

Atos vinculados de julgamento de processo administrativo disciplinar: temperamentos pelos princípios da proporcionalidade e justiça

Antonio Carlos Alencar Carvalho*

Resumo

O artigo procura demonstrar que a vinculação da autoridade julgadora de processo administrativo disciplinar, nos casos de penas máximas, não autoriza a aplicação mecânica da lei sem a consideração das peculiaridades do caso concreto e dos efeitos da paralela incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, com o mandamento de que deve haver perfeita harmonia entre a sanção imposta e a gravidade da conduta, o que não afasta a pertinência da demissão, da cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou da destituição de cargo em comissão, nas situações de cometimento de infrações graves, com grave desonestidade funcional, improbidade administrativa dolosamente cometida, crime contra a Administração Pública ou conduta com violência ou ameaça contra pessoa, prejuízos ao Erário causados por dolo e má-fé.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Atos vinculados de julgamento. Temperamentos.

1 Introdução

Tema que causa perplexidades na casuística da Administração Pública é o dos julgamentos de processo administrativo disciplinar em que as penas cabíveis para as condutas praticadas constituem atos vinculados: há possibilidade de a autoridade ou órgão decisor aplicar pena menos grave do que a prevista prévia e genericamente no Estatuto dos Servidores Públicos? Ou deve haver a mecânica aplicação da norma à revelia das circunstâncias do caso concreto? Em quais situações se justifica temperamento ao exercício da competência vinculada?

* Procurador do Distrito Federal desde 1996, autor do livro *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública* (2. ed., 1.286 páginas, editora Fórum, 2011), advogado em Brasília/DF, especialista em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Enfrentamos o tema nos originais da 3ª edição revista, atualizada e aumentada do nosso Manual de Processo Administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública, com originais no prelo, em vias de lançamento nacional pela Editora Fórum, 2012, e agora calha abordar o tema neste artigo.

2 Importância da motivação dos atos administrativos vinculados

A obrigatoriedade da existência do motivo autorizador é mais que patente no caso da atividade administrativa vinculada, quando todos os elementos do ato administrativo são regulados pela lei, sem margem de consideração do administrador público quanto ao motivo e ao objeto respectivos, com reservas, em certos casos, todavia, da incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, especialmente quando não houver grave desonestidade funcional, nem prejuízos relevantes ao Erário, nem enriquecimento ilícito do infrator, nem violência contra pessoa ou crime contra a Administração Pública.¹

É lógico que, mesmo em atos vinculados sancionadores, deve haver harmonia entre a gravidade da infração, diante da consideração das circunstâncias do caso, e da penalidade aplicada.

Enuncia Weida Zancaner²:

No exercício dos poderes vinculados, a concreção do direito se perfaz através de um processo interpretativo e aplicativo da lei, pois, em ocorrendo as condições de fato, cujos conceitos se encontram previstos hipoteticamente na regra de direito, a norma incide, e o administrador tem que agir do modo que ela previu, independentemente

¹ Qual é o risco para a segurança nacional que determinaria a demissão de um ocupante de cargo público de motorista, lotado em repartição no interior, em pequeno município, apenas porque, para conseguir sustentar a família, aceitou emprego de motorista de um consulado ou representação diplomática de um país com boas relações consulares com o Brasil?

² ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 69.

de seu querer, visto estar vinculado à determinação legal. Nestes casos, o administrador apenas constata o suposto de fato, contrasta-o com o tipo legal e, havendo subsunção do conceito do fato ocorrido no mundo tangível ao conceito do suposto descrito na regra de direito, age o administrador, nos termos estritamente previstos pela norma, sendo-lhe defeso outra conduta ter, que não aquela prescrita.

Na atuação vinculada, a motivação é sobretudo relevante para a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, porquanto é a efetiva existência dos motivos previstos em lei que autoriza a expedição das respectivas decisões pelo Estado, as quais, inclusive, já foram previamente definidas, em tese, em um diploma legal.

O ato vinculado tem seu objeto e motivo previamente regradados na lei, visto que o legislador, previamente, determinou a providência que deveria ser adotada pelo administrador público, uma vez que ocorressem, no mundo fático, os seus pressupostos, ressalvada a paralela incidência de princípios controladores da proporcionalidade e justiça no ato administrativo diante do caso concreto.

Por conseguinte, a motivação, nas hipóteses de vinculação, cinge-se, em regra, à prova da existência do motivo estipulado em lei como determinante da prática da providência já indicada no texto legal, mas não dispensa o cotejo das circunstâncias e parâmetros dosimétricos de penalidades no exercício do poder disciplinar estatal.

Cometido crime contra a Administração Pública, evidenciado mediante as provas pertinentes, impõe-se ao hierarca superior aplicar a sanção demissória (art. 132, I, Lei federal 8.112/1990).

Não se tolera, em hipótese de vinculação, quando configurada a expressiva e inequívoca gravidade da conduta e o elevado grau de censurabilidade ao proceder do faltoso, que a autoridade administrativa deixe de demitir o acusado, movida por uma questão de conveniência ou oportunidade (juízo discricionário), seja pela falta de pessoal na repartição, seja pela excelente qualificação do servidor, incurso em infração passível de penalidade demissória (como é o caso de crime contra a Administração Pública).

O legislador ditou ao administrador público a providência única a ser adotada, caso o fato ensejador de demissão, expressamente previsto no estatuto funcional pertinente, seja configurado na conduta do servidor acusado.

Evidentemente, entretanto, que a providência punitiva, mesmo em atos vinculados, deve guardar

harmonia com os princípios constitucionais e legais reitores da Administração Pública, como os da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, eficiência e individualização da pena, como se abordará mais adiante, no item referente ao julgamento do processo administrativo disciplinar em casos de vinculação da autoridade decisora.

É intuitivo que o legislador exerceu, sim, um juízo de ponderação de valores e de escolha da retribuição cabível a determinadas condutas como regramento genérico nos casos de cabimento de infrações e decorrentes sanções mais graves, o que, não obstante, não significa que o sistema jurídico-disciplinar elencou apenas retoricamente os princípios da proporcionalidade, justiça e individualização da pena, facultando, paradoxalmente, uma aplicação mecanicista da lei pela autoridade administrativa, apesar de as circunstâncias do caso concreto apontarem no sentido da aberrante injustiça da decisão demissória ou de cassação de aposentadoria no caso concreto, ante as circunstâncias peculiares apuradas.

É claro que foi delineado pelo legislador um parâmetro de ponderação de certas condutas reputadas como determinantes do rompimento do vínculo funcional ou previdenciário do infrator com a Administração Pública. A prática de conduta escandalosa na repartição, a improbidade praticada dolosamente, com má-fé, com grave desonestidade funcional, o crime contra a Administração Pública, a obtenção de vantagem em troca do exercício funcional, o abandono do cargo e o descaso da inassiduidade habitual, a dolosa dilapidação do patrimônio público ou desvio de verbas estatais, a corrupção, dentre outras condutas merecem repúdio na disciplina legislativa e justificam a expulsão dos quadros administrativos. Nesses casos, uma vez justificada e corretamente promovido o enquadramento jurídico dos fatos nesses tipos, não haverá como se justificar medida punitiva outra que não a pena máxima.

Isso não significa, contudo, que certos comportamentos em tese previstos como causa de demissão não possam, em concreto, ante as circunstâncias apuradas, como o bom comportamento, a prestação de serviços relevantes para a Administração Pública, os elogios funcionais, a ausência de prejuízos ao Erário, a inexistência de enriquecimento sem causa, a não configuração de grave desonestidade funcional ou de severa ruptura da confiança nele depositada pelo Estado nem abalo da dignidade moral e profissional do infrator, o abandono há anos da ação ilícita, não seja possível aplicar pena distinta da máxima, proporcional

à real e específica gravidade do cenário fático apurado concretamente.

Não se pode sentenciar que, absolutamente sem exceções, em todas as situações, genérica e independentemente das circunstâncias verificadas no caso concreto, o administrador público seja um autômato servil da norma, estando supostamente forçado a aplicar a pena máxima vinculada, a despeito de reconhecer a aberrante desproporção da penalidade para a menor gravidade do fato, apesar da grotesca violação do princípio da justiça e do desprezo ao mandamento constitucional da individualização da pena, do claro vilipêndio ao ditame da dignidade da pessoa humana, dos efeitos devastadores desnecessários contra o servidor apenado e sua família, inadequados e demasiados na espécie.

O direito enaltece o bom-senso, a razoabilidade como referência para o exercício correto e justo do poder disciplinar também.

A relação de harmonia não pode ser rompida: fato muito grave, pena muito grave.

Mas realmente não se justifica que o administrador público feche os olhos com vendas para não atender para a injustiça que comete no julgamento concreto, desconsiderando a análise de efetiva ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado pela conduta infrativa apurada.

Fosse a aplicação da norma em casos de vinculação em tese da autoridade administrativa uma atividade mecânica, não teria sido confiada a seres humanos, investidos de competência decisória, de juízo de prudência e discernimento, de ânimo de equidade, de fazer justiça em concreto — a tarefa poderia ser exercida por robôs ou computadores.

O direito administrativo disciplinar é exercido por e contra seres humanos.

A vinculação administrativa não foi instituto criado para que o titular do poder disciplinar agisse sob a consciência de que faz injustiça flagrante na espécie, que adota medida demasiada, excessiva, aberrantemente desproporcional.

O legislador conferiu certos limites ao poder decisório nos casos de atos vinculados, mas não se pode concluir que isso significa que a previsão genérica legislativa tornou secundária a incidência dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, em certas situações com circunstâncias indicativas de que a pena máxima é francamente injusta naquele caso.

É lógico que não como, a pretexto de invocação de princípios constitucionais de justiça e proporcionalidade, tentar justificar a permanência do corrupto primário, do que, apesar de bons antecedentes, comete sua função pública para lograr proveito para si ou terceiros, para o que agride outras pessoas, o que, a despeito de elogios funcionais anteriores, comete crime contra a própria Administração Pública a que pertence, o que age com grave desonestidade funcional, que revele insustentável manter a confiança do Estado na pessoa do infrator desonesto, do que dolosamente aplica mal dinheiro público, desvia recursos públicos, fraudula licitações ou contratos administrativos, exige ou solicita ou recebe vantagens de valor não desprezível a troco do desempenho funcional, e outras ações substancial e manifestamente graves. Infração muito grave, pena muito grave, não há desproporção nessa relação de harmonia entre fato e sanção.

3 A fórmula do reenquadramento jurídico mais adequado aos fatos

Além disso, em incontáveis casos de alegação de prática de atos vinculados sancionadores, há um errôneo enquadramento jurídico dos fatos, promovido culposa ou dolosamente.

Calha lembrar ainda que, a despeito da ponderação de valores procedida pelo próprio legislador nos casos de atos sancionadores disciplinares, inclusive sob o prisma da proporcionalidade dos fatos e tipos disciplinares e penas respectivamente arbitradas em tese, as circunstâncias do caso concreto podem conduzir, muitas vezes, a um reenquadramento jurídico mais adequado se a penalidade que se entremostra resultante da equação fato-norma se afigura exacerbada ou manifestamente injusta.³

É pertinente lembrar a orientação do emérito administrativista português Diogo Freitas do Amaral⁴

³“III - *In casu*, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de demissão do cargo de técnico do seguro social imposta à impetrante, por ter se utilizado de veículo contratado pela agência Rio de Janeiro/Sul do INSS, para efetuar deslocamentos no percurso residência/trabalho e vice-versa, enquanto no exercício do cargo de gerente executiva daquele posto de atendimento, tendo em vista seus bons antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao erário, bem como a sua comprovada boa-fé. Segurança concedida, sem prejuízo da imposição de outra penalidade administrativa, menos gravosa. Prejudicado o exame do agravo regimental da União.” (Superior Tribunal de Justiça, MS 1.3716/DF, Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 13/02/2009).

⁴AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. V. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 91.

no sentido de que os órgãos executores do direito são comissionados para procurar

[...] o que é a medida justa do caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua melhor ciência e consciência, sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo.

Sob outro plano de consideração, boa parte da doutrina também propõe, como Sebastião José Lessa, que a estrita vinculação administrativa na imposição de penalidades também seja contornada por meio da desclassificação da conduta e seu reenquadramento em outra previsão legal de melhor talhe jurídico, uma vez que o julgador se convença ideologicamente que o conjunto fático-probatório leva a tanto, melhor ajustando os fatos à norma compatível com a infração cometida.

Se a demissão se revela agressiva ao princípio da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, que desaconselham a pena, é evidência, na verdade, de aplicação do princípio da insignificância, ou de se concluir que o comportamento sujeito à penalidade demissória (motivo de fato e de direito) na verdade não ocorreu, porquanto a conduta apenada com a expulsão do serviço público não foi cometida.

Por exemplo, se a autoridade administrativa se convence de que, a despeito da classificação pelo colegiado disciplinar de certa conduta como insubordinação grave em serviço, passível de demissão (art. 132, VI, Lei federal 8.112/1990), na verdade a imposição de pena máxima se afigura exagerada, demasiada, ante as circunstâncias fáticas, deve retipificar a acusação para, por exemplo, desobediência ao dever de urbanidade, sujeito a pena de advertência ou suspensão (art. 116, XI, c/c art. 129, *fine*, Lei federal 8.112/1990).

Em muitas situações, o problema decisório reside no mau enquadramento da conduta, que pode afastar a discussão de vinculação no exercício do poder disciplinar sancionador.

Afigura-se, destarte, que a solução dos casos polêmicos pode passar, na maioria das situações, por esse entendimento, no sentido de não se enquadrarem os fatos no tipo de demissão, quando as circunstâncias objetivas e subjetivas, a menor gravidade do fato, sua insignificância, o bom-senso, a justiça, apontam para o melhor enquadramento em outro modelo típico disciplinar cominatória de reprimenda mais branda.

4 Princípio da insignificância

Em outras situações, o princípio da insignificância pode ser definitivo para evitar a punição.

O doutor em direito pela Universidade de Valência, o aclamado administrativista espanhol Juan B. Lorenzo de Membiela, em sua magistral obra, aponta que a insignificância jurídica afeta a própria tipicidade material do ilícito administrativo, quando não ocorra uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, no que se arrima na lição do direito alemão.⁵

5 A definição das infrações mais graves não se destina exclusivamente a vincular a autoridade julgadora do processo disciplinar, mas tem finalidade garantista para os servidores públicos, pelo princípio da tipicidade

Não se pode perder de vista a perspectiva também garantista do direito administrativo disciplinar sob a ótica da tipicidade⁶ das infrações mais graves, sujeitas a penas mais severas: não foi exclusivamente com o fim de suprimir a liberdade decisória da autoridade administrativa julgadora que o legislador delimitou os casos submetidos, em tese, a sanções demissórias ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, mas também com o efeito de conferir segurança jurídica aos servidores públicos, no sentido de que somente nesses casos expressamente arrolados é que poderia suceder a perda do cargo ou da inatividade remunerada, modo por que não se pode, em casos extremos, quando não há como reenquadrar juridicamente os fatos, por falta de preceito legal mais brando no estatuto disciplinar, nem aplicar o princípio da insignificância, aplicar de forma mecânica pena manifestamente excessiva para a menor gravidade da ação do infrator, ainda que em nome da vinculação.

Nessa situação singular, merece acolher a doutrina do direito português⁷, que admite

⁵ MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 135.

⁶ “Las infracciones o faltas, así como las sanciones disciplinarias deben estar perfectamente descritas y predeterminadas.” (MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 130.)

⁷ “Assim, uma vez considerado o princípio da proporcionalidade como critério para determinar as sanções, a operação lógica operado pelo juiz penal e pela Administração é exactamente a mesma: ambos apreciam se os factos se verificaram ou não e uma vez constatado

temperamentos à regra da tipicidade ou vinculação no exercício sancionador disciplinar, abrandando a rigidez formal do sistema definidor das infrações mais graves e das penas cabíveis, o qual não pode deixar de ser sobretudo interpretado como uma garantia dos servidores⁸, a permitir, excepcionalmente, a aplicabilidade de pena proporcionalmente grave, mas não máxima, a depender da hipótese concreta.

Uma das funções paralelas do art. 132, da Lei 8.112/1990, não se pode esquecer, foi proporcionar segurança jurídica aos servidores públicos de conhecerem as hipóteses de condutas consideradas graves e suscetíveis, em princípio, de penas severas, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a bem do princípio da tipicidade das infrações disciplinares (pelo menos as muito graves).

O preceito legal funciona como limite de atuação da autoridade administrativa no exercício do poder disciplinar. Não poderá demitir fora dos casos taxativamente tipificados no art. 132, do Estatuto Federal.

A finalidade importante, se não precípua, da definição exaustiva dos casos de aplicação de penas máximas é garantista, tolhendo a incidência dessas penalidades em situações não descritas, o que não pode ser objeto de interpretação que exclusivamente enfatize o caráter vinculado do julgamento da autoridade administrativa, suprimindo do juízo decisório da Administração Pública os indispensáveis requisitos conformadores irradiados pelos princípios da justiça e da proporcionalidade e individualização da pena.

6 Relação de harmonia entre os fatos e a pena: eventuais circunstâncias favoráveis ao infrator não excluem penas máximas para transgressões muito graves

Nunca se olvide, contudo, que o vedado pelo sistema é o excesso flagrante no poder disciplinar, não que para ilícitos inequivocamente graves não possa a autoridade administrativa impor penas demissórias ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ainda que exista alguma circunstância favorável ao acusado.

É evidente que o infrator primário que estupra colega de trabalho na repartição, ou o corrupto que desvia dezenas ou centenas de milhares de reais pela primeira vez, deve, sim, ser demitido, a despeito da primariedade, pois a equação gravidade de conduta e correspondente punição severa está harmônica.

A prática de crime contra a Administração Pública justifica demissão, dentre outras condutas gravíssimas.

É preciso recordar que a demissão é reservada para irregularidades gravíssimas, em que se patenteia elevado o grau de censura à conduta. Luís Vasconcelos Abreu, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Lisboa, confirma o elo entre as sanções disciplinares⁹ máximas para condutas que revelem a impossibilidade de manutenção do vínculo do agente com a Administração Pública, sobretudo a quebra de confiança¹⁰:

que sim verificam se são subsumíveis a uma norma que preveja uma consequência punitiva. Esta não se encontra total e absolutamente determinada e deve concretizar-se em face das circunstâncias concorrentes, presididas pelo princípio da proporcionalidade. Portanto em ambos os casos, a legislação fixa um Direito punitivo abstrato onde se permitem várias opções de entre as quais o juiz penal ou a Administração deverão escolher a punição adequada ao caso concreto, de acordo com os princípios nela contidos. Consequentemente e por esse processo não há em nenhum caso diversas soluções justas a partir da norma, mas apenas uma única.” (FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *O poder disciplinar no estatuto dos trabalhadores da Administração Pública: Lei 58/2008 — doutrina — jurisprudência*. Alfornelos: Petrony, 2011, p. 421.)

⁸“No Estado de direito, as normas punitivas de direito disciplinar que prevejam penas expulsivas, atenta a gravidade destes, têm de cumprir uma função de garantia. Têm, por isso, de ser normas delimitadoras. [...] Não há que ter medo da técnica da tipicidade aplicada ao Direito Disciplinar, pois também ela pode ser sensível a alguns abrandamentos que lhe retirem a rigidez formal de que longamente se serviu.” (HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2007, p. 163.)

⁹ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no Direito Administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 43.

¹⁰A respeito da quebra de confiança como fator determinante da extinção sancionadora do vínculo funcional do servidor com a Administração Pública, calha trazer a lume a cátedra de Luís Vasconcelos Abreu, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Lisboa:

“Saber, por exemplo, se uma determinada pessoa pode continuar como agente administrativo depende mais do seu comportamento — avaliação baseada em factos, não arbitrária —, do que das consequências de suas ações. Toda a [sic] *relação de trabalho* subordinado assenta em elementos pessoais, designadamente na confiança entre as partes, assumindo os chamados deveres acessórios um vigor reforçado. Ora, a confiança pode ser posta em causa pela simples realização de determinadas condutas violadoras dos deveres a que o agente se encontra vinculado, independentemente da produção de resultados materiais negativos pelas mesmas.” (ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 29-30.)

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

A aplicação de pena diversa da demissão em caso de fatos sujeitos em tese a essa penalidade supõe bom-senso decisório e prudência, sentimento de fazer justiça no caso concreto e individualizar a pena, sem condescendência nem imoralidade no ato de julgamento, e sobretudo que não tenha havido prejuízos ao Erário dolosamente causados pela conduta; não exista ato de improbidade administrativa (requisito dolo); não exista grave descumprimento do dever nem desonestidade, nem a obtenção de proveito para si ou para outrem por parte da ação do agente infrator.

Não se pode, contudo, a pretexto de longo tempo de serviços prestados pelo acusado deixar de demitir se a conduta é gravíssima, se há obtenção de vantagens dolosamente, se há prática de crimes contra a Administração Pública ou especificamente arrolados no estatuto disciplinar, ou se a pena mais branda não corresponde à necessidade de punição compatível com a extrema gravidade da transgressão.

Tem que haver coerência e proporcionalidade entre a infração e a punição, tolhendo-se abrandamentos injustificados e imorais de sanções necessárias e compatíveis com a severidade do ilícito praticado.

Somente não se pode excluir, em casos especiais, o adequado exercício do poder disciplinar com penas de suspensão de 90 dias, por exemplo, caso justificado na situação concreta, em vez de uma demissão mecânica e manifestamente desproporcional para o caso, depois de não se poder equacionar o impasse pelo reequadramento jurídico da conduta nem pela incidência do princípio da insignificância.

7 Parâmetros constitucionais conformadores do julgamento do processo disciplinar

Não se pode olvidar que a perda do cargo público pelo servidor efetivo diz com o princípio constitucional

do direito de acesso aos postos administrativos e permanência neles (sólido no direito espanhol¹¹), o direito ao trabalho na Administração como meio de assegurar a sobrevivência do funcionário e de sua família, a preservação da dignidade e da moral profissional, da reputação, que pode ser aniquilada por uma demissão, que pode decretar a miséria do funcionário, amiúde com faixa etária que lhe obsta o acesso ao mercado de trabalho preconceituoso na iniciativa privada ou de labéu decorrente da sentença demissória que não pode ser elidido do nome abalado do servidor punido, até porque o fato apurado chega pela imprensa ao conhecimento geral.

É pertinente a admoestação de Raquel Dias da Silveira:

Todo e qualquer servidor público, estatutário ou trabalhista, é, antes de tudo, trabalhador. Um trabalhador que precisa ser tratado com o respeito e a dignidade que o direito confere ao ser humano, como profissional.¹²

Mas a jurisprudência ainda não aderiu plenamente a esse entendimento com muita flexibilidade, menos ainda a Administração Pública.¹³

O entendimento ora ventilado é abraçado, a seu modo, no Direito português positivo, pois, apesar de também regrar as hipóteses de condutas consideradas graves, sujeitas a demissão no seu art. 18¹⁴, ainda que

¹¹ “El derecho al cargo se proyectaría en exclusiva sobre el derecho a la permanencia en el puesto de trabajo y el ejercicio de funciones inherentes al mismo, en atención a que el término cargo, tal y como aparece plasmado en la Ley de Funcionarios de 1964, se utiliza como sinónimo de plaza, destino, puesto, funciones.” (MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Aranzandi, 2008, p. 80.)

¹² SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

¹³ “Tratando-se de conduta tipificada na Lei 8.112/1990 como infração passível de demissão, a comprovação da autoria e da materialidade em processo administrativo disciplinar, regularmente instruído e desenvolvido com observância aos princípios constitucionais, em especial, da ampla defesa e do contraditório, enseja a aplicação da penalidade legalmente prevista, motivo pelo qual não há falar em vício no ato administrativo apontado como coator.” (MS 14404/DF, Mandado de Segurança 2009/0110096-6, rel. Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE) (8195), Órgão Julgador S3, Terceira Seção, data do julgamento 25/05/2011, data da Publicação/Fonte DJe 15/06/2011).

¹⁴ Artigo 18.º *Demissão e despedimento por facto imputável ao trabalhador*

1 – As penas de demissão e de despedimento por facto imputável ao trabalhador são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção da relação funcional, nomeadamente aos trabalhadores que:

a) Agridam, injuriem ou desrespeitem gravemente superior hierárquico, colega, subordinado ou terceiro, em serviço ou nos

não em caráter exaustivo como sucede no sistema brasileiro da Lei federal 8.112/1990, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas (Lei 58/2008, Portugal) prevê expressamente, à semelhança, *mutatis mutandis*, do art. 128, do Estatuto federal brasileiro:

Artigo 20.

Escolha e medida das penas

Na aplicação das penas atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 15.º a 19.º, à natureza, missão e atribuições do órgão ou serviço,

locais de serviço;

b) Pratiquem actos de grave insubordinação ou indisciplina ou incitem à sua prática;

c) No exercício das suas funções, pratiquem actos manifestamente ofensivos das instituições e princípios consagrados na Constituição;

d) Pratiquem ou tentem praticar qualquer acto que lese ou contrarie os superiores interesses do Estado em matéria de relações internacionais;

e) Voltem a praticar os factos referidos nas alíneas c), h) e i) do artigo anterior;

f) Dolosamente participem infracção disciplinar supostamente cometida por outro trabalhador;

g) Dentro do mesmo ano civil dêem 5 faltas seguidas ou 10 interpoladas sem justificação;

h) Sendo nomeados ou, não sendo titulares de cargos dirigentes ou equiparados, exerçam as suas funções em comissão de serviço, cometam reiterada violação do dever de zelo, iniciada em processo de averiguações instaurado após a obtenção de duas avaliações de desempenho negativas consecutivas apesar da frequência de formação adequada aquando da primeira avaliação negativa;

i) Divulguem informação que, nos termos legais, não deva ser divulgada;

j) Em resultado da função que exercem, solicitem ou aceitem, directa ou indirectamente, dádivas, gratificações, participações em lucros ou outras vantagens patrimoniais, ainda que sem o fim de acelerar ou retardar qualquer serviço ou procedimento;

l) Comparticipem em oferta ou negociação de emprego público;

m) Sejam encontrados em alcance ou desvio de dinheiros públicos;

n) Tomem parte ou interesse, directamente ou por interposta pessoa, em qualquer contrato celebrado ou a celebrar por qualquer órgão ou serviço;

o) Com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício económico ilícito, falem aos deveres funcionais, não promovendo atempadamente os procedimentos adequados, ou lesem, em negócio jurídico ou por mero acto material, designadamente por destruição, adulteração ou extravio de documentos ou por viciação de dados para tratamento informático, os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhes cumpre, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar;

p) Autorizem o exercício de qualquer actividade remunerada nas modalidades que estão vedadas aos trabalhadores que, colocados em situação de mobilidade especial, se encontrem no gozo de licença extraordinária.

2 - Tornando-se inviável a manutenção da relação funcional, as penas de demissão e de despedimento por facto imputável ao trabalhador são ainda aplicáveis aos trabalhadores que, encontrando-se em situação de mobilidade especial:

a) Exerçam qualquer actividade remunerada fora dos casos previstos na lei;

b) No gozo de licença extraordinária, exerçam qualquer actividade remunerada nas modalidades que lhes estão vedadas.

ao cargo ou categoria do arguido, às particulares responsabilidades inerentes à modalidade da sua relação jurídica de emprego público, ao grau de culpa, à sua personalidade e a todas as circunstâncias em que a infracção tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele.

Isto é, apesar de a disposição legal lusitana abranger o art. 18 (penas dos arts. 15 a 19), nota-se que o fato de a lei prever os casos de demissão, conferindo uma certa margem de segurança jurídica aos acusados, em menor grau do que no sistema brasileiro e espanhol (que elencam taxativamente os casos de pena demissória), admite que a autoridade individualize a pena.

Entre nós, parece que a doutrina e a jurisprudência ainda precisam evoluir, conquanto com reservas para evitar impunidade ou condescendência, na exegese do art. 128, da Lei federal 8.112/1990.

8 Temperamento ao exercício mecânico do poder disciplinar no caso de atos vinculados sancionadores

Por outro ângulo, na verdade, a aplicação das normas jurídicas, inclusive as prescritivas da edição de atos administrativos sancionadores vinculados (como é o caso da demissão na Lei federal 8.112/1990), não pode deixar de se harmonizar com a incidência dos princípios constitucionais e legais regentes da atividade da Administração Pública, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a individualização da pena, paralelamente à legalidade estrita, modo por que é diante do caso concreto que se verificará a plena adequação da pena vinculada, a qual poderá, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, ser ajustada aos reclamos dos paralelamente eficazes princípios de direito, os quais devem conviver em sintonia no mister exegético e de concreta efetivação da regra na situação fática abordada.

Não pode o aplicador da norma ignorar a imperatividade de que as penas disciplinares não sejam manifestamente desproporcionais, desmotivadas, desarrazoadas, não individualizadas em face das circunstâncias objetivas e subjetivas verificadas no caso concreto.

Semelhante entendimento é esposado por Ricardo Marcondes Martins¹⁵, o qual explicita:

¹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

Suponha-se que, diante da prática de determinada falta disciplinar, uma lei exija a aplicação da pena de demissão; os princípios concretizados pela regra instituidora da falta disciplinar não são afastados o caso concreto por princípios opostos, e a pena de demissão mostra-se adequada, necessária e proporcional. Num outro caso, porém, suponha-se que a pena de demissão se mostre inadequada, desnecessária ou desproporcional (a disjunção é necessariamente excludente porque as etapas do procedimento de verificação são subsidiárias) e que, diante das circunstâncias, apenas a advertência mostre-se proporcional. Nas duas hipóteses, a aplicação, respectivamente, das penas de demissão e de advertência é vinculada e, caso não aplicadas pela Administração, poderão, havendo provocação, ser impostas pelo Judiciário.

Destarte, o que não pode suceder é que ato administrativo punitivo, vinculado ou discricionário, colida com princípios constitucionais e legais, como a proporcionalidade, a razoabilidade ou a individualização da penalidade, a moralidade, a legalidade, a eficiência, sob pena de a vinculação administrativa abrigar contraposição direta ao próprio ordenamento jurídico.

Ricardo Marcondes Martins¹⁶ chega a acentuar que, como o legislador não pode antever todas as peculiaridades de cada caso concreto, a sua ponderação não pode ser tomada como absoluta, impondo-se à Administração, ao aplicar a lei, o dever de promover nova ponderação para apurar “qual princípio, diante das circunstâncias, apresenta maior peso: o concretizado pela lei ou o que se opõe a ela”.

Todas essas asserções servem para desaguar numa premissa geral: a situação de cada caso concreto é que determinará a solução adequada a ser eleita pela Administração Pública, a quem incumbe concretizar, com acerto e propriedade, os princípios constitucionais e legais reitores de sua atividade, não se obrigando, em todos os casos, a título de mero cumprimento da vinculação e incidência do princípio da legalidade estrita, a impor penas desproporcionais, desarrazoadas, não individualizadas.

É o bom senso que deve conduzir o jurista na decisão do processo administrativo disciplinar, a pugnar pela hierarquização axiológica dos princípios constitucionais em cada caso concreto.

A previsão apriorística da pena cabível não autoriza a injustiça no caso concreto, nem dispensa da autoridade decisora o bom-senso, o respeito à

dignidade da pessoa humana, nem o dever de apreciar a lesividade ou ameaça da conduta ao bem jurídico ou valor tutelado pelo sistema disciplinar.

Nesse sentido, parece trilhar esse caminho com sua importante nota o doutor em direito e professor português da Universidade do Porto António Francisco de Sousa em sua excelente obra :

No entanto, este princípio tem plena e especial aplicação quando o poder exercido é vinculado e leva a situações concretas de manifesta e grave injustiça [...] o princípio da justiça deve ser aplicado sem complexos de qualquer espécie, sempre que a sua invocação se revele necessária ou útil à realização da justiça no caso concreto, independentemente de os poderes exercidos serem discricionários ou vinculados. A actividade da Administração Pública de aplicação da lei ao caso concreto não pode cingir-se a uma aplicação meramente mecânica da lei, não podendo revelar-se insensível à realização da justiça material e à prossecução do interesse público. A legalidade da actuação da Administração não é um conceito de possa conceber-se sem justiça no caso concreto e sem realização do interesse público.

O legislador não veiculou norma garantista dos servidores para manejo distorcido pelo hierarca decisor, determinante de injustiça e iniquidade, afigurando-se necessário uma apreciação particular do instituto da vinculação sob a ótica dos princípios constitucionais de regência do poder disciplinar administrativo, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Por conseqüente, não se justifica que, em certos casos isolados, depois de perceber que não é possível o reenquadramento jurídico da conduta nem a incidência do princípio da insignificância, a autoridade administrativa, vendo-se diante de reconhecida injustiça e juízo exacerbado, sobremodo rigoroso, quase cruel, exercite sua competência disciplinar, a pretexto de vinculação, de forma mecânica, automática, ainda que em claro descompasso com os ditames do princípio da proibição de excesso (proporcionalidade) e individualização da pena, com o sentimento e convicção de que viola a dignidade da pessoa humana, que vilipendia o direito ao trabalho, à permanência no cargo, ao sustento da família, à preservação da esfera jurídica moral profissional e pessoal do servidor público julgado.

Não se justifica que situações graves, de locupletamento ilícito contra a Administração ou de captação importante de vantagens financeiras ou de outra natureza pelo mau uso do cargo, ou de grave desonestidade funcional, de estupro ou violência contra colegas de trabalho, de corrupção, de improbidade, sejam objeto de providências condescendentes de aplicação de pe-

¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

nas mais brandas do que a demissória pela autoridade julgadora, apenas porque o acusado conta com algum fator benéfico em antecedentes funcionais ou circunstâncias fáticas, porquanto para infrações graves cabe a pena severa, nisso existe relação de conformidade e harmonia, que justifica a expulsão do serviço público ou o rompimento do vínculo previdenciário do aposentado que transgrediu durante a atividade.

Mas a regra do art. 128, da Lei 8.112/1990, não deve ser exclusiva das infrações de suspensão, porquanto o legislador não poderia ter instituído o preceito, decorrente do princípio da individualização da pena, restritamente.

9 Algumas situações que justificam a mudança da pena vinculada por força dos princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena

Cabe, pois, em certos casos excepcionais, em que não há prática de improbidade, nem ruptura da confiança depositada na pessoa do infrator pela Administração, nem severa demonstração de indignidade profissional ou pessoal (se houver cabimento na situação a responsabilidade por atos da vida privada), não existe desvio ou aproveitamento das vantagens do cargo para fins pessoais próprios ou de terceiros, sem grave desonestidade funcional, nem crime contra a Administração Pública, em que o bem jurídico disciplinar tutelado não chegou efetivamente a ser ofendido ou ameaçado na verdade, quando não há prejuízos ao Erário consideráveis, nem enriquecimento sem causa, nem violência contra servidores ou cidadãos, que a autoridade administrativa aplique, em nome do princípio constitucional da proporcionalidade, pena de suspensão de até 90 dias para fatos em princípio sujeitos a demissão.

O fato de um servidor, com mais de 25 anos de serviço público, ser sócio-cotista de sociedade de responsabilidade limitada, em estabelecimento comercial mal conduzido, com pouca dedicação gerencial, que conta oficialmente e na prática com verdadeiro gerente empregado atuante, vir somente a cobrar uma dívida extrajudicial e pessoalmente, ou ter contratado um ou dois empregados (atos de administração), sem que tenham jamais ocorrido faltas aos serviços por parte do funcionário processado, que cumpre regularmente suas funções e conta inclusive com vários elogios funcionais, o qual mal comparece à sede da loja de que é sócio, dedicando-se em primeiro lugar à Administração Pública, sem que a entidade

privada celebre contratos com o Erário nem dispute licitações com o órgão a que pertence o servidor, o qual inclusive já transferira a participação social a terceiros mais de cinco anos antes do julgamento do processo disciplinar, não parece autorizar a demissão do serviço público por prática de atos de administração social isolados, pois a medida, apesar de em tese estar prevista vinculadamente no art. 132, XIII, c/c art. 117, X, da Lei federal 8.112/1990¹⁷, se afigura exacerbada, sobretudo ante a falta de incompatibilidade com o cargo e a ausência de prejuízos ao exercício funcional.

O fato de um servidor, ocupante de cargo de padoleiro ou auxiliar de enfermagem de hospital público federal, aceitar emprego de igual natureza oferecido por parte de Estado estrangeiro em organização filantrópica por este mantida deve determinar a demissão do funcionário da União? Houve, no caso, risco à segurança nacional, quebra de sigilo de informações privilegiadas? É ofuscante que não.

Diferente será no caso de um agente da Agência Brasileira de Inteligência que aceite repassar informações privilegiadas a outro país no exercício de emprego em embaixada.

Será que tanto num caso como noutro a autoridade administrativa deve adotar a medida demissória, indistintamente?

Um professor de escola primária estadual ou municipal que aceite emprego de professor de português em consulado estrangeiro deve ser demitido por risco ou ameaça à segurança nacional?

Um servidor de um outro órgão, que não conhece ninguém no Departamento de Trânsito Estadual, que solicita a transferência de veículo de sua filha, mediante procuração por ela outorgada, sem exercício de atividade remunerada nem profissional, sem projetar influência para acelerar a tramitação administrativa da formalidade, que é atendido por senha eletrônica e espera sua vez como qualquer outro

¹⁷ Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001)

[...]

X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei 11.784, de 2008

[...]

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

[...]

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

cidadão, deve ser demitido por atuar como procurador junto a repartições públicas?

É evidente que a norma em apreço rechaça é a figura do lobista, do que se serve das facilidades, conhecimentos, amizades, influência e penetração na repartição para ostensivamente facilitar e agilizar o deferimento de pleitos, do que age como um despachante, do que desembaraça processos administrativos em troca de recompensas financeiras. É para essas situações que a demissão se aplica.

São apenas ilustrações da iniquidade, injustiça e desproporção que o manejo irrestrito, obtuso, irredutível, de competência sancionadora a título de vinculação pode revelar.

Não se concorda, reitere-se, que casos de crime contra a Administração, ou de grave manifestação de desonestidade, sejam abonados imoralmente com penas mais brandas. Para fatos realmente graves, a proporcionalidade não impede, antes recomenda e determina, penas máximas.

O que deve ser revisto na esfera decisória da Administração Pública é que o caráter em princípio vinculado dos casos de infrações disciplinares sujeitas a demissão e cassação de aposentadoria e disponibilidade merece aplicação como regra geral, sim, mas não quer dizer que o hierarca decisor seja obrigado a cometer injustiças flagrantes e subtrair a fonte de sustento do servidor e de sua família para fatos menos graves, ante as circunstâncias concretas.

O legislador exerceu uma ponderação de valores das condutas, sim, ao tipificar as infrações graves sujeitas a penas de rompimento do vínculo funcional ou previdenciário, orientando genericamente a autoridade administrativa no rumo decisório dos processos disciplinares dessa formatação, em linha geral, mas a vinculação administrativa deve ser harmônica com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, justiça, proporcionalidade e individualização da pena, devendo-se cotejar a efetiva gravidade da conduta diante da pena a ser imposta, admitindo-se a retipificação jurídica dos fatos, para preservar harmonia entre o poder sancionador e a severidade da censura ao procedimento, a incidência da insignificância quando o caso, e, em último lugar, se a injustiça decorrente da aplicação da lei em tese se afigurar manifesta, excessiva, desproporcional de forma aberrante para a menor gravidade da falta, o hierarca decisor deve invocar a proporcionalidade, nos casos inquestionavelmente justificados, para fazer justiça e apenar os ilícitos na medida cabível.

Repita-se, *ad nauseam*, que a vinculação deve ser respeitada como regra geral, sem margem a condescendência nem a aplicação de penas mais brandas injustificados, ante a gravidade e censurabilidade elevada das faltas cometidas, mas em situações especiais deve a autoridade administrativa evitar agir de forma automática no exercício do poder sancionador.

A equação gravidade do fato e severidade da pena deve ser harmônica.

Sobretudo o bom e correto enquadramento jurídico dos fatos é a mais importante forma de evitar perplexidades e injustiças na seara disciplinar.

10 Conclusão

Por todo o exposto, resume-se que o exercício do poder disciplinar decisório em caso de atos vinculados sancionadores deve ser harmonizado com os princípios da justiça, proporcionalidade e individualização da pena, a bem de se evitar uma aplicação puramente mecânica da lei causadora de aberrante desproporcionalidade ou injustiça no caso concreto, o que não desautoriza, contudo, a imposição de penalidades máximas para condutas muito graves, ainda que o infrator seja primário ou possua bons antecedentes funcionais, desde que seja preservada a relação de harmonia entre os fatos e a sanção infligida.

Referências

- ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*. Coimbra: Almedina, 1993.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, v. II, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. aumen. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*. No prelo.
- FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *O poder disciplinar no estatuto dos trabalhadores da Administração Pública: Lei 58/2008 — doutrina — jurisprudência*. Alfornelos: Petrony, 2011.
- HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regime de férias, faltas e licenças*. 5. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2007.

LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEMBIELA, Juan B. Lorenzo de. *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*. Segunda edición. Navarra: Arazandi, 2008.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUSA, António Francisco de. *Código do procedimento administrativo anotado e comentado*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: *Quid juris*, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.