

## **O *JUS PUNIEND* NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

JUS PUNIEND IN THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS

**Adir Claudio Campos\***  
**Luiz Carlos Figueira Melo\*\***

**Como citar:** CAMPOS, Adir Claudio. MELO, Luiz Carlos Figueira. O *jus puniend* no processo administrativo disciplinar. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 9-26, jan/jun. 2018.  
<https://doi.org/10.48159/revistaidcc.v3n1.campos.melo>

**Resumo:** O poder de punir do Estado, seja na esfera judicial, seja na administrativa, deve estar conforme as garantias constitucionais fundadas no binômio dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, e que se cristalizaram em princípios erigidos sob à ideia de racionalidade do comportamento humano que deu origem ao Estado moderno. Os dois princípios vetores do exercício desse *jus puniendi* são a razoabilidade e a proporcionalidade, e que tem sofrido progressivo e inarredável controle judicial quando a administração pública exorbita da prerrogativa de punir seus servidores públicos.

**Palavras-chaves:** Punir. Garantias constitucionais. Razoabilidade. Proporcionalidade.

**Abstract:** The punitive power of the State, whether in the judicial sphere or in the administrative sphere, must be in accordance with the constitutional guarantees based on the binomial dignity of the human person and due process to the idea. of the rationality of human behavior to the modern state. The two principles of justification and punishment are the reasonableness and the proportion suffered progressive and unreliable when the public administration exorbitates from punishing its public servants. legal, and that crystallized in principles erected under the origin of this and that it has.

**Keywords:** Punish. Guaranty constitutions. Reasonableness. Proportionality.

\* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1988), é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (2017), e exerce a advocacia na área de direito administrativo.

\*\* Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia desde 1.991. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia. Procurador de carreira da Câmara Municipal de Uberlândia. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais.

## INTRODUÇÃO

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 incontestante 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 *dueprocessoflaw* e seu corolário do contraditório e da ampla defesa. Essa é uma principiologia dos direitos fundamentais, centro norteador e delimitador dos poderes estatais.<sup>1</sup>

Nesse sentido, o direito a um processo regrado 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 unguido à forma de um processo – eis a pilar central de tudo aquilo que a doutrina veio a cunhar como direitos e garantias fundamentais, isto é, aqueles direitos pertencentes ao gênero humano indiscriminadamente.

## 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

<sup>1</sup> Se se analisar o objeto dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, fácil é verificar que eles substanciam e servem três valores constitucionais essenciais: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica 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.

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.

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 (OLIVEIRA, 2006, 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 a Carta de 1988, era escassa a jurisprudência que admitia 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 proscribe a irracionalidade, o absurdo

ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas jurídicas' (OLIVEIRA, 2012, p. 121).

Com efeito, a exigência de atender aos deveres de equidade, congruência e equivalência (critérios de razoabilidade, na esteira de ÁVILA, 2015), assim como a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (critérios da proporcionalidade, conforme a doutrina que se seguiu à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha), 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”.<sup>2</sup> Como se 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”.

## 2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SEU REGIMENTO

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”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> A aplicação das regras elencadas na Lei Federal nº 9.784/99 aos processos administrativos disciplinares (regidos por

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 a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.”<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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 sinalizava, à luz da Constituição 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.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

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; carregasse a pesada herança de uma administração pública marcada por quase um século de monarquia (XIX) e de militarismo (XX), tanto um como o outro avesso ao ideário libertário e democrático

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.

4 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.

5 CF, art. 5º, LIV e LV.

6 “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.

7 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.”

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 prática da razoabilidade e da proporcionalidade, seguida de robusta doutrina e jurisprudência.<sup>89</sup>

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.<sup>10</sup>

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. Canotilho (apud BARROS, 2003, 31) assevera:

[...] 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 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).

No mesmo sentido, a doutrina de José Armando da Costa (2005, p. 111) 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 (2005, p. 111) assevera que “essa correspondência

8 “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.

9 “[...] 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.

10 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.

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”.

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 [...]”<sup>11</sup> foi removido o chamado “entulho autoritário”<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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 (2010, p. 105), “jamais a sanção administrativa disciplinar poderá representar um ato de força ou de arbitrariedade 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”.

### 3 RAZOABILIDADE E 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” (OLIVEIRA, 2006, p. 485-486).

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

11 Preâmbulo da Constituição Federal: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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.

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

13 “[...] 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.

elementos operantes da força coativa do Estado, em destaque, o poder 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.<sup>14</sup> Embora, por certo, a tipicidade 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.<sup>15</sup>

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 (LARENZ, 1997, p. 164-165).

E é justamente essa uma característica que torna a regulação da razoabilidade e da proporcionalidade marcante e decisiva no deslinde dos processos administrativos.<sup>16</sup>

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.

#### **4 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE, DA ILICITUDE E DA CULPABILIDADE**

<sup>14</sup> Art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>15</sup> A propósito vale conferir teor deste aresto do STJ: “[...] I- A infração disciplinar consistente em o servidor público “prevaler-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.

<sup>16</sup> Oliveira faz remissão à 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, 2003, p. 89-90, *apud* OLIVEIRA, 2006, p. 474.



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 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 [...](OLIVEIRA, 2006, 487).

Com efeito, os conceitos jurídicos indeterminados<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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 cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Nestas condições, o servidor não pratica a infração,

17 “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.

18 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.

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 sensu*: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.<sup>19</sup>

## 5 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 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:

---

<sup>19</sup> 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.

[...] Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinara esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. [...] (BRASIL, 2005)

O STJ (BRASIL, 2002), no mesmo sentido, decide:

[...] 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.<sup>20</sup>

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, havia efetuado a restituição dos valores durante do processo administrativo.<sup>21</sup> No 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

20 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 n°s 10.825, 10.827 e 10.828. 4. Ordem parcialmente concedida. STJ – MS - 2005/0118261-4 Ministro Nilson Naves Terceira Seção DJU 04.06.2007.

21 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.

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.<sup>22</sup>

Ainda nesse sentido, vale rever o STJ em outros acórdãos revendo a penalidade de demissão à luz da proporcionalidade.<sup>23</sup> Em sentido contrário, tem prevalecido na jurisprudência a impossibilidade de a infração punível com demissão ser apenada diversamente. O próprio STJ (BRASIL, 2015), 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”.

## 6 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

22 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MANDADO DE GURANÇA. 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. 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). “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.

23 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 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 inserido 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 consequente 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, 2010, p. 109-110.

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: “É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990” (BRASIL, 2017).

O mesmo posicionamento tem a CGU, cujo item 13.5 do seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar (BRASIL, 2017) 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.

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.<sup>24</sup> 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 comunicam 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 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 administrador aplicar pena diversa, ou seja, não há discricionariedade para a aplicação de pena menos gravosa” (BRASIL, 2015).

<sup>24</sup> O entendimento da AGU e da CGU é de que esse tipo infracional é causa de demissão em caso de negligência, independentemente de dolo.

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.<sup>2526</sup> 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.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

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 proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto”.<sup>29</sup>

25 Precedentes: STJ, MS 14045/DF, 3ª Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe*29/04/2010. 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 inquirir 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.

26 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.”

27 “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”.

28 No mesmo sentido: MS 13.341/DF, Rel. Min. Haroldo Rodrigues Terceira Seção, *DJe* 4/8/2011; MS 10950/DF, *DJe*01/06/2012.

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

## CONCLUSÃO

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 incontestada inconstitucionalidade.

## 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.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 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.
- \_\_\_\_\_. **Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 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.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Mandado de segurança n. 8106/DF. Relator: Min. Vicente Leal. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasil, DF, 28 out. 2012. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271309891%27\)+ou+\(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271309891%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271309891%27)+ou+(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271309891%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO) >. Acesso em: 10 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Mandado de segurança n. 18728/RO. Relator: Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasil, DF, 06 abr. 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>

jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271309891%27)+ou+(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271309891%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Mandado de segurança n. 24901/DF. Relator: Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasil, DF, 1 fev. 2005. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271309891%27\)+ou+\(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271309891%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271309891%27)+ou+(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271309891%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO) >. Acesso em: 10 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

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, 2005.

COUTO, Reinaldo, **Curso de processo administrativo disciplinar e sindicância**. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo: Comentários à Lei nº 9.784/1999**. 3.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, [s. d.].

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.

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.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



- 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.
- MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: Segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora 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. São Paulo: Editora 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**. Trad. María Isabel Azareto de Vásquez. Argentina: Abeledo-Perrot, publicado na Alemanha em 1946.
- 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.
- 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: Revisitas dos Tribunais, 2014.
- 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.

**Como citar:** CAMPOS, Adir Claudio. MELO, Luiz Carlos Figueira. O *jus puniend* no processo administrativo disciplinar. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 1, p. 9-26, jan/jun. 2018.

Recebido em: 10/01/2018

Aprovado em: 25/01/2018