

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES APPLIED IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE LAW

Reginaldo Gonçalves Gomes¹
regisgomes@yahoo.com.br

Resumo

O Direito Administrativo Disciplinar deu uma grande guinada após a Constituição Federal de 1998. Anteriormente a CR/88, havia um grande casuísmo na condução do processo disciplinar e as decisões sancionadoras dificilmente refletia a realidade do processo, mas sim uma cadeia de casuísmo. A grande transformação ocorrida da CR/88 para o Direito Disciplinar foi a obrigatoriedade da observância, não só dos princípios da devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas também dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana. As decisões administrativas passam a ter um controle mais rígido em cotejo com esses princípios. O processo disciplinar começa a ser delineado de forma a tratar o servidor, acusado, como sujeito de direitos e não mais objeto.

Palavras-chave: Constituição Federal. Princípios constitucionais. Direito Disciplinar. Decisão administrativa.

Abstract

The Administrative Disciplinary Law had a great change after the Federal Constitution of 1988. Prior to the Federal Constitution of 1988 it was accepted that the disciplinary proceedings and decisions making should based only in the statue itself, disregarding the principles of law. The great transformation brought by the Federal Constitution of 1988 was the obligatory observance, not only of the principles of due process, contradictory and full defense, but also the principles of proportionality, fairness, human dignity. Administrative decisions now have tighter control in comparison with those principles. The disciplinary process begins to be outlined in order to treat the public servant, accused of an infraction, as a subject of rights and no longer as object.

Keywords: Federal Constitution. Constitutional principles. Disciplinary Law. Administrative decision.

¹Mestrando em Direito Acadêmico pela Universidade de Itaúna; Pós-graduado em Ciências Penais pela Fundação Ministério Público de Minas Gerais e Pós-graduado em Processo: Grandes Transformações pela Universidade de Santa Catarina – Unisul em parceria com o curso LFG; Pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera em parceria com o curso LFG; Membro de diversas comissões de processo administrativo disciplinar. Analista Judiciário da Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, exercendo o cargo comissionado de Assessor Jurídico dos Juízes Membros da Corte Eleitoral de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco histórico para todo povo brasileiro e açambarcou todo o ordenamento jurídico de modo a produzir alterações profundas. O princípio basilar da Constituição é o da dignidade da pessoa humana seguido por vários outros que com este se conforma. Esse princípio, como os demais, tem uma carga normativa tais como as demais regras constitucionais, por isso, verifica-se uma mudança abismal entre a CR/88 e as anteriores. Naturalmente, em razão da nova ordem constitucional, o Direito Administrativo como um todo (inclua-se aí, sem sombra de dúvida, o Direito Administrativo Disciplinar) sofreu uma mudança fenomenal de paradigma, tal como a observância do devido processo legal, com seus consectários lógicos, os princípios do contraditório e da ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, etc.

Assim, o tema proposto trata da análise dos aspectos jurídicos do processo administrativo disciplinar referente à observância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, do contraditório e da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana e, bem ainda a importância da observação desses princípios na preparação da decisão administrativa.

Este artigo é importante na medida em que trará a lume várias questões relativas à defesa do acusado, bem como sua fragilidade diante da Administração Pública Federal.

Constata-se a existência de inúmeros processos administrativos instaurados sem que haja preocupação com a aplicação dos princípios constitucionais.

Deve-se levar em consideração que o acusado já há muito tempo deixou de ser objeto do processo para ser sujeito do processo.

Por fim, diante do atual debate acerca do Direito Administrativo Constitucional e ainda da função pública, já é hora de (re) examinarmos os conceitos e procedimentos que são adotados pela Administração Pública para externar o poder disciplinar, mormente a fomentação de comissões de processos por encomenda, ainda muito comum em órgãos cuja relação dos servidores é de “compadrio” e não de profissionalismo, que açambarca todos os princípios constitucionais e administrativos.

Por conseguinte, o presente trabalho pretende dar uma luz aos servidores, membros de comissão de processo, autoridades administrativas e advogados militantes na área, de modo a auxiliá-los na condução e reconstrução do processo administrativo disciplinar.

Portanto, esperemos que este artigo seja de muita valia àqueles que querem se incursionar na aprendizagem do Direito Administrativo Disciplinar. Ressalta-se que ele foi escrito em uma linguagem simples, como deve ser todo trabalho acadêmico, para que seja

atingido o fim proposto, que é despertar os servidores públicos e operadores do direito para o Direito Disciplinar.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

A palavra *principi*, derivada do latim, *principium*, significa início, começo, ponto de partida. Na linguagem filosófica, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, o termo foi introduzido por Anaximandro com o significado de fundamento, causa.²

Prossegue o autor afirmando que: “Mas como origem, ponto de partida, “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes,” sendo os alicerces, os fundamentos da ciência.”³

Importa salientar que princípios, no Direito, são as linhas diretivas que vão nortear a aplicação de todas as normas jurídicas. Possuem uma maior abrangência em comparação às regras que compõem o ordenamento jurídico. Como farol, eles iluminam a compreensão e auxiliam na interpretação do conteúdo das normas que lhes estão subordinadas. Hierarquicamente superior em relação às demais regras, proporcionam relativo caráter de unidade, pois resolvem conflitos de normas, harmonizando-as, impedindo a falta de conexão e organização do sistema normativo. E a lesão a um princípio é a mais grave de todas as lesões, pois como Paulo Bonavides ensina:

A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.⁴

Para o processualista Sérgio Luiz de Souza Araújo:

A essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em conseqüência, ele não possui

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330.

³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 435.

uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma.⁵

Dessa forma, o conjunto de leis que existiam ao tempo da entrada em vigor da nova Carta Magna, e que por essa foram recepcionadas, bem como as demais leis que surgiram, têm que estar em conformidade com as diretrizes constitucionais, explícitas e implícitas. E que para dirimir os possíveis conflitos de normas ocorridos após a sua promulgação, há de se valer desses princípios para que os conflitos sejam dirimidos à luz dos novos valores insculpidos na CR/88.

Os princípios, tais como as regras, são normas jurídicas, estas de menor abrangência, pois servem para regular o caso concreto, enquanto aquelas têm maior abrangência por servir de parâmetro para a Administração Pública.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais'. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.'⁶

De acordo com Di Pietro: “[...] os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.”⁷

Indubitavelmente, os princípios constitucionais insculpidos na Constituição de 1988 deveriam ser observados escorreitamente, sem precisar de serem regulamentados.

Dworkin faz a diferença entre regras e princípios. Essa diferenciação no modelo dworkiano é de suma importância, na medida em que figura como elemento fulcral na aplicação dos princípios.

Dworkin afirma que o direito consiste em um fenômeno social complexo, e esta característica, aliada a sua função e consequências, passa a exigir uma característica especial de sua estrutura, a que Dworkin vai atribuir ao caráter argumentativo do Direito.

⁵ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 179.

⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 94.

⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 66.

Desse modo, criticando o positivismo, Dworkin distingue princípios e regras, que assim o faz:⁸

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador (catcher) deixar cair a bola no terceiro lance).

[...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.⁹

Para Dworkin, regras e princípios distinguem-se em função da natureza da orientação que oferecem, não havendo entre as regras uma dimensão de importância, ao contrário do que ocorre com os princípios. A aplicação de um princípio em regra exclui outro, mas essa é a razão de ser da utilização dos princípios como forma de solucionar litígios.

Dworkin entende que o princípio se configura como um *standard* o qual deverá ser observado pelo intérprete/aplicador como uma exigência de justiça, equidade ou, qualquer outra dimensão da moral, não podendo ser visto, por conseguinte, como uma permissão para a realização ou atendimento de uma situação econômica, política ou social julgada desejável.

Os princípios, portanto, em sentido específico, são padrões normativos que se definem por não serem regras e, também, por não serem políticas.

Dworkin volta-se para a distinção entre princípios em sentido genérico (o que envolve políticas e princípios em sentido específico) das regras.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40-42.

Há, nessa distinção, um ponto importante a ser destacado. Dworkin entende a distinção entre princípios e regras como sendo uma distinção de natureza lógica. Natureza esta que se expressa no momento da aplicação de princípios e regras. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (in an all-or-nothing fashion), mas os princípios não são aplicados desse modo.

Se a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada, se ela pode ter todas as suas exceções explicitadas e arroladas, o enunciado completo de uma regra garante sua aplicação automática. Assim, as regras, segundo Dworkin, dispensam interpretação, elas podem ser aplicadas e pronto, sendo desnecessária qualquer ponderação.

Por outro lado, os princípios, diferentemente das regras, “*não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*”¹⁰ Princípios impõem a necessidade de uma decisão particular para a sua aplicação, em outras palavras, ao contrário das regras, que dispensam a interpretação, os princípios dependem de interpretação para serem aplicados.

Por isso, Dworkin afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso (ou importância), inexistente no caso de regras. Desse modo, constatando-se conflito entre duas regras, uma delas não pode, logicamente, ser válida. Já um conflito entre princípios não implica na invalidade de um deles, mas sim no afastamento de um deles em razão da ponderação.

Portanto, Dworkin mostra que o sistema normativo não é composto exclusivamente de regras, mas também de princípios, que são padrões normativos distintos das regras. Os princípios, em sentido específico, expressam a imanência da dimensão da moralidade no ordenamento normativo e, diante de *hard cases*, são levados em consideração na determinação da solução do caso. Isso não significa que princípios possam ser aplicados da mesma maneira que as regras.

Carlos Alberto Simões de Tomaz assim se posiciona:¹¹

Partindo do pressuposto de que os juristas deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40.

¹¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição – Entre o texto e o contexto*. 1ª edição. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 242-243.

noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dos sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o ângulo, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.”

Não é o objetivo de Dworkin indicar, previamente, os argumentos de política ou de princípio existentes, nem elencar quais direitos um indivíduo possui abstratamente, mas analisar casos difíceis, onde, mesmo os juízes mais criteriosos podem decidir diferentemente. Todavia, mesmo nesses casos, é necessário entender que, para Dworkin, o juiz não tem o direito de criar novos direitos, mas sim descobrir quais são eles em conformidade com o ordenamento jurídico.

Dworkin ainda afirma que há outra diferença entre regras e princípios é que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Já as regras ou são importantes ou desimportantes. Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.¹²

Por sua vez, Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização e as regras têm enunciados devem ser “satisfeitos ou não”, e ele explica:¹³

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

¹² DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42-43.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

Tanto Dworkin quanto Alexy concordam que os princípios são de abrangência bem maior que as regras. Os princípios se irradiam no sistema jurídico, entretanto, as regras são mais tímidas.

2.1 Princípios constitucionais expressos que regem a Administração Pública

Os princípios constitucionais da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade e eficiência*, além de outros sobre os quais discorreremos neste trabalho, que estão previstos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, são de observância obrigatória pela Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entende-se por princípio da *legalidade* que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. O princípio, em questão, é o fulcro das garantias individuais. Assim, a pessoa somente pode fazer ou não fazer o que a lei veda, *nullum crimen sine lege*.

Assim se expressa Di Pietro¹⁴

Este Princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu como o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

O segundo princípio é o da *impessoalidade*. Este significa que o ato ou provimento administrativo não é imputado ao servidor público/agente público que o pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em cujo nome atua o agente público.¹⁵ No Direito Disciplinar, a impessoalidade assume grande importância porque tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67/68.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 615.

Assim, impõe-se ao administrador que pratique o ato para um fim legal. A finalidade do ato será sempre o interesse público. Portanto, fica o administrador impedido de pretender outro objetivo ou praticar o ato no interesse próprio ou de terceiros.

Por isso mesmo, afirmamos que as comissões de processos têm de ser previamente designadas, mesmo que haja distribuição de processos administrativos entre vários servidores constantes de uma lista, caso não haja comissão permanente. Isso evita que autoridades administrativas escolham determinados servidores públicos para compor comissão com o fim de punir um desafeto ou mesmo por vingança, mesquinha.

O terceiro princípio a ser comentado é o da *publicidade*. Entende-se por esse princípio que todos os atos da Administração Pública têm de ter ampla divulgação por meio dos jornais oficiais, e, às vezes, não oficiais. Todavia, a lei faz ressalva quanto àqueles que devam ser sigilosos por sua natureza, isto é, defesa da intimidade ou interesse social, art. 5º, LX, XIV e XXXIII.¹⁶

O quarto princípio é o da *eficiência*, que foi inserto na Constituição na emenda n.º 19, de 4 de junho de 1998.

Para Di Pietro, eficiência apresenta dois aspectos, um em relação ao modo de atuação do agente público e outro em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública.¹⁷ Assim, o servidor tem de exercer as suas atribuições com zelo e alcançar um bom desempenho e bons resultados.

Por último, abordaremos a princípio da moralidade, pois é um dos mais complexos e de difícil conceituação.

Alguns doutrinadores entendem que o conceito de moralidade está abarcado no conceito de legalidade. Di Pietro acentua que a distinção entre moral e Direito é antiga. Afirma ela que a moral abarca o Direito. E, ainda, que a licitude do ato corresponderia ao Direito e a honestidade, à moral.¹⁸

Para Hans Kelsen, a moral distingue-se do Direito, pois esta pode ser seguida ou não. Ocorre que uma norma jurídica pode ser válida e ainda assim contrariar a moral.

Afirma Hans Kelsen:

Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 83.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 77.

de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.¹⁹

Parece-nos que o conceito de moral é mais amplo que o de Direito. A moral é algo intrínseco ao ser humano. A pessoa age de acordo com uma moral interior e também com uma moral social. Muitas vezes, essa moral interior choca com a moral exterior. Em regra, não há de se falar em ilícito administrativo quando houver afronta à moral. Todavia, alguns conceitos morais, em determinadas épocas, podem constituir um ilícito penal, civil ou administrativo. Assim, uma conduta moralmente aceita pode constituir um delito. Exemplo disso é o jogo do bicho. Embora seja contravenção penal, a comunidade, de certa maneira, o aceita como perfeitamente moral.

Note-se que alguns princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade, razoabilidade, etc., podem ser de fácil compreensão e aplicação. No entanto, há de se fazer a seguinte pergunta: como se pode aplicar o princípio da moralidade? Pois, o conceito de moralidade é muito vago e abstrato.

Veremos no desenvolver deste trabalho que o legislador conseguiu transformar uma norma princípio em norma regra, tal é o caso do princípio da moralidade.

No entanto, ressalte-se que há inúmeros outros princípios que permeiam a Administração Pública e que devem igualmente ser observados.

A lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata do processo administrativo federal, no artigo 2º faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ainda, podem-se citar os princípios do Direito Administrativo: da autoexecutoriedade, autotutela, especialidade, continuidade, igualdade do administrado, presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo, hierarquia, poder-dever do administrador, discricionariedade, vinculação do ato administrativo aos motivos declinados (teoria dos motivos determinantes) e indisponibilidade do interesse público.

Por conseguinte, a violação de todos os princípios acima citados afronta a Constituição da República Federativa do Brasil ou mesmo constitui um ilícito administrativo previsto na lei nº 8.112/1992. Outrossim, a infringência a alguns desses princípios pode acarretar um ilícito penal.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 77.

No que tange ao princípio da moralidade, a sua não observância constitui, sempre, um ilícito administrativo, no nosso ordenamento jurídico. Não é demais acentuar que algumas regras morais foram transformadas em regras de Direito Penal e Administrativo, em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, ressalte-se que, embora haja vários princípios a ser observados na Administração Pública, o art. 37, da Constituição da República de 1988, faz referência explícita apenas ao da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isso não quer dizer que não devam ser observados os demais já citados e que estão elencados em outros dispositivos constitucionais. Todavia, o legislador entendeu serem mais importantes os princípios do art. 37, os quais, inclusive, deverão ser observados quando da análise dos ilícitos administrativos previstos na lei nº 8.112/1990.

2.2 Importância dos princípios constitucionais na Administração Pública

A Administração Pública foi marcada por sua característica autoritária. Não havia regras constitucionais claras para serem observadas no processo disciplinar. A maioria dos doutrinadores é concorde em reconhecer o autoritarismo da administração, que somente em 1988 passou a sofrer alguma alteração.

Romeu Felipe Bacellar Filho, citando ensinamento de Sérgio Ferraz, afirma o seguinte:

[...] a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial. Em razão de tudo isso, a administração pública brasileira sempre se sentiu muito animada em ser autoritária, porque as cabeças pensantes e os julgadores deste país também eram autoritários, quando dissertavam sobre o direito administrativo.²⁰

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho “o administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de modo hegemônico e incontestável, acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público.”²¹

²⁰ FERRAZ, Sérgio. *Instrumentos de Defesa do Administrado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986. *Apud*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, p. 698.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 698.

Nesse sentido, afirma Luiz Otávio Santos Oliveira:

Felizmente, graças à constitucionalização do Direito Administrativo, marcadamente delineada em razão dos princípios administrativos encetados no texto constitucional, especialmente em seu art. 37, bem como pelas garantias constitucionais de que trata o art. 5º, desde então se tornou possível mitigar, de forma mais eficiente, o excessivo e intangível poder discricionário da Administração Pública na condução de suas ações administrativas, possibilitando a promoção da justiça administrativa, mediante a recolocação do interesse público no contexto da salvaguarda das garantias constitucionais, o que vem garantindo ao cidadão a possibilidade de oferecer efetiva resistência jurídica à produção de atos administrativos eivados de subjetividade e arbitrariedade.²²

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, em razão dos princípios administrativos insculpidos no texto constitucional, especialmente em seu art. 37, bem como pelas garantias constitucionais de que trata o art. 5º, tornou-se possível, com mais eficiência, controlar os atos da Administração Pública e garantir ao cidadão a possibilidade de oferecer efetiva resistência jurídica à produção de atos administrativos eivados de nulidade, subjetividade e arbitrariedade.²³

Por isso, afirma Romeu Felipe Bacellar que “a disciplina constitucional administrativa acolhe novos arsenais jurídicos para uma ruptura do quadro tradicional de um ‘Direito Administrativo autoritário’, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão.”²⁴

Assim, a partir do disposto do art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República, a Administração Pública teve de se adequar à realização de um processo justo, pois os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa passam a definir o processo instaurado em desfavor de acusado de prática de ilícito administrativo.

A observância dos princípios administrativos constitucionais, como a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência, além de outros não explícitos no texto constitucional, sem dúvida, é primordial e relevante para resolução de conflitos entre Administração e administrado, por meio da ponderação de interesses, como os princípios da

²² OLIVEIRA, Luiz Otávio Santos. Monografia de Processo Administrativo Disciplinar: *A insustentabilidade jurídica do vigente regime disciplinar dos servidores públicos federais* – apresentada à UCAM – Universidade Cândido Mendes - Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito para obtenção de grau de especialista. Belo Horizonte, 2008, p. 10.

²³ OLIVEIRA, Luiz Otávio Santos. Monografia de Processo Administrativo Disciplinar: *A insustentabilidade jurídica do vigente regime disciplinar dos servidores públicos federais* – apresentada à UCAM – Universidade Cândido Mendes - Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito para obtenção de grau de especialista. Belo Horizonte, 2008, p. 12.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 698.

razoabilidade, proporcionalidade, confiança, segurança jurídica, lealdade e boa-fé, previstos na lei nº 9.784/1999.

Ademais, a atuação da Administração Pública hodiernamente está adstrita ao devido processo legal, de cujo contraditório e a ampla defesa são decorrentes e permitem aos administrados participarem da produção do provimento final no processo administrativo, como pontua Odete Medauar, citada por Nelson de Figueiredo, que afirma:

A combinação dos incs. LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.²⁵

Odete Medauar, ao discorrer acerca dessa mudança da relação entre cidadãos e Administração Pública, observa que:

Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público. O processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa.²⁶

Seguindo esse raciocínio, Nelson de Figueiredo afirma que “nos regimes democráticos só o processo, como instrumento de conformação da vontade estatal ao direito é capaz de reduzir a discricionariedade e a subjetividade dos atos administrativos, de modo a concretizar o primado da legalidade.”²⁷

Ainda pontua Lúcia Valle Figueiredo que “o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois abriga, necessariamente, também a submissão ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.”²⁸

A lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê expressamente em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, que nos processos administrativos será observada “a atuação conforme a lei e o Direito”, que se traduz no princípio da legalidade, conforme pondera Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *in verbis*:

²⁵ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 83. *Apud*: FIGUEIREDO, Nelson. Obra citada, p. 575.

²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 164.

²⁷ FIGUEIREDO, Nelson. *A eficácia da ampla defesa no processo administrativo disciplinar*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 573.

²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 441.

[...] melhor que falar em princípio da legalidade é proclamar-se a existência de um princípio da juridicidade – em estrita afinação, aliás, com o que comanda a própria Lei 9.784/1999, que prescreve à Administração uma atuação segundo a lei e o Direito.

O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência de legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto.²⁹

Nesse ponto, Lúcia Valle Figueiredo destaca a íntima relação entre o princípio da legalidade e o devido processo legal, conforme lição anotada por Romeu Felipe Bacellar Júnior:

O princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não-formal. Em sua faceta substancial – igualdade substancial – não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.³⁰

Ainda, Lúcia Valle Figueiredo assim se posiciona sobre o tema:

Inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o *due process of law* quando fosse cumprido o *due procedural process of law*. Em outro falar, o procedimento do devido processo legal. Cumprido, então, o procedimento, considerava-se cumprido o *due process of law*.

Modernamente assim já não mais é, porque, conforme já dissemos, o *due process of law* passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal – quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem que está contido, no *due process of law*, conteúdo material. Somente respeitará o *due process of law* a lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais.³¹

Nelson Figueiredo pontua que “a importância atribuída ao processo na sociedade contemporânea decorre da constatação, hoje indiscutível, de que somente pela processualização da atividade estatal é possível alcançar os objetivos do Estado de Direito.”³²

²⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 73/74.

³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento*. Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995. Apud: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Obra citada, p. 706.

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 443.

³² FIGUEIREDO, Nelson. *A eficácia da ampla defesa no processo administrativo disciplinar*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 574.

2.2.1 Princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, trouxe de forma explícita o princípio do devido processo legal; sendo assim, não se pode deixar de fazer uma análise mais técnica a partir da doutrina constitucionalista.

O constitucionalista, Alexandre de Moraes, assim o explica:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto num âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).³³

Nesse passo, não é demais asseverar que os princípios do devido processo legal e contraditório e da ampla defesa devem ser amplamente observados no processo administrativo disciplinar.

A exigência do devido processo legal, garantia advinda do direito inglês “*due process of Law*”, tendo como corolários as garantias de ampla defesa e contraditório, é um princípio explícito constitucional. Assim, a Administração não pode deixar de observá-lo em todo processo administrativo, não apenas no processo disciplinar.

Não se admite, no atual ordenamento, a aplicação de penalidade ao servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração. Obrigatoriamente, o rito a ser seguido é o da lei nº 8.112, de 11/12/90, aplicando-se subsidiariamente a lei nº 9.784, de 29/01/99, e subsidiariamente o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil.

Essa cláusula repercute tanto em aspecto formal quanto material, ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades previstas em lei como também deve conter decisões razoáveis e proporcionais. Esses são os princípios implícitos da razoabilidade e proporcionalidade previstos na Constituição, bem ainda expressamente consignados no art. 2º da lei nº 9.784/1999, *in verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.³⁴

³³ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004, p. 124.

³⁴ BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Dessa forma, deve-se assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação para aplicação de penalidade. Esse rito deve permitir ao acusado ser notificado, a fim de poder se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada, etc.

Decorre ainda do devido processo legal a garantia da não autoincriminação, pois o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Assim, está escrito no art. 5º da Constituição da República:³⁵

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A jurisprudência do STF é pacífica ao entender que o princípio do devido processo legal é inarredável.

STF. Agravo de Instrumento nº 241.201: Ementa: [...] O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.³⁶

E com o atual ordenamento constitucional não há mais dúvida de que, mesmo em se tratando de processo administrativo, como decorrências do devido processo legal, bastando que haja conflito de interesses aplicam-se a esse rito da lei nº 8.112, de 11/12/90, as garantias

³⁵ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 1992, a 26, de 2000, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº 1 a 6, de 1994. 13ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20 de novembro de 2011.

individuais do contraditório e da ampla defesa, como se vê do art. 5º, da C.R. de 5.10.88, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por fim, não é demais asseverar que os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa devem ser amplamente observados no âmbito da Administração Pública.

Outro princípio que deve ser mencionado é o do contraditório, que se traduz na possibilidade de os processados judicial ou administrativamente utilizarem-se de todos os meios probatórios lícitos que possam vir a influenciar no convencimento do juiz (ou da comissão processante e autoridade administrativa). Incumbe às partes o direito de produzir todas as provas admitidas no Direito e, também, de ter a devida valoração de seus argumentos pelo órgão jurisdicional/administrativo. Os acusados também têm o direito de ser cientificados de todos os atos do processo, antes que o juiz/autoridade administrativa profira sentença/decisão administrativa, sob pena de nulidade.

A essência do contraditório é a igualdade de oportunidade que se põe à disposição das partes perante a lei. Pelo princípio acima exposto, verifica-se de plano uma proibição à restrição da defesa. O réu tem direito de saber qual é a acusação que lhe é imputada para que possa se defender e para que não seja condenado sem ser ouvido.

Corroborando nosso pensamento, Fernando da Costa Tourinho leciona que:

De acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e acima delas, o Órgão Judicial, como órgão *superpartes*, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu.³⁷

Por sua vez, Nelson Nery Junior assevera que:

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4., p. 49.

Por contraditório deve-se entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos.³⁸

Esse autor também ensina que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.³⁹

Sem dúvida, à Administração não cabe senão ouvir o acusado em processo administrativo, pois se tal não ocorrer, o processo estará fatalmente maculado e nulo de pleno direito.

A presença de todos litigantes no processo é uma garantia constitucional inarredável no Estado Democrático de Direito. Com efeito, entende-se como princípio do contraditório a igualdade das partes no processo, ou seja, sempre que uma parte se manifestar, a outra deverá ter ciência e oportunidade para também se manifestar. A comissão processante, em hipótese alguma poderá subtrair das partes tal garantia que tem *status* de Direito Constitucional.

Esse entendimento é esposado pelo processualista Fernando Capez, em se tratando de processo judicial e também de processo administrativo disciplinar, *in verbis*:

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-juiz, equidistantes das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dada a outra manifestar-se em seguida. Por isso o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação.⁴⁰

Desse modo, o princípio da ampla defesa garante ao acusado o direito de defesa técnica e de autodefesa, tanto no âmbito jurisdicional quanto no administrativo. No que se refere aos meios de defesa, esta se subdivide em defesa técnica e autodefesa: a primeira é direito indisponível do acusado, ou seja, o acusado não tem a faculdade de rejeitar tal defesa,

³⁸ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

³⁹ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19.

enquanto que da segunda pode o acusado dispor, sendo que uma das formas de seu exercício é o direito de permanecer em silêncio nos interrogatórios, previsto na Constituição.

Ressalte-se que muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha editado a súmula vinculante n. 5,⁴¹ que dispõe da não obrigatoriedade da defesa técnica, não concordamos com tal posicionamento, uma vez que tal Súmula afronta o inciso LV do art. 5º da C.R/88. Não se deve confundir obrigatoriedade em indicar um advogado com obrigatoriedade de defesa técnica. A defesa técnica pode ser realizada por bacharel em Direito, não necessariamente um advogado inscrito na ordem dos advogados.

2.2.2 Princípios da proporcionalidade, razoabilidade

Um dos princípios constitucionais que ganha cada vez mais relevo é o princípio da proporcionalidade. Nele, é possível visualizarmos duas funções distintas. A primeira delas configura-se como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação do Estado quando este impõe limites a esses direitos.

O princípio da proporcionalidade funciona como critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, através do qual se faz um juízo comparativo, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto.

Paulo Bonavides ressalta essa função em sua obra:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.⁴²

É de se destacar o fato de o princípio da proporcionalidade não constar expressamente na Constituição da República, ou seja, não há empecilho jurídico para seu reconhecimento. Embora esteja “*implícito*” na Constituição, a sua aplicação pelos demais poderes é obrigatória, incluindo aí o Poder Judiciário, pois assim dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º, da CR/88: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.*”

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE N. 5 “A FALTA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO.” WWW. STF.GOV. BR. Acesso em 4 de junho de 2013.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 425.

Corroborando tal assertiva, Paulo Bonavides afirma que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivado em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.⁴³

Assim, com já dito, a utilidade desse princípio constitucional reside, sobretudo, nas ocasiões em que ocorrerem conflitos entre princípios, ou entre eles e as normas jurídicas, bem como entre valores tutelados por essas normas. Para dirimir esses embates, o princípio da proporcionalidade será importantíssimo, pois pode ser usado como critério para solucionar da forma mais conveniente as demandas, ao sopesar o instante em que se deve aceitar prioritariamente um e desatender o mínimo possível o outro princípio, norma jurídica ou valor tutelado.

Para o processo administrativo disciplinar, a utilização desse princípio é de fundamental importância, pois dessa forma poderemos saber qual valor deve ser adotado no momento da aplicação da sanção disciplinar, bem como se a quantidade de pena é suficiente para reprimir o cometimento de ilícitos administrativos.

Outro princípio que tem ligação direta com o princípio da proporcionalidade é o da razoabilidade. Segundo Hely Lopes Meireles,⁴⁴ do princípio da razoabilidade decorre o da proporcionalidade, eles estão ligados conceitualmente.

O princípio da razoabilidade está intimamente ligado ao da discricionariedade administrativa. Muito embora a forma como o ato administrativo discricionário será praticado não esteja previsto em lei, ele há de obedecer a certos parâmetros e um deles é a razoabilidade.

Hely Lopes Meireles assim define a razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que ao serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 436.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 101. “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade.”

atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu íbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito.⁴⁵

E ainda acentua o autor que “fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).”⁴⁶

No direito administrativo disciplinar, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estão expressos no art. 2º da lei nº 9.784/1999, que trata do processo administrativo.

A razoabilidade, no Direito Disciplinar, deve permear a aplicação das sanções, uma vez que não há mínimo e máximo de pena, salvo a sanção de suspensão em que o mínimo é um dia e o máximo é 90 dias (art. 130, da lei nº 8.112/1990), e mesmo a aplicação da suspensão necessita de um juízo de proporcionalidade. Assim, deve-se sempre ter em mente que a punição de um servidor tem de buscar uma finalidade pedagógica. Nesse ponto, pode-se até afirmar que em muitos casos a punição poderá ser afastada, sendo substituída, por exemplo, por um “*termo de ajustamento de conduta*”, do qual discorreremos nesse livro em capítulo próprio.

Todavia, esse tipo de conciliação ainda não está previsto na Lei Federal n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais) – embora alguns órgãos federais utilizem o TAC aprovado por resoluções internas – pois somente a lei pode afastar a aplicação da sanção administrativa. Mas, sem dúvida, poderá ser um instrumento de grande valia a ser usado em substituição de penalidade administrativa. Porém, deve-se ter em mente que apenas para algumas condutas mais leves deve utilizar-se do “*termo de ajustamento de conduta*”. Condutas que possam implicar em demissão não reclamam o instituto do “*termo de ajustamento de conduta*.”

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 99.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 100.

2.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Por fim, deparamo-nos com o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III do art. 1º da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

O princípio da dignidade da pessoa humana remonta a séculos. Entretanto, ficou mais conhecido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo I, que estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”⁴⁷

Na verdade, a dignidade da pessoa humana é um *fundamento* da República Federativa do Brasil. É um pilar sem o qual haveria um colapso na República. Esse princípio deve ser efetivado pelo Estado, pois não adianta estar previsto na Constituição sem que ele o implemente em sua relação com os cidadãos.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é tão grande que não consta apenas no art. 1º, inciso III, da Constituição da República, mas no art. 170, *caput*, ao tratar da ordem econômica; do art. 226, §7º, capítulo que trata da família, da criança e do idoso, e ainda na legislação especial das minorias, tais como os índios, negros, deficientes e mulher.

Esse princípio deve ser observado em todo sistema jurídico, não importando que a lei infraconstitucional não faça referência a ele, como não fez a lei federal n. 9.784/1999.

Alexandre de Moraes acentua que:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade humana. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e

⁴⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 3 de junho de 2013.

responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁴⁸

Luís Roberto Barroso faz também importante observação acerca desse princípio:⁴⁹

[...] a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar:

- a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado [...]
- b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à Lei ordinária [...]
- c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.”

Ora, como se vê, não é diferente no Direito Administrativo Disciplinar, que deve observar estritamente o princípio da dignidade humana na relação entre Administração e administrado.

2.2.4 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade aplicado na dosimetria da penalidade

A dosimetria da sanção imposta ao servidor público não está muito clara na lei nº 8.112/1990; entretanto, ao ler os dispositivos concernentes à aplicação de sanção, verifica-se que alguns parâmetros devem ser observados para sugerir e/ou aplicar a pena. Vejamos os dispositivos:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 9 ed., 2001, p. 52.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 237/238.

VI - destituição de função comissionada.

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. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Primeiramente, vê-se que a comissão deverá escolher dentre as penalidades previstas no art. 127. E para isso, deve considerar a natureza e a gravidade do ilícito administrativo praticado pelo servidor, os danos que dele provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais previstos no art. 128 da mesma lei. Assim, não resta dúvida de que a dosimetria da penalidade não pode ser feita aleatoriamente. Por fim, o art. 165, §2º reforça a ideia de que a aplicação da penalidade deve obedecer a critérios previamente estabelecidos na lei.

Assim, não há dúvidas que devem ser observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade previstos na CR/88 e no art. 2º da lei nº 9.784/1999, como os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido, pois somente com a aplicação desse princípio é que se chegará a uma pena justa.

3. CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais, tais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, devem ser o sustentáculo do Direito Administrativo Disciplinar, pois ao não se observá-los o administrador está fadado a emitir atos ou decidir ilegalmente, para não dizer inconstitucionalmente. Os princípios são norte para toda e qualquer decisão quer administrativa, quer penal, quer cível. Não se pode descurar deles, sob pena de o cidadão se

ver alijado de uma decisão justa, na medida em que os princípios tornam as decisões conforme a Constituição Federal a qual todos devem obediência no Estado Democrático de Direito.

No Direito Disciplinar, há inúmeros princípios que devem nortear as decisões administrativas. Todavia, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade são de primordial importância para que a autoridade administrativa decida com justiça ou para que a comissão seja justa quando propuser uma penalidade para o servidor público.

Infelizmente, na maioria dos casos, as autoridades administrativas têm abandonado a observância aos princípios para se lançar num casuísmo sem precedentes, amesquinhando-se as decisões administrativas as quais não refletem a realidade encontrada no processo.

Todavia, não se pode em nome do casuísmo assim proceder sob pena da autoridade responder administrativa, civil e penalmente.

O Direito Administrativo Disciplinar deu uma grande guinada após a Constituição Federal de 1998. Anteriormente a CR/88, havia um grande casuísmo na condução do processo disciplinar e as decisões sancionadoras dificilmente refletia a realidade do processo, mas sim uma cadeia de casuísmo. A grande transformação ocorrida da CR/88 para o Direito Disciplinar foi a obrigatoriedade da observância, não só dos princípios da devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas também dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana.

As decisões administrativas passam a ter um controle mais rígido em cotejo com esses princípios. O processo disciplinar começa a ser delineado de forma a tratar o servidor, acusado, como sujeito de direitos e não mais objeto.

Por fim, deve-se asseverar que o Direito Disciplinar somente pode atingir seu fim se aplicados os princípios constitucionais para a condução do processo e, ainda, mais para embasar as sanções administrativas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã). São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 1992, a 26, de 2000, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº 1 a 6, de 1994. 13ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE N. 5 “A FALTA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO.” WWW. STF.GOV. BR. Acesso em 4 de junho de 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20 de novembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 3 de junho de 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Sérgio. *Instrumentos de Defesa do Administrado*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986. *Apud*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento*. Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995. *Apud*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe.

FIGUEIREDO, Nelson. *A eficácia da ampla defesa no processo administrativo disciplinar*. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 83. *Apud*: FIGUEIREDO, Nelson.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 9 ed., 2001.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004.

OLIVEIRA, Luiz Otávio Santos. Monografia de Processo Administrativo Disciplinar: *A insustentabilidade jurídica do vigente regime disciplinar dos servidores públicos federais* – apresentada à UCAM – Universidade Cândido Mendes - Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito para obtenção de grau de especialista. Belo Horizonte, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 615.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição – Entre o texto e o contexto*. 1ª edição. São Paulo: Baraúna, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4.