

Controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos

João Batista Gomes Moreira*

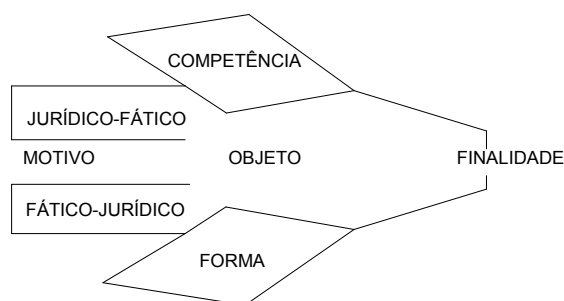
Não é divagação inútil dizer que a noção de *ato administrativo* – em que se inclui a sanção disciplinar aplicada ao servidor público - surgiu após a Revolução Francesa. Antes os repertórios jurídicos referiam-se apenas a *atos* relativos ao direito civil. Instituído o Estado de Direito, com a separação das funções estatais, despontaram como materialização final de cada função, respectivamente, a *lei*, o *ato administrativo* e a *sentença*, ainda que o segundo *tenha aparecido com muito menos ruído e esplendor*.¹ Em torno do *ato administrativo*, como sua unidade básica, o seu *átomo*, foi construído originariamente o direito administrativo.

O aprofundamento da orientação racionalista, analítica, típica do pensamento moderno, levou à decomposição do ato administrativo em elementos, pressupostos ou requisitos: *competência, forma, motivo, objeto, finalidade*. Noutro ponto de vista, mais evoluído, não se fala em *elementos* ou *requisitos* e sim, em *aspectos* ou *dimensões*. O ato é enxergado sob ângulos diversos, mas como um todo integrado. Todavia, mesmo nesta visão integrada, mantém-se a dicotomia (critério também típico do racionalismo) *mérito* (em simetria com *discricionariedade*) e *legalidade* (noção simétrica a *vinculação*), diante da ciosa preocupação de só admitir o controle judicial da legalidade.

Essa dicotomia está longe de ser clara e pacífica. Na doutrina e na jurisprudência, ora prevalece orientação restritiva, de que a *discricionariedade* limita-se à avaliação de conveniência e oportunidade, ora se afirma tese ampla, pela extensão da *discricionariedade*: a) a toda substância ou conteúdo do ato, em oposição à forma, que pertenceria à legalidade; b) à valoração do motivo fático; c) à avaliação das provas apuradas em processo; d) ao enquadramento legal do fato, dependente da determinação de conceitos; e) no tema específico de que ora se trata, à dosimetria da pena disciplinar. Em posição intermediária, há os que, apesar de aceitarem a concepção ampla, admitem controle judicial da *discricionariedade* limitado aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em qualquer desses campos.

Noutra perspectiva, são classificados como de *legalidade* os aspectos *competência, forma* e *finalidade*, circunscrevendo-se o *mérito* ao *motivo* e ao *objeto* do ato. A indeclinável necessidade de controle judicial da existência e adequação dos motivos em relação ao objeto do ato administrativo fez surgir, nessa perspectiva, abalo no dogma dicotômico *mérito* e *legalidade*. Para salvar o dogma, convencionou-se que, quando a avaliação dos motivos, pelo administrador, destoa da razoabilidade, a questão, que em princípio seria *meritória*, passa para o campo da *legalidade*; ou seja, numa clara inversão, a realidade da vida é moldada para ajustar-se aos conceitos abstratos.

Em seguida será feito exame dos pontos essenciais em cada uma dessas dimensões ou aspectos da sanção disciplinar.



(aspectos ou dimensões do ato administrativo)

1 Competência

O controle judicial da competência para aplicar sanção disciplinar é o que menos estimula controvérsia. Isto se deve à antiga disposição da lei de mandado de segurança (Lei 1.533/1951, art. 5º, III) pela impossibilidade de mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

É intuitivo que para a imposição de pena, medida exigente, por excelência, do devido processo legal, a capacidade específica da autoridade (“servidor ou agente público dotado de poder de decisão” – art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/1999) constitua requisito indisponível.

A competência é irrenunciável (art. 11 da Lei 9.784/1999), sem prejuízo dos casos legais de delegação (a LPA não exclui, como faz em relação

* Mestre e doutor em direito administrativo pela UFMG; desembargador federal do TRF 1ª Região.

¹ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1947, v. I, p. 76.

a outras hipóteses, a delegação para imposição de sanção disciplinar) e dos casos de impedimento e suspeição previstos nos arts. 18 a 20 dessa mesma lei. Não se prevê suspeição por motivo de foro íntimo, que, entretanto, pode ser alegada por analogia do que se dá nos processos civil e penal e, especialmente, em razão do critério de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV, ainda da LPA).

Assim como da competência ou incompetência, poderá haver controle judicial da existência ou não de impedimento ou suspeição para o processo disciplinar.

2 Forma

Foi dito ao início que o desenvolvimento do direito administrativo, coincidindo com o atomismo racionalista, deu-se em torno do *ato administrativo*, como sua estrutura fundamental. Resultado, por sua vez, do paradigma político de separação entre Estado e sociedade, a que corresponde o modelo de administração pública estática, vertical e autoritária, é o ato administrativo unilateral, imperativo, imotivado e presumidamente legítimo. Tal modelo cede espaço ao de administração processualizada, ativa, democrática (participativa), horizontal, pactuada ou concertada, cujas políticas, atividades, atos e omissões surgem por meio de processos. A sanção disciplinar é ato administrativo que na administração democrática resulta, por excelência, de processo.

Estabelece a Constituição que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A garantia do contraditório e ampla defesa requer a realização de devido processo formal, o que significa acusação precisa, produção de provas de interesse de ambas as partes, efetiva comunicação dos atos processuais e julgamento, suficientemente motivado, por autoridade imparcial.

A exigência de acompanhamento do processo disciplinar por advogado (defesa técnica), afirmada por súmula do Superior Tribunal de Justiça (n. 343)², foi afastada por súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (n. 5)³, o que não significa, entretanto, possa

o processo disciplinar ser julgado sem efetiva defesa, deficiência esta suscetível de acontecer mesmo quando haja advogado constituído. Ocorrendo a deficiência, a autoridade deve providenciar seu suprimento, pois a Constituição não apenas *faculta*, mais que isso, *assegura* o contraditório e a ampla defesa.

Diante dessa realidade constitucional, ficam abolidas, como formas de apuração e punição de transgressões disciplinares, a *verdade sabida* e o *termo de declarações do infrator*, de que tratou Hely Lopes Meirelles.⁴ Quanto à sindicância, para a apuração e punição de faltas menores, há que se revestir das características de processo sumário, diferente, pois, da sindicância preliminar, meramente investigativa, que, por ser inquisitória à semelhança do inquérito policial, não satisfaz àquelas exigências constitucionais.

A acusação precisa, indispensável à pontaria da defesa, também é requisito que se impõe. Há controvérsia sobre se é necessária previsão e enquadramento da infração em tipo fechado, por exigência da garantia do devido processo legal, ou se no direito disciplinar a tipificação das infrações pode ser flexibilizada. Este aspecto será melhor examinado ao tratar-se do *motivo jurídico* da sanção disciplinar. Por enquanto é suficiente dizer que, mesmo admitindo-se a previsão de infrações por meio de *conceitos indeterminados* e mediante a técnica da *norma penal em branco*, na concreta acusação deve haver indicação adequada e tanto quanto possível precisa dos fatos imputados. Sem isto, a produção de provas e a defesa poderão transformar-se num *jogo de cabra cega*.

Outro requisito formal indeclinável, na sanção disciplinar, é a motivação (fático-jurídica), especialmente quando esteja presente na classificação da infração conceito indeterminado. Mesmo os partidários da mais ampla discricionariedade atribuível à sanção disciplinar não dispensam a motivação, ainda que sucinta. A Lei 9.784/1999, além de incluir a motivação como princípio genérico da administração pública, estabelece, no art. 50, que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando”, entre outras hipóteses, “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções” (inciso II). Especificamente, a Lei 8.112/1990, art. 128, parágrafo único, prevê que “o ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”.

² “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

³ “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 696.

Não há controvérsia, a não ser em detalhes, quanto à sujeição desses requisitos formais a controle judicial. Mesmo a letra da revogada Lei 1.533/1951 – que excluía do mandado de segurança o ato disciplinar (art. 5º, III) – ressaltava a hipótese de ato praticado “com inobservância de formalidade essencial”.

3 Motivo

Um fato (ação ou omissão de servidor público), para ser considerado infração disciplinar, necessita estar qualificado juridicamente como tal. Surge daí discussão sobre o instrumento normativo adequado à previsão das ações ou omissões que ensejam punição nesse campo.

Vem à lembrança a *teoria da supremacia especial*, que justificaria *relação especial de sujeição*, especialmente, na configuração do regime disciplinar dos servidores públicos. Na relação especial de sujeição há o enfraquecimento de garantias veiculadas pelo princípio da legalidade e pelo regime de potestade sancionatória.⁵ Não existiria obstáculo à tipificação das infrações disciplinares, até por normas infralegais, de forma aberta (sem vinculação direta entre preceito e sanção) e por meio de *conceitos jurídicos indeterminados*.

Contra tal orientação levanta-se a tese de que a tipificação fechada e somente por lei formal, à semelhança da tipificação das infrações penais, é imposição da garantia do devido processo legal e da especial proteção dada pela Constituição aos direitos fundamentais.

A meio caminho dos que aceitam com amplitude a tese da supremacia especial ou relação especial de sujeição e dos que defendem tipificação fechada à semelhança do direito penal, argumenta-se pela necessidade/possibilidade de moderação, de modo a conciliar as duas orientações. A exigência de maior precisão dos tipos aumentaria na medida do agravamento das penas, sendo aqui pertinente a observação de que algumas penas disciplinares são mais graves que as previstas para crimes de menor potencial ofensivo. Pertinente é também, em contrapartida, a observação de que mesmo a tipificação das infrações

penais não dispensa a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de norma penal em branco.

Aqui surge, especialmente, a questão da possibilidade ou não de controle jurisdicional da *determinação de conceitos* levada a efeito por meio de normas infralegais ou no instante da aplicação concreta de uma pena disciplinar. Despontam duas vertentes doutrinárias, representadas pelas opiniões de Eduardo García de Enterría, na linha da doutrina alemã, e de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, não bastasse sua grande autoridade no direito administrativo, reporta-se ao pensamento de Afonso Rodrigues Queiró, este reproduzindo doutrina de Bernatzik.⁶

Ambas as correntes admitem o controle judicial, só que a primeira, de forma radical, afasta da determinação de conceitos qualquer cogitação de discricionariedade, enquanto que na lição de Celso Antônio,

[...] se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava*. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar *violações de direito* e não procedimentos que lhe sejam conformes.

Assim, “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.⁷

A subsunção opera-se, reciprocamente, do fato à norma e da norma ao fato; é um movimento circular. Logo, é possível concluir, na linha da teoria de Celso Antônio, que na interpretação dos fatos (existência e adequação em relação ao objeto do ato administrativo) e respectivas provas também possa surgir zona de penumbra em que se justifica respeitar solução razoável aplicada pelo administrador. Também aí se verifica um resíduo de discricionariedade *lato sensu*.

⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. La Categoría de las Relaciones Especiales de Sujeción. In: MUÑOZ, Guillermo A.; SALOMONI, Jorge Luis (Directores). *Problemática de la Administración Contemporánea*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 133-134. MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 219-220.

⁶ Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. 3. ed. Madri: Civitas, 1995. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 23-24.

Afastada a isenção de qualquer controle do motivo da sanção disciplinar – apesar de que eventualmente aparece na jurisprudência⁸ –, restaria, então, decidir pela linha radical ou pela moderada. Penso que a moderação seja a linha mais coerente com a vinculação da administração pública, diretamente, aos princípios constitucionais, especialmente quando estejam em questão conceitos de valor.⁹ Não há necessidade de eliminar a discricionariedade, que é um bem, para eliminar o mal do arbítrio. Conforme já disse Jhering, o pensamento de que a segurança jurídica e a liberdade exigem a maior limitação possível do poder público pela lei tem como fundamento “a espantosa ideia de que o poder é um mal que se deve combater”, todavia, na realidade, “ele é um bem, em que, porém, como ocorre com qualquer bem, devemos aceitar, para preservar a possibilidade de um emprego salutar, a possibilidade de abuso”.¹⁰ A discricionariedade, em sentido amplo, pode conviver com o controle judicial baseado nas máximas¹¹ da razoabilidade e da proporcionalidade.

O controle judicial alcança, ainda, o elemento subjetivo da ação ou omissão. Diz-se comumente que a configuração de infração disciplinar, à semelhança das contravenções, depende apenas de *voluntariedade*, apesar de que não havia na Lei 1.711/1952 e não há na Lei 8.112/1990 regra expressa nesse sentido. É entendimento da doutrina que, embora o art. 3º da LCP estabeleça que “para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária”,

[...] a CR/1988, ao repelir a responsabilidade penal objetiva (art. 5º, XXXIX e XLV), não acolheu esta norma. Assim, a existência de dolo ou culpa será indispensável para a tipificação das contravenções penais.¹²

O mesmo argumento é válido para as infrações disciplinares, de modo que fica superada a dificuldade, que se percebe nos trabalhos doutrinários, para conceituar *voluntariedade*.

4 Objeto

Havendo motivo fático e jurídico, apurado em processoregular, para sanção disciplinar, o administrador não pode deixar de aplicá-la, por indulgência ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, sob pena de incorrer em crimes previstos no Código Penal (arts. 319 e 320). Serve de orientação para a dosimetria da pena, quando não haja previsão semelhante em regime disciplinar específico, a regra do art. 128 da Lei 8.112/1990: “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”.

A propósito da aplicação desse dispositivo, há duas principais posições: a) diz respeito somente à pena de suspensão, porque não há possibilidade de variação das penas de advertência, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada; b) não só haverá variação interna da pena de suspensão como a possibilidade de substituição de uma pena por outra, em função das peculiaridades do caso concreto. Em julgamentos administrativos no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Conselho de Administração e Corte Especial Administrativa), já ficou vencida alternativa que admite substituição, motivada nas circunstâncias do caso concreto, de uma pena por outra mais branda (ex.: substituição da demissão por suspensão ou da censura por advertência, penas estas previstas para os magistrados). A orientação minoritária aplicava em favor do acusado a tipificação aberta dos tipos disciplinares, argumentando que não há necessidade de correspondência exata entre o preceito e a sanção.

O método de fixação da pena, em qualquer das hipóteses, é o mesmo da determinação de conceitos, de modo que, para uma corrente, é possível chegar

⁸ Na jurisprudência, às vezes, aparece a afirmação de que o Poder Judiciário não examina a substância da punição disciplinar, porque constituiria invasão indevida do mérito do ato administrativo. Tal afirmação resulta de indevida extensão da regra do art. 5º, III, da Lei 1.533/1951. É como se tudo que restasse da competência da autoridade e das formalidades essenciais constituísse mérito do ato administrativo. Ocorre que essa regra – aliás, já desatualizada – só foi instituída para o mandado de segurança, em razão da exigência de direito líquido e certo, ou seja, mesmo em sua origem não era válida para o controle judicial das sanções disciplinares nas vias ordinárias.

⁹ Sobre a distinção entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*, cf. COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista PGE/SP*, jun. 1998, p. 79-108.

¹⁰ JHERING, Rudolf von. *A Finalidade do Direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, p. 281. Jhering, em sua segunda fase, “rechaçava o ‘culto ao lógico, que imaginava elevar a jurisprudência a uma matemática do direito’” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49).

¹¹ Máximas e não princípios “stricto sensu”, conforme ensina Robert Alexy (op. cit., p. 117), porque não são sopesadas em relação a outros princípios; são regras de aplicação (sobreprincípios?) das normas jurídicas.

¹² DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

a única solução correta, enquanto que, para a outra, poderá haver mais de uma solução razoável. No primeiro caso, o controle judicial é amplo, de modo a afastar a *decisão incorreta*, enquanto que, no segundo, só será afastada decisão que se situe fora da moldura de razoabilidade.

Admitido, de qualquer dessas formas, o controle judicial, a pergunta é se compete ao juiz simplesmente afastar a decisão *incorreta* ou *desarrazoada*, ressaltando, ou não, a possibilidade de nova decisão na esfera administrativa, ou se também pode substituir a pena aplicada pelo administrador. No voto condutor de acórdão proferido no RMS 24699/DF, o Min. Eros Grau disse que o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*. Acrescentou: “Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vincado – qual o ato *correto*”. Nesta linha, ao Poder Judiciário cabe apenas afastar a decisão administrativa e penso que ficará aberta possibilidade de a Administração proferir outra decisão, adequada, se ainda oportuna.

Situação peculiar pode surgir quando a decisão administrativa tiver sido tomada, por maioria, em órgão colegiado (ex.: Corte Especial Administrativa de Tribunal). Delineando-se, desde já, que os votos vencidos tenham veiculado solução apropriada, cogita-se da possibilidade de que o órgão jurisdicional determine (em benefício do acusado, evidentemente) a prevalência destes. Semelhantemente, quando a comissão de processo disciplinar tiver sugerido certa pena e a autoridade tiver aplicado outra mais grave, não parece absurda a possibilidade de o juiz eleger, em substituição à pena aplicada, a que tiver sido sugerida pela mencionada comissão.

5 Finalidade

A finalidade pública do ato administrativo, segundo tradicional concepção, é requisito vinculado, em que pese constituir o desvio de finalidade atentado ao *princípio da moralidade* e não ao da *legalidade* “*stricto sensu*”. A amplitude de controle judicial do desvio de finalidade poderá encontrar, todavia, obstáculo levantado pela mesma orientação tradicional do direito administrativo. É que dificilmente se demonstra o desvio de finalidade por prova direta. Sua revelação se faz, regra geral, por meio de indícios, o chamado “*feixe convergente de indícios*” de que trata J. Cretella Jr¹³, pois, nos casos premeditados, a autoridade busca

dar ao ato aparência de legalidade. Acontece que a presunção de legitimidade do ato administrativo conduz à inversão do ônus da prova, cuja produção, no desvio de finalidade, devido àquela situação, torna-se excessivamente custosa para o particular.

Este autor já teve oportunidade de escrever¹⁴ que a presunção de legitimidade, levada às últimas consequências, é obstáculo ao esquadramento, especialmente, do ato contaminado de desvio de finalidade. Não sem razão se diz que a “presunção de legitimidade em nada serve aos legítimos interesses públicos, mas milita fortemente em favor do desvio de poder”.¹⁵

À semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste em relação à lei restritiva de direito fundamental (liberdades civis personalíssimas)¹⁶, e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo especialmente quando classificado nesse campo. Ao contrário, o ato aí situado será, em princípio, suspeito de ilegitimidade, recomendando criterioso exame jurisdicional (*strict scrutiny*). É o caso do ato de imposição de sanção disciplinar, que a doutrina coloca em área de transição entre o direito administrativo e o direito penal.

No mínimo, o juiz deverá atentar para o dado histórico de que, no início, o Conselho de Estado da França mostrou-se excessivamente tímido na apreciação do desvio de finalidade, só aceitando sua demonstração por meio de provas irrefutáveis. Depois, tornou-se mais audacioso, admitindo o convencimento por meio de prova indireta e do *feixe convergente de indícios ou sintomas*.¹⁷

Conclusão

O que foi sustentado traduz concepção de discricionariedade que não se restringe aos critérios de *conveniência* e *oportunidade*. Há resíduos de discricionariedade, também: a) na determinação de conceitos, especialmente conceitos de valor;

¹³ CRETILLA JR., José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 123.

¹⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo – Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 255.

¹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136.

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 100.

¹⁷ CRETILLA JR., José, op. cit., p. 108.

b) na valoração de fatos e respectivas provas; c) especificamente, na avaliação da adequação dos fatos à sanção aplicável; d) na dosimetria da pena. A discricionariedade – enfatize-se – não se restringe aos critérios de conveniência e oportunidade do ato disciplinar. Mas, em contrapartida, em todos esses campos, é possível controle judicial para afastar opções administrativas que fujam à moldura de razoabilidade e proporcionalidade.

No pensamento de Renato Alessi, “não é verdade que o controle judicial se exclui obrigatoriamente, quando o ato é discricionário: não se deve identificar os dois conceitos”.¹⁸ A isenção de controle judicial da discricionariedade é incompatível com o princípio de amplo acesso ao Poder Judiciário,¹⁹ especialmente em sistema, como o brasileiro, de unidade de jurisdição, e com a ideia de discricionariedade vinculada aos princípios constitucionais (não só ao princípio da legalidade)²⁰ e aos direitos fundamentais. Chega a ser questionável, hoje, se subsiste a dicotomia *legalidade* e *mérito* para efeito de impedir o controle jurisdicional do mérito, ou se a *legalidade* teria sido substituída pela *juridicidade*, conceito este que inclui, em certa medida, o *mérito* do ato administrativo.

Jurisprudência

No MS 20999/DF, relator Min. Celso de Mello, julgado em 21/03/1990, afirmou-se que a impugnação judicial de ato disciplinar, por meio de mandado de segurança, legitima-se em face de três situações possíveis: “(1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar”. Especificou-se que “o que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima

que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da administração pública”. Fez-se referência à doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti, no sentido de que a apreciação judicial do ato disciplinar “não exclui a apreciação da sua legalidade *intrínseca* (grifei) e *extrínseca*”; e à doutrina de Castro Nunes, que exclui da apreciação judicial “a apreciação de mera conveniência ou oportunidade”, o que não se estende ao *merecimento* (grifei) sob “outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente”. É lembrada “memorável decisão” proferida pelo STF, em 1944, quando, “após distinguir entre questão de legalidade, suscetível de revisão judicial, e questão de mérito, imune ao controle jurisdicional, ampliou, para efeito da *judicial review*, a própria noção de legalidade, para, nesta, também incluir a perquirição em torno da existência do fato ou de sua adequação à previsão legal”. Na citação de doutrina do Min. Victor Nunes Leal, também contida no voto do relator, fica mais evidente a dificuldade de percepção do que constitua mérito da sanção disciplinar. Isto porque a legalidade compreenderia os “requisitos substanciais” e os “motivos” ou “pressupostos de direito e de fato” previstos em lei. A conformidade do ato com o que se apurou no processo poderia parecer questão de mérito, mas não o é, porque “o Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário” (Miguel Seabra Fagundes). Na sequência, o relator opõe-se à doutrina de Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva e Carlos Mário da Silva Velloso, que admitiriam “pronta correção mandamental dos atos disciplinares eventualmente ‘ilegais e abusivos *no mérito*’”, para conservar a orientação jurisprudencial da Corte – “que exclui o controle jurisdicional do *mérito* do ato administrativo”, “inteiramente fiel ao princípio da separação dos poderes”. Termina por citar Miguel Seabra Fagundes: o mérito “compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc”.

No RMS 24699/DF, julgado em 30/11/2004, relator Min. Eros Grau, entendeu-se que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios

¹⁸ Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. 2. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 76.

¹⁹ Na Constituição brasileira, com exceção do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

²⁰ A vinculação da Administração a outros princípios dá-se por força do art. 37 da Constituição, da Lei 8.429/1992 (que considera improbidade administrativa a violação de princípios constitucionais) e da Lei 9.784/1999 (lei federal de processo administrativo). Na lição de Juarez Freitas, discricionariedade é liberdade vinculada aos princípios constitucionais (*A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76).

que regem a atuação da Administração”. Sobre a tipificação da infração, foi dito que “não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa”, além de que “o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos”. Com isto ficou afastado entendimento do STJ, que, ao apreciar o caso, refutara “a alegação de que os motivos que ensejaram a demissão eram falsos e inidôneos, sob o fundamento de que ‘são questões que não podem ser apreciadas na via do *mandamus*, porque demandariam o reexame de todo o material fático colhido no bojo do processo disciplinar, bem como ensejaria incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa”. À luz do preceito constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), foi dito que a arbitrariedade não pode ficar sob o escudo da “assim chamada discricionariedade”. A discricionariedade “não é consequência da utilização, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’”; “comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito”; “a Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos”; “sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial”; “os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil”; “é, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público”; “a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção”; “o Poder Judiciário verifica, então, se o ato é *correto*. Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vincado – qual o ato *correto*”; “na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem ‘conceitos indeterminados’ [vale dizer, *noções*], inexistente uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é *objetivamente incognoscível* (é, *in concreto*, *incognoscível*)”; “o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão”; “nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o

ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação”; “o motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato”; “a alteração procedida pela autoridade competente acabou, sem sombra de dúvida, por afetar negativamente o direito de ampla defesa do acusado”. Do voto do Min. Carlos Ayres Britto extrai-se, especialmente, que o art. 37 da Constituição “tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência”; “administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei”. E do voto do Min. Cezar Peluso: “a imputação de uma ação culposa, sem dano, a funcionário com mais de vinte anos de serviço público, sem nenhuma punição, é absolutamente ilegal, porque contraria a Lei 8.112, em sendo desproporcional à gravidade e à natureza da falta a aplicação da pena de demissão”.

No julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do MS 8182/DF, em 23/10/2002, relator Min. Felix Fischer, foi dito que, “com relação à alegação de *incongruência* entre os fatos apurados e as conclusões da comissão disciplinar, não pode ser apreciada em sede de *mandamus*, porque demandaria o reexame do material fático colhido no bojo do processo disciplinar, bem como ensejaria incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa”. Todavia, no julgamento do RMS 19741/MT, em 11/03/2008, mesmo relator, a orientação foi outra: “tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar”; “inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais”; “evidente que se o motivo, pressuposto fático que condiciona o ato, é indispensável para a validade deste, o que dirá a sua exposição, pois, sem esta, torna-se impossível a verificação da existência ou não dos motivos que sustentaram o ato e, por conseguinte, se foi legítimo ou não. Menos ainda poder-se-á constatar se compareciam razões juridicamente idôneas para

justificar o ato ante a finalidade legal. Esses aspectos podem ser examinados, pelo Judiciário, em sede de mandado de segurança, desde que haja prova pré-constituída suficiente para a elucidação do conflito submetido à apreciação do Judiciário”; “o art. 37, § 6º, da Constituição Republicana de 1988, quando menciona ação de regresso contra o servidor público, com vistas a ressarcir os cofres públicos, exige a demonstração de dolo ou culpa. Como não exigir o mesmo, quando em pauta a imposição de sanção disciplinar?”; “a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma do Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no *juízo* do julgador [administrativo] simplesmente’ (Flávio Henrique Unes Pereira)”; há “precedentes que, com base no princípio da proporcionalidade, anularam sanções impostas a servidores públicos. Patente, portanto, que, ao assim decidir, acabou-se por reconhecer que ao Judiciário cabe controlar o ato disciplinar não apenas em aspectos referentes ao devido processo legal formal, como, também, no que diz respeito ao ‘mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça’ (Orosimbo Nonato, 1944)”; “não desconheço que exista limitação infraconstitucional sobre o controle jurisdicional em sede de mandado de segurança acerca de ato disciplinar (trata-se do vetusto art. 5º, inciso III, da Lei 1.533/1951). Todavia, esse dispositivo vem sendo, ainda que timidamente, mitigado pela jurisprudência”; “a posição ora apresentada não adota as lições da doutrina clássica acerca da matéria [...] a qual faz menção à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar”.

No julgamento, também pelo STJ, do MS 10878/DF, em 08/11/2006, relator Min. Arnaldo Esteves Lima, afirmou-se que, “no âmbito do controle jurisdicional do processo disciplinar, esta Corte tem assentado que compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a

regularidade do procedimento apuratório, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, razão por que não há como proceder a incursões no mérito administrativo”. Não está dito expressamente, mas é possível deduzir que a restrição foi feita em relação ao controle jurisdicional *em mandado de segurança*, que era o caso. De qualquer modo, ficou dito, *a contrario sensu*, que o mérito inclui o que escapa da “regularidade do procedimento apuratório, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”.

No julgamento, pelo mesmo Tribunal, do RMS 19863/SE, em 29/11/2007, relatora Min. Laurita Vaz, acolheu-se a tese de que, “em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Dessa forma, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo administrativo”.

Em sentido oposto, a Terceira Seção do mesmo STJ, MS 13.986/DF, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decidiu (por unanimidade) que, “em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório”. Na mesma época (15/12/2009), a 5ª Turma, no RMS 24.503/DF, relator Min. Arnaldo Esteves Lima, também decidiu que “não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo”.