômica frente a seu “empregador”, pois agora o Estado não pode mais ignorar que é o servidor quem está forjando, ao longo de certo tempo de contribuição, o benefício que usufruirá, para e si e seus dependentes, quando atingir os requisitos necessários para se afastar do serviço público.

A partir dessa nova realidade do regime contributivo, em que o servidor, analogamente a um contrato de seguro, custeia ele próprio sua aposentadoria, não há mais como tratar o ilícito disciplinar da forma como vem estabelecida nos estatutos dos servidores públicos (ao que se sabe, praticamente todo e qualquer estatuto prevê a hipótese da cassação de aposentadoria por fato ocorrido durante a atividade). Em sendo assim, não é mais possível que se instaure processo administrativo disciplinar visando a cassação de aposentadoria, pois se trata, a toda vista, de medida absolutamente desprovida de fundamento jurídico e constitucional.

³⁸⁷ STJ - MS- 13.934/SP, 5ª Turma, DJU de 08/06/2004.

³⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986, p. 381.

5.3.2 O ato jurídico perfeito, odireito adquirido e a segurança jurídica

Com efeito, o ato administrativo concessivo da aposentadoria, editado via de regra mediante decreto pelo chefe da Administração Pública, se cristaliza naquilo que se cunhou chamar de *ato jurídico perfeito*, de onde se origina outra garantia consecutória – a de ser um patrimônio de seu titular, um direito adquirido, portanto. De maneira que a ofensa a tais garantias (art. 5º, XXXVI) é de saltar à vista.³⁸⁹ A propósito, desde 1942 o legislador já dispunha, na Lei de Introdução ao Código Civil, tais garantias.³⁹⁰

Trata-se, portanto, de garantia fundamental que protege direitos individuais e coletivos. Tratando-se de direito fundamental, protege a esfera jurídica do indivíduo de forma ampla, sendo oponível *erga omnes*. O direito adquirido está previsto na Constituição Federal como mecanismo de garantia à segurança jurídica, evitando o arbítrio, bem como a retirada da esfera jurídica individual de um direito pleno e hábil a ser exercido, incorporado ao patrimônio do seu titular, de modo que nem fato ou norma posterior tem o condão de suplantar a eficácia e aplicabilidade desse direito. José Afonso da Silva arremata:

"É ainda a opinião de Gabba que orienta a noção de direito adquirido, destacando como seus elementos caracterizadores: (1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção; (2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.[...] é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível navia jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigando à prestação correspondente."³⁹¹

Pari passu, a burla à Carta Política não para aí, pois ao ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, a cassação da aposentadoria viola ainda ao princípio segurança jurídica, que impede que o Estado atinja direitos sedimentados pelo tempo e demais fenômenos de feição jurídica indispensável ao bem estar da pessoa humana, à inviolabilidade de bens jurídicos atrelados à vida e à liberdade. Sobre o princípio geral da segurança jurídica, leciona Joaquim José Gomes Canotilho que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.”³⁹² Ivan Barbosa Rigolin, assevera que “é rigorosamente absurda a

³⁸⁹ Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³⁹⁰ Art. 6º [...] § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

³⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p.436.

³⁹² “O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em

penalidade de cassação de aposentadoria de funcionário estatutário em face de falta cometida na atividade e não punida à ocasião, por absoluta e insuperável falta de nexo causal”.³⁹³ Vale destacar ainda sua lúcida ponderação irreparável quando observa:

“Quer-se apenas afirmar o seguinte, em apertada síntese que se adianta: se uma aposentadoria foi constitucional, legal e regularmente deferida pela Administração a um servidor; se para a concessão da aposentadoria foram, reconhecidamente pela Administração, satisfeitos todos os requisitos constitucionais e legais; então essa aposentação constituiu Ato Jurídico Perfeito, como tal definido na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6.º, § 1.º, mas sobretudo como tal previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), artigo 5.º, inc. XXXVI, como imune a qualquer prejuízo posterior à sua constituição ou configuração.”³⁹⁴

Note-se, portanto, que essa faculdade de cassar o ato de aposentadoria, a toda vista, só é cabível se decorrente de defeito intrínseco à sua constituição – jamais, portanto, por um processo administrativo disciplinar, que tem por pressuposto um fenômeno jurídico manifestamente diverso daquele que constituiu a aposentadoria do servidor público, frise-se, sua própria contribuição pecuniária, extraída por imposição legal de seu próprio trabalho, vale dizer, do emprego e desgaste de seus músculos, nervos, cérebro, enfim, por toda sua constituição física e mental, voltada diariamente ao serviço público ao longo de décadas, no aguardo do momento em que, consumado os requisitos, poderá então usufruir daquilo pelo qual ele mesmo construiu para si e sua família.

Se for permitido especular para além do campo meramente jurídico, adentrando no campo da ética filosófica, não seria legítimo asseverar que a cassação de aposentadoria, nessas atuais circunstâncias advindas da EC nº 20 se trata de uma verdadeira desumanidade, pois priva o servidor público de um bem jurídico de elevada estatura constitucional, ainda que fundado em uma falta grave?

normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., Lisboa: Almedina, p.257.

³⁹³ “A simples ideia em si constitui aberta violação à Constituição e ao princípio atemporal abrigado na Lei da Introdução ao Código Civil (LICC), garantidor do ato jurídico perfeito e do direito adquirido que este origina. Se havia direito adquirido, então não será o fato de que o titular foi demitido do serviço público que prejudicará aquele direito, o qual pode ser requerido a qualquer tempo do mesmo ente público no qual completou as exigências para a constitucional inativação.” (A absurda pena da cassação de aposentadoria por falta antiga, punível com demissão Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, edição nº 3).

³⁹⁴ RIGOLIN, op. cit.

5.3.3 Direito social à previdência

A previdência é um direito que trata, inequivocamente, de um bem de grandeza igualável à garantia da vida e da liberdade, incrustado no art. 6º da Carta Cidadã.³⁹⁵ Sem perder de vista também a previsão da previdência social como um dos nove componentes essenciais do salário mínimo constitucional (art. 7º, IV c.c. art. 39, § 3º). Mais uma vez se vê que o constituinte, tanto o originário como o derivado, não perdeu de vista que o servidor público – como qualquer trabalhador – deve ter assegurado um quantum mínimo para custear sua própria previdência.³⁹⁶

De maneira que a apuração de ilícitos praticados pelo servidor em atividade, qualquer que venha a ser o entendimento que implique na necessidade de sua apuração e consequente punição, não pode se desdobrar para atingir a garantia do ato juridicamente perfeito que decretou sua aposentadoria, pois não é nem constitucional e tampouco moral que o Estado extirpe um bem jurídico que foi constituído pelo próprio servidor, e que não tem nenhuma relação jurídica com a infração cometida, por mais grave e reprovável que ela seja.

Como ignorar a razão de ser dessa tutela jurídica que tem por escopo justamente o bem-estar da pessoa humana, fornecendo-lhe meios adequados para sua manutenção quando se aproximar do ocaso da vida e da irreversível luta contra as doenças, a necessidade de cuidados especiais? Se nem mesmo o sistema penitenciário pode privar aos presos dessas garantias, como poderia o Estado privar seus servidores públicos aposentados dessa segurança jurídica, que não se nega, por formação moral assentada, nem mesmo aos animais?

Com efeito, o direito à aposentadoria decorre de princípios constitucionais que vão desde o preâmbulo perpassando por todo o texto editado em 5 de outubro de 1988. Um dos braços da seguridade social, a previdência social tem as seguintes características:

³⁹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁹⁶ Previdência social “técnica de proteção social visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, quando esta não puder obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho por motivo de, maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte, mediante contribuição compulsória da sociedade e de cada um dos participantes”. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*, 2. ed. SÃO Paulo: LTR, p. 83. O ilustre professor, fiel ao sistema que passou a ser adotado como uma das conquistas dos chamados “direitos de segunda geração” (que foram alavancados com a Constituição de Weimar de 1919 e se consolidaram ao longo do século XX), diz que “a seguridade social se constitui em um dos mais completos sistemas de proteção social já desenvolvidos pela humanidade, com o intuito de garantir uma vida digna às pessoas contra as vicissitudes da vida fazendo com que elas possam a continuar a exercer os demais direitos que lhes são garantidos e reconhecidos.” MARTINEZ, op. cit.

historicidade; inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; universalidade; inviolabilidade; interdependência e complementaridade; além do princípio do não retrocesso.³⁹⁷

5.3.4 Tratados internacionais e a dignidade da pessoa humana

Além disso, o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que dispõem acerca dos direitos que compõem a seguridade social, ressaltando em seu art. 9º o *direito de toda pessoa à previdência social*, inclusive ao seguro social, bem como em seu art. 12 o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

Portanto, não se poderia hoje falar de Estado Democrático de Direito e seu corolário de garantias protetivas da pessoa humana – centro gravitacional da ordem jurídica – sem por em seu lugar a grandeza inalienável, irrenunciável e imprescritível do direito do cidadão de ser provido pela previdência social. Somente povos assolados pela barbárie e pela selvageria não podem compreender a importância de se preservar a dignidade da pessoa humana em qualquer circunstância, ainda que ela tenha incorrido em um gravame de reprovação extrema, pois, ao privar a pessoa de viver com aquele *minus* essencial à sua natureza humana, não é ela, mas a própria sociedade que está se rebaixando à condição mesquinha e miserável que caracterizou a selvageria de certos regimes políticos.

Nesse sentido da proteção da dignidade da pessoa humana, é de se constatar outro aspecto da inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria. É que o servidor aposentado já conta com idade que o impede, em tese, de entrar no mercado de trabalho. Não há dúvida que a cassação da aposentadoria poderia provocar pobreza ou até indigência do ex-servidor, e ainda de seus dependentes, pois lhe faltarão os proventos para a sua manutenção com dignidade.

³⁹⁷ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em sendo assim, uma penalidade dessa natureza é de uma severidade extremamente desumana e injustificável entre povos civilizados, pois se divorcia tanto de nosso Estatuto Fundamental, como dos tratados internacionais referendados pelo Estado brasileiro.

Aspecto notável dessa notória indignidade da cassação da aposentadoria é que, além do servidor, serão também punidos obliquamente seus dependentes, alguns dos quais, como os inválidos, dependem desse recurso inclusive depois da morte do servidor, mediante o instituto da pensão vitalícia, que também seria prejudicada.

5.3.5 Pena de caráter perpétuo – ofensa à proporcionalidade

Cabe ressaltar que a cassação de aposentadoria atenta contra o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, não apenas em razão de todo o exposto, mas notadamente pela burla ao princípio da equivalência das penas, uma vez que impõe uma penalidade sem a devida correspondência à ilegalidade praticada, o que provoca, por consequência, uma desproporção entre o ilícito e o efeito retributivo da pena.

Aspecto peculiar dessa desproporção entre a cassação da aposentadoria com o ilícito são os efeitos perpétuos da penalidade aplicada pela Administração – aliás, extensivamente transmitida aos familiares e herdeiro (com a morte do servidor, seus beneficiários seriam privados da pensão). Assim, a punição se perpetua com a cassação da aposentadoria, pois o servidor deixará de usufruir dos proventos em vida e, ainda, a pena –que deveria alcançar exclusivamente sua pessoa –poderá atingir quem não cometeu nenhuma conduta tipificada, o que afronta qualquer lógica jurídica e moral.

Mais uma vez é de se invocar aqui os direitos e garantias individuais do artigo 5.º, da Carta de 88, nomeadamente, os incisos XLV e XLVII que diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” e que “não haverá penas [...] de caráter perpétuo”. O §3.º do artigo 5.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, estabelece que “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

Os herdeiros, no entanto, que juridicamente são alcançados apenas pela reparação de danos com base no patrimônio do de cujus, são também atingidos e apenados obliquamente pelo processo administrativo disciplinar.

Dessa maneira, no caso de aposentadoria, a pena de cassação do benefício não pode ser aplicada aos familiares do servidor, dependentes obrigatórios pela legislação

previdenciária, mas somente ao infrator, porém, tende a se perpetuar até o óbito deste, o que se revelou inconstitucional.

Por conseguinte, não se pode simplesmente anular, cassar ou cancelar a aposentadoria por fato totalmente estranho ao procedimento administrativo. Apenas se admite a cassação da aposentadoria se o benefício foi irregularmente concedido, ou se não foram satisfeitos os requisitos das normas concessórias.

Portanto, a instauração de processo administrativo após o servidor ter adquirido a aposentadoria, diante da nova natureza jurídica *contributiva* do regime previdenciário instituído pela EC nº 20/98, torna-se potencialmente ofensivo às garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, além de implicar em ofensa a direito social e previdenciário previsto no art. 6º da Carta Cidadã de 1988 como um direito fundamental e indisponível – meio de sobrevivência da pessoa humana.

Aliás, aponta-se o princípio estruturante e fundamental – o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade – que determina a imposição de penas que levem em conta a dignidade da pessoa humana diante da imposição de um gravame pelos órgãos estatais.

Decorre daí que o princípio da dignidade da pessoa humana – conceito central do ordenamento jurídico – nega validade a uma pena de efeito devastador e desproporcional ao servidor que atingiu a velhice e merece proteção contra o perigo da indigência.

O gravame da cassação da aposentadoria do servidor público tem natureza de pena perpétua, relegando-o a um pária da sociedade após chegar a uma idade em que dificilmente poderá competir com os mais jovens na busca de um novo trabalho. Aliás, veja-se o contrassenso de a pessoa humana envelhecer e ser obrigada a lutar novamente por um emprego por que o Estado lhe extirpou o direito aos meios de se alimentar e de sobreviver.

5.3.6 A controvérsia atual na jurisprudência

Vale ressaltar que não há controvérsia na jurisprudência digna de nota acerca da impossibilidade da cassação de aposentadoria como efeito da condenação criminal do servidor público. O STJ e os tribunais majoritariamente firmaram que a pena de perda do cargo público decorrente do art. 92 do Código Penal não se aplica ao servidor inativo.³⁹⁸ A polêmica se encontra no campo do processo administrativo disciplinar.

³⁹⁸ RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TORTURA. POLICIAL MILITAR REFORMADO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. EFEITO EXTRA-PENAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 92, INCISO I, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL.

Vale aqui observar que tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4882, proposta pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), e que visa declarar a inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria prevista no inciso IV do artigo 127 e no artigo 134 da Lei 8.112/90. A Procuradoria Geral da República já opinou pela improcedência dos pedidos, reiterando o entendimento da Excelsa Corte.

Não obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de seu Órgão Especial, decidiu por quinze votos a sete, que é inconstitucional a pena de cassação da aposentadoria do servidor público, na esteira dos princípios aqui opostos. Vale conferir a ementa do acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA – Cassação de aposentadoria de Delegado de Polícia pronunciada pelo governador do Estado – Hipótese em que incumbe ao Judiciário, no controle de legalidade, a verificação dos antecedentes de fato e sua congruência com as justificativas que determinaram a decisão administrativa, ou seja, o exame dos motivos que a ensejaram – Disciplina punitiva que deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável — [...] Insubistência do ato, no entanto, pela manifesta incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das ECsnºs. 03/93 e 20/98 – Aposentadoria que não mais representa um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício – Pena de cassação de aposentadoria que importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana – Ordem concedida.³⁹⁹

Também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina caminhou nesse sentido:

A pena de cassação da aposentadoria importa em violação não só aos princípios do direito adquirido e, eventualmente, ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, mas também aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Ademais, admitida a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria, ter-se-á que admitir a constitucionalidade da cassação da pensão devida ao dependente do servidor punido. A pena teria caráter perpétuo e

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS LEGALMENTE PREVISTOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O efeito da condenação relativo à perda de cargo público, previsto no art. 92, inciso I, alínea b, do Código Penal, não se aplica ao servidor público inativo, uma vez que ele não ocupa cargo e nem exerce função pública. 2. O rol do art. 92 do Código Penal é taxativo, não sendo possível a ampliação ou flexibilização da norma, em evidente prejuízo do réu, restando vedada qualquer interpretação extensiva ou analógica dos efeitos da condenação nele previstos. 3. Configurando a aposentadoria ato jurídico perfeito, com preenchimento dos requisitos legais, é descabida sua desconstituição, desde logo, como efeito extrapenal específico da sentença condenatória; não se excluindo, todavia, a possibilidade de cassação da aposentadoria nas vias administrativas, em procedimento próprio, conforme estabelecido em lei. 4. Recurso especial desprovido. STJ - REsp 1317487 MT, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, j. 7/8/ 2014, publicação: 22/08/2014.

³⁹⁹TJSP AGR 02377746620128260000 SP. Órgão Especial. Relator Paulo Dimas Mascaretti Publicação 14/02/2013.

ultrapassaria a pessoa do condenado, o que é vedado pela da República (art. 5º, incs. XLV e XLVII, alínea b) ⁴⁰⁰

Com essas considerações, vê-se que o tema tem conteúdo e importância para manter aceso o debate até o Pretório Excelso decida definitivamente na referida ADI 49882 se mantém seu entendimento ou se o altera, à luz dos fundamentos aqui defendidos e perfilhados por parte da jurisprudência e da doutrina.

5.4 Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar

Fato auspicioso que toma vulto na administração pública é a possibilidade de suspensão do processo administrativo disciplinar, também denominado como “Termo de Ajuste de Gestão” (TAG). Trata-se de medida inovadora – a provavelmente surgida no Município de Belo Horizonte, ao que se sabe – e que tem por finalidade “se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988 (CR)”, diz o professor Luciano Ferraz, elaborador da proposta, à época controlador-geral do Município de BH.

A ideia central da suspensão do processo, segundo professor Ferraz, consiste em a) conferir maior celeridade aos processos disciplinares – princípio da economia processual; e b) permitir a auto-recuperação do servidor nas infrações de baixo potencial lesivo à disciplina interna da Administração. Além disso, serviria também como instrumento para “desburocratizar e tornar menos dispendiosos os processos de controle disciplinar no âmbito

⁴⁰⁰“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO PUNIDO COM DEMISSÃO. POSTERIOR CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA RESTABELECIDADA. O Regime de Previdência Social deve ser" entendido à semelhança do contrato de seguro, em que o segurado paga determinada contribuição, com vistas à cobertura de riscos futuros "(Maria Sylvia Zanella Di Pietro). Os proventos da aposentadoria e as pensões" não representam benefícios pela nova contribuição, mas retribuição pela contribuição paga ao longo dos trinta e cinco anos "(KiyoshiHarada). Desse modo, o servidor que cumpriu os requisitos constitucionais – idade e tempo de contribuição (CR, art. 40)– tem direito adquirido à aposentadoria, direito que poderá exercer quando lhe aprouver. Com o registro do ato aposentatório pelo Tribunal de Contas,"o direito subjetivo, que era do tipo adquirido, passa a se chamar ato jurídico perfeito"(Ayres Britto; Ivan Barbosa Rigolin).A pena de cassação da aposentadoria importa em violação não só aos princípios do direito adquirido e, eventualmente, ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, mas também aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.Ademais, admitida a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria, ter-se-á que admitir a constitucionalidade da cassação da pensão devida ao dependente do servidor punido. A pena teria caráter perpétuo e ultrapassaria a pessoa do condenado, o que é vedado pela da República (art. 5º, incs. XLV e XLVII, alínea b).Constituição Por força da Emenda Constitucional n. 03/1993, que introduziu no ordenamento jurídico o regime previdenciário contributivo (CR, art. 201, caput), todas as leis que autorizavam a cassação da aposentadoria como pena disciplinar, porque com ela incompatíveis, estão revogadas.”

da Administração Pública”.⁴⁰¹ O Tribunal de Contas de Minas Gerais informa nesse sentido que:

Em Minas Gerais, uma experiência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (PBH) comprovou que o modelo pode ser um eficaz mecanismo de controle. Segundo o Professor Ferraz, a adoção do modelo pela PBH resultou em índices animadores, na casa dos 87% (oitenta e sete por cento), de resolução negociada de problemas administrativos.⁴⁰²

Com efeito, as novas regras previstas indicam um novo enfoque para a administração pública na forma de tratar o servidor que cometeu uma infração, e que não deve necessariamente sofrer uma punição. Pesa sobremaneira no direito, principalmente na atividade prática de seus aplicadores, a ideia de que não existe alternativa ao dogma da subsunção mecânica da regra ao fato, muito própria do positivismo tradicional.⁴⁰³

Nesse sentido, a Lei municipal nº 9.310/96 emendou o Estatuto dos Servidores, prevendo que o processo administrativo disciplinar poderá ser suspenso de um a cinco anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido apenado por outra falta nos últimos cinco anos.⁴⁰⁴ Ficaram ressalvados os crimes contra a Administração Pública ou aqueles cuja pena mínima seja igual ou superior a um ano, atos de improbidade administrativa e abandono de cargo. Os requisitos para o procedimento, como os critérios para fixação do

⁴⁰¹ Vários tribunais de contas pelo país tem aplicado medidas administrativas suspensivas inspiradas na Administração Municipal da capital mineira. O próprio Tribunal de Contas de Minas Gerais é exemplo disso.

⁴⁰² Publicado por Portal dos Tribunais de Contas do Brasil, em 2012.

⁴⁰³ “É que na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é: neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa. É nesse cenário que restou concebida a ideia de produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso; o controle-repressão pelo controle-impulso”. FERRAZ, Luciano.

⁴⁰⁴ Art. 225A - Nas infrações disciplinares, o Corregedor-Geral do Município, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância a que se refere o art. 221, V desta Lei, poderá propor a suspensão do processo disciplinar - SUSPAD, pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. § 1º - Aceita a proposta, o Corregedor-Geral do Município especificará as condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do servidor, incluída a reparação do dano, se houver. § 2º - A suspensão será revogada se, no curso de seu prazo, o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas na forma do § 1º, prosseguindo-se, nestes casos, os procedimentos disciplinares cabíveis. § 3º - Expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade. § 4º - O beneficiário da SUSPAD fica impedido de gozar o mesmo benefício durante o seu curso e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade, na forma do parágrafo anterior. § 5º - Não correrá prescrição durante o prazo da SUSPAD. § 6º - Não se aplica o benefício previsto no caput deste artigo às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego. § 7º - O Prefeito expedirá normas complementares necessárias à aplicação deste dispositivo, inclusive para aplicação da SUSPAD aos procedimentos disciplinares em curso.

prazo suspensivo e da revogação, vieram regulados por decreto.⁴⁰⁵ Também ficaram estipuladas em decreto as condições para o acordo suspensivo: a) prestação de serviços voluntários à comunidade em entidades designadas pela Corregedoria-Geral do Município e em horários compatíveis com a jornada de trabalho, na forma da Lei Federal nº. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, preferencialmente nos finais de semana; b) comparecimento bimestral à Corregedoria-Geral do Município, fora do horário de trabalho, para apresentar declaração da chefia imediata, referendada pelo Secretário Municipal e pelo Secretário Municipal Adjunto a que se vincula o servidor, a qual certificará: - o cumprimento dos deveres previstos no art. 183 da Lei nº. 7.169/96 e o não cometimento de atos proibidos pelos artigos 184 e 199 do mesmo dispositivo legal; - o desempenho satisfatório das principais atribuições do cargo e das funções que lhe forem conferidas.⁴⁰⁶

Análogo ao Termo de Ajuste de Conduta (TAC) da Lei 9.099/95, previsto para os delitos de pequeno potencial ofensivo, a suspensão dos processos administrativos pela administração pública configura importante iniciativa para adequar o procedimento ao caráter principiológico da norma jurídica que deu o neoconstitucionalismo que tomou forma nas constituições dos países signatários dos tratados internacionais de direitos humanos, como o Brasil e sua Carta Política de 1988. Sua implementação é digna de destaque, pois demonstra uma concepção de processo administrativo disciplinar que busca, de um lado, otimizar os dispêndio com a verba pública, diminuindo gastos, via de regra, onerosos com o processamento de feitos que podem ser tratados sob um enfoque mais eficaz;⁴⁰⁷ de outro lado, põe em prática os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de modo exemplar, demonstrando uma concepção democrática de Estado, que entende as faltas disciplinares sob uma perspectiva humanista, que aposta na recuperação do servidor.⁴⁰⁸ Nas palavras do articulista, a inovação ocorrida no processo administrativo de BH “é instrumento humanista,

⁴⁰⁵ Decreto 12.636/07: “Art. 2º - O prazo de duração da SUSPAD poderá ser de 01 (um) a 05 (cinco) anos, conforme a natureza e a gravidade da falta, obedecendo-se à seguinte gradação: I - nas faltas puníveis com a pena de repreensão, conforme estipulado no art. 196 da Lei nº 7.169/96, será aplicada a SUSPAD pelo prazo de até 01 (um) ano; II - nas faltas puníveis com a pena de suspensão, conforme estipulado no art. 197 da Lei nº 7.169/96, será aplicada a SUSPAD pelo prazo de 01 (um) até 04 (quatro) anos; III - nas faltas puníveis com a pena de demissão será aplicada a SUSPAD, quando cabível, pelo prazo de 04 (quatro) até 05 (cinco) anos. Art. 3º - A SUSPAD será automaticamente revogada se, no curso de seu prazo, o servidor vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas na forma do art. 1º deste Decreto, prosseguindo-se, nestes casos, os procedimentos disciplinares cabíveis.”

⁴⁰⁶ Art. 5º do Decreto 12.636/07 da Administração Municipal de Belo Horizonte.

⁴⁰⁷ Princípio da eficiência, art. 37, caput, da CF.

⁴⁰⁸ “Como se vê, a SUSPAD, além de não se configurar mecanismo para o “engavetamento” de processos, prestigia os princípios constitucionais da eficiência (art. 74, II, CR) da economicidade (art. 70, CR) e da eficácia (art. 74, II, CR), à medida que diminui o tempo de tramitação dos processos – diminuindo consequentemente os gastos públicos –, como também possibilita à Administração separar o joio do trigo, ou seja, processar e apenar servidores que cometam faltas graves à disciplina interna do serviço público”. FERRAZ, op. cit.

que reconhece a falibilidade do ser humano e que aposta na sua auto-recuperação, prestigiando, em ultima *ratio*, dois valores fundamentais da República Federativa do Brasil: o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴⁰⁹

Ferraz menciona ainda o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, o qual, no art. 57, prescreve a possibilidade de os órgãos de controle proporem “[...] a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicabilidade de penalidade ou sanções e adequar os atos e procedimentos dos órgãos ou entidades controlados aos padrões de regularidade”. Informa que os estados de Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Roraima e Rio Grande do Sul já aprovaram dispositivos, incluindo, nas leis orgânicas dos respectivos Tribunais de Contas, ou em normativos específicos, a possibilidade de realizar TAG atendidos os requisitos fixados. Acerca da constitucionalidade do procedimento, assegura:

“Não tenho dúvidas quanto à constitucionalidade da SUSPAD. Primeiro porque é ela instrumento consensual, que depende da adesão voluntária do interessado, descartando-se sua utilização coercitiva; segundo porque não estará o Poder Público a abrir mão de sua competência sancionatória, porquanto a SUSPAD é substitutiva do processo e não da penalidade disciplinar eventualmente cabível à espécie; terceiro porque o momento de oferecimento da SUSPAD é anterior à possibilidade jurídica de apenação do servidor, haja vista a necessidade, para exercício do *jus puniendi*, do respeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CR) e ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR)”.⁴¹⁰

Com efeito, tendo em vista o que se examinou ao longo deste trabalho, não resta dúvida que essa abordagem inovadora reflete de forma concreta o modo de aplicar sanções em consonância com os princípios e regras pautados pelo Estado Democrático e seu corolário da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, ao avançar para além do método subsuntivo e sua estreita e lacunosa forma de aplicar a norma ao fato. A propósito, não é nesta altura trazer à colação o rito inteligente dessa abordagem à luz do pensamento do jurista argentino Ricardo Lorezenti, que estabelece critérios que toda administração deveria aplicar antes de decidir. Observa ele que as etapas do procedimento decisório devem sempre principiar pelo método dedutivo, mas não pode ficar nele quando o juiz se depara com os “casos difíceis”. É preciso um “controle da solução dedutiva”, que começa em aferir os precedentes judiciais. É o que o jurista argentino chama de “olhar para trás”; em seguida “olhar para cima”, isto é, verificar se a solução é “coerente com o resto do sistema jurídico”; por fim, “olhar para frente”, e que consiste “na análise das consequências gerais jurídicas ou

⁴⁰⁹FERRAZ, op. cit.

⁴¹⁰Ibid.

econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro.⁴¹¹ Com efeito, “da possibilidade da argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da jurisprudência, mas também a legitimidade das decisões judiciais”.⁴¹²

Aplicável ao processo administrativo, esse “olhar para todos os lados” que deve ter a autoridade administrativa, permite escolher formas de resolver conflitos sem ter necessariamente como dogma o desfecho da punição.

Portanto, a constitucionalidade da medida é irreparável, sob todo ângulo que se possa questionar, principiando pelo princípio da separação dos poderes que confere a prerrogativa incontestada da administração de decidir a melhor forma de tratar os ilícitos de seus servidores sem confundir o tratamento suspensivo do processamento como inércia ou, pior, com conivência com o mal feito.

⁴¹¹LORENZETTI, Op. cit. p. 160 e 161

⁴¹²Ibid., p. 161.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de os tribunais superiores já terem assentado o cabimento do controle de legalidade dos atos administrativos não somente quanto às suas formalidades procedimentais, mas notavelmente quanto à sua justa causa, ou seja, quanto aos fundamentos jurídicos que amparam a decisão de mérito da administração pública, ainda muito se discute acerca da validade desse controle, em vista da impossibilidade de o conteúdo da decisão disciplinar sofrer exame de mérito pelo Judiciário. Seus interlocutores invariavelmente apelam para a norma constitucional da separação dos poderes, e ao dogma de que o mérito dos atos administrativos é indevassável, além do que, no mais das vezes, sujeito a critérios pautados pela conveniência e oportunidade do administrador.

Mesmo depois de decisões paradigmáticas dos tribunais superiores examinando a incongruência, a inadequação, a desnecessidade e a desproporção da demissão em alguns casos, ainda prevalece na administração pública, nomeadamente, na esfera federal – tomada neste trabalho como referência – a orientação de que “falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato”, conforme pareceres da Advocacia Geral da União. Ao lado de orientações como essa, parte dos juízes e tribunais ainda se revela conservadora e tímida em exercer sua função controladora da legalidade dos atos disciplinares, como demonstra a questão referente ao controle de constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, que tem sido objeto de controvérsias dignas de notas na doutrina, mas contando com minoritário acolhimento nos tribunais de segunda instância.

Todavia, não se pode negar notáveis avanços na aplicação da proporcionalidade e razoabilidade como efetivo critério de dosimetria da penalidade disciplinar tanto no que diz respeito ao controle dos atos administrativos exercido pelo Poder Judiciário, como também da administração pública, particularmente a federal. Assim, certos aspectos desse controle – racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade – estão sendo objeto crescente de estudos pela doutrina, visando imprimir ao controle dos atos do Estado critérios cada vez mais pautados pela razão e pelo *sopesamento* de interesses, de modo a tanto otimizar os direitos fundamentais, quanto também a fornecer limites mais seguros e precisos ao raio de ação da esfera pública.

Bem demonstra isso o aplaudido procedimento instalado em algumas administrações públicas das esferas municipais e estaduais de suspensão do processo mediante ajustamento de conduta com o servidor público. Além de ser uma demonstração prática de como a

razoabilidade e a proporcionalidade podem ser de fato aplicadas visando uma abordagem mais desenvolvida da eficácia da pena, a iniciativa também aposta em uma otimização do serviço público, como exemplifica a Prefeitura de Belo Horizonte aqui citada, que teve diminuição de gastos, entre outras melhorias.

Percebe-se que a própria administração pública, no que pese ser herdeira de práticas autoritárias ocultas sob o manto de legalismo, tem se visto conduzida a se curvar à observância das garantias fundamentais do devido processo legal e seu corolário constitucional na sua forma substantiva.

O fato é que se está ainda aquém de uma compreensão devida desses princípios que formam juntos o principal eixo em torno do qual se move o sistema de princípios constitucionais. A administração pública de um modo geral tem dificuldade de assimilar e de aplicar de forma ampla e consistente esses importantes vetores normativos, conforme ficou aqui evidenciado na crítica aos pareceres vinculantes da AGU.

Sem dúvida, a resistência em se assegurar uma dosimetria da pena nos moldes da equidade, da congruência e da equivalência (razoabilidade), bem como de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade), decorre em parte do peso de práticas administrativas que se sedimentaram ao longo de toda nossa formação histórica. De outra, parte, no campo teórico, fenômeno ainda muito saliente é o esquematismo entre princípios e regras, dificultando a compreensão dialética que deve haver entre esses dois componentes essenciais da norma. Com efeito, a superação do legalismo que caracterizou a dinâmica do devido processo legal ainda precisa de suporte teórico e prático para a efetiva realização dos fins democráticos e humanísticos que prevê a Carta de 1988

A garantia dos direitos fundamentais é uma defesa premente da civilização, mas se vê obscurecida neste momento da história do país, quando retornam ao comando do Estado brasileiro as velhas e desgastadas orientações políticas, econômicas e sociais de matriz liberal, desfigurando a forma de Estado voltada para a proteção dos direitos fundamentais definidas pelo constituinte de 1988. Práticas autoritárias costumam se arvorar como solução para combater atos criminosos de improbidade administrativa – como demonstram os abusos praticados por agentes da polícia federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário na denominada “operação “Lava-Jato”– criando a falsa e temerária expectativa da assim chamada opinião pública de que a relativização daquelas garantias seculares do Estado de Direito é adequada e necessária para debelar o mal da corrupção.

Não se deve esquecer os graves abusos a direitos fundamentais que a humanidade sofreu por agentes públicos em nome da moralidade. Desde o último grande episódio mundial

de barbárie generalizada contra os direitos humanos, ficou evidenciado que não pode haver verdadeira e legítima liberdade, democracia e ordem social fora do Estado Democrático de Direito. Parece, sem dúvida, que houve muito progresso quando a doutrina passou a ver que Carl Schmitt estava equivocado em desacreditar do controle de constitucionalidade pelos tribunais, mas também Hans Kelsen precisaria passar por um exame de sua teoria pura do direito, que acabava por deixar incompleta a compreensão do bem jurídico que a norma quer proteger. Curiosamente, é empírico observar que é precisamente certo moralismo de perfil autoritário e intolerante, articulado com órgãos do Estado, notadamente de certo ativismo judicial, forma os requisitos típicos dos Estados de exceção.

Muito esforço se fez necessário para combater o arbítrio e sua dissimulada cantilena de que rigor das formas procedimentais embaraça a eficiência do *jus puniendi*, como tem se visto em lamentáveis espetáculos midiáticos de condução coercitiva e de escutas telefônicas ao arrepio das mais mezinhas formas procedimentais, expondo acusados à execução pública e subtraindo-lhes a presunção de inocência.

Fruto desse ambiente social instigado por certo “protofascismo”, são recorrentes casos de violência contra a mulher, racismo e intolerância contra homossexuais, recorrentes no noticiário. Por conta de casos gravíssimos de violência, a opinião pública é iludida em apoiar a pena de morte, atos de justicamento e de desprezo pela presunção de inocência até que se ultime o devido processamento dos acusados; o aumento da violência policial, a brutal desumanização do sistema penitenciário, a deplorável prática do sequestro e tortura como atos supostamente inibidores da criminalidade, entre outros, nesse movimento beirando à insanidade, ataca-se impiedosamente as garantias constitucionais.

Todo esse ambiente de tensão social é temerário ao sistema de regras e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, e um exemplo notável disso foi o recente e polêmico projeto de lei admitindo que o Estado possa vir a fazer uso de provas ilícitas, ampliar hipótese de prisão preventiva, entre outras barbaridades que fragilizam o Estado Democrático de Direito e um leque de garantias constitucionais que ofende a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

É preocupante que, na contramão dos avanços substanciais da Carta Política de 1988, tais investidas desbragadas venham a repercutir no processo administrativo disciplinar com a fragilização dos direitos fundamentais, dificultando ainda mais a necessidade de aprimorar o controle de razoabilidade e de proporcionalidade na punição dos servidores públicos, como sucede na especial característica das infrações administrativas que exigem da autoridade administrativa muito mais que imparcialidade; exigem desprendimento e desligamento de

subjetivismos facciosos e profunda compreensão da objetividade do processo como meio de se promover o Estado Democrático de Direito e a necessária busca do justo.

Sem embargo, é preciso continuar os esforços para a construção democrática pautada pela Carta política de 1988, inconclusa sob muitos aspectos, como o do papel punitivo que se espera do Estado, e que muito deve a nomes como o de Cesare Beccaria.

O exame dos critérios firmados pela doutrina acerca da implementação efetiva dos princípios exige que se lhes dê um emprego mais consistente, que é justamente o que condiz com a efetiva razão de ser do Estado, a realização dos ideais da cultura cosmopolita dos povos do século XXI que recuperam desde Kant o princípio de que os homens, por não serem coisas, não podem ser meio de outros, mas um fim em si mesmo, e são um fim em si mesmo porque têm uma dignidade, e a dignidade não tem preço.

O papel do direito de conferir ao Estado um propósito efetivamente pautado pelo interesse público, apesar de inconclusa – talvez ainda longe de alcançar um padrão satisfatório em alguns aspectos – tem avançado permanentemente desde que os antigos liberais se insurgiram contra os abusos do Grande Leviatã. Precisa-se de coragem e determinação para não desistir e prosseguir nessa caminhada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva, tradução. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. Porto Alegre: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. O Direito Adquirido e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BARROS, Suzana de Toledo *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Institucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3.ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo, Malheiros, 11. ed., 2. tiragem, 2014.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*, 4ed, rev. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a Todos Governos*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU*. Brasília, março de 2016.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

COUTO, Reinaldo, *Curso de processo administrativo disciplinar e sindicância*. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder- Formação do Patronato Político Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Por Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2011.

_____. *Direito e Razão: Teoria Geral do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões*. São Paulo: Vozes, 2007.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limite do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

_____. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, Livro I, Ciência da Lógica. São Paulo: Loyola, 1995.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Loyola, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 1990.

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Trad. da 2.ª ed. alemã por LOS RIOS, Fernando de. Segunda impressão, 2004.

JUNQUEIRA, Aristides. Reflexões sobre Improbidade Administrativa. In *Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Escala, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 2005.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

KURZ, Robert. *O Colapso da Modernização*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil*. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito*. Bruno Miragem, trad. Claudia Lima Marques, notas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e Estrutura no Direito*, v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*, 5.ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Princípio da Justiça Contratual*, 2ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

MARX, Karl. *O Capital, Livro I*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

MOREIRA, EgonBockmann Moreira. *Processo Administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2.ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. v. I, Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *O Direito dos Direitos*, Escritos sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Tradución de María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, publicado na Alemanha em 1946.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 188-189, 2009.

SARLET, Ingo. *Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEVERO, Natascha Maldonado. *A conduta culposa na Lei de Improbidade Administrativa. conteúdo Jurídico*. Brasília: 15 out. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50246&seo=1>, acesso em 17 jan. 2017.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros Editores. 2ª edição, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa, Direito de Certidão, Vista e Intimação. *RDP* 82/63, São Paulo: RT, abr-jun., 1987.

TÁCITO, Caio. O Procedimento Administrativo e a Garantia da Impessoalidade. *Revista de Direito Administrativo Aplicado Genesis*. Curitiba: Síntese, jul-set. 1996.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Forense, 1959.