

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA FLÁVIA DE OLIVEIRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS AOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

BRASÍLIA

2011

JULIANA FLÁVIA DE OLIVEIRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS AOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília.

Orientador: Professor Nicolao Dino

**BRASÍLIA
2011**

JULIANA FLÁVIA DE OLIVEIRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS AOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta por:

Prof. Nicolao Dino
Orientador

Prof. Mamede Said Maia Filho
Examinador

Prof. Cristiano Soares Barroso Maia
Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Dimas e Bárbara Oliveira, pelo incentivo e apoio incondicionais e fundamentais ao sucesso da jornada que ora se encerra.

Agradeço ao meu orientador, professor Nicolao Dino, pela valiosa contribuição no aperfeiçoamento deste trabalho.

“A força do direito deve superar o direito da força.”

Rui Barbosa

RESUMO

A presente monografia enfrenta a problemática do controle jurisdicional das sanções administrativas disciplinares aplicadas aos servidores públicos civis federais. Busca delimitar o alcance do referido controle, numa tentativa de definir parâmetros que possam servir ao combate das arbitrariedades cometidas pela Administração Pública no âmbito da atividade disciplinadora interna. Para compreender a função estatal de controle, que funciona como pressuposto da temática proposta, necessário investigar a conformação político-constitucional do Estado brasileiro, com destaque para a compreensão do papel desempenhado pela Administração Pública e do regime jurídico-administrativo que orienta sua atuação. Além disso, o exame analítico do regime disciplinar instituído pela Lei nº 8.112/90, com enfoque nas infrações e penalidades previstas pelo Estatuto, se torna fundamental ao conhecimento das balizas que orientam a atividade disciplinadora no âmbito da Administração federal. Após as considerações iniciais imprescindíveis, a pesquisa se volta ao cerne da investigação, cujas conclusões apontam para a possibilidade de amplo controle judicial dos atos disciplinares. A assertiva se apoia, inicialmente, na ausência de impedimentos à sindicabilidade dos atos disciplinares praticados no exercício da discricionariedade administrativa, necessariamente cingida aos princípios de ordem constitucional que visam à proteção dos direitos subjetivos do servidor público, bem como ao cumprimento do dever fundamental da boa administração. Além disso, a conclusão se fortalece pela constatação de que, em matéria disciplinar, o espaço para a discricionariedade é mínimo, encontrado em hipóteses bastante restritas, o que corrobora com a tese da ampliação do controle jurisdicional dos atos disciplinares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo disciplinar, sanção disciplinar, função de controle, controle jurisdicional, alcance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE JURISDICIONAL	12
1.1 O Estado de Direito e as primeiras limitações ao poder.....	12
1.2 O Estado brasileiro na Constituição de 1988: breve delineamento constitucional.....	14
1.2.1 O controle do poder.....	15
1.3 O regime jurídico-administrativo em linhas gerais.....	18
1.4 O controle da Administração Pública.....	21
1.4.1 Controle jurisdicional dos atos administrativos.....	22
1.4.2 Possibilidade de controle dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa.....	24
2 O REGIME DISCIPLINAR APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO, DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS	28
2.1 O poder disciplinar da Administração Pública.....	29
2.2 O regime disciplinar na Lei nº 8.112/90: uma introdução ao Estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.....	31
2.2.1 Tipificação das condutas infracionais.....	32
2.2.2 Sanções administrativas disciplinares: um resumo das penalidades cominadas.....	38
2.2.3 Critérios para fixação da penalidade.....	42
3 CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES: LIMITES E POSSIBILIDADES	45
3.1 Discricionariedade administrativa e exercício do poder disciplinar.....	46
3.2 A questão dos conceitos jurídicos indeterminados na Lei nº 8.112/90.....	52
3.3 Autonomia entre as instâncias e amplo acesso à Justiça.....	56
3.4 Resultado do controle jurisdicional: anulação ou substituição da sanção?.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a Administração Pública cumpre um papel primordial no desempenho de atividades voltadas à satisfação das necessidades e dos interesses públicos. Para tanto, ela conta com a colaboração dos servidores públicos, encarregados de realizar, com zelo e dedicação, as atribuições do cargo que ocupam.

Ocorre que, algumas vezes, os servidores deixam de atender aos deveres e responsabilidades que lhes são atribuídos, prejudicando, com sua conduta desviada, o bom funcionamento dos serviços públicos. Nessas situações, incumbe à Administração a manutenção da disciplina administrativa, cabendo-lhe a apuração das infrações funcionais e a aplicação das penalidades cabíveis aos servidores faltosos.

A atividade disciplinar, no entanto, assim como todas as demais expressões do poder estatal, não pode ser exercida ao arbítrio do administrador, estando sempre vinculada à lei e ao Direito. É nesse contexto que surge a necessidade de um controle jurisdicional dos atos disciplinares, como mecanismo de verificação da legitimidade dos atos administrativos praticados no exercício do poder disciplinar.

O presente trabalho projetar-se-á exatamente em torno da temática que envolve o controle jurisdicional sobre a aplicação de sanções disciplinares a servidores públicos, preocupando-se, na essência, com a delimitação do alcance desse mecanismo controlador.

Por necessidade de limitação do tema, a investigação terá como foco o regime disciplinar instituído pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicável aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Assim, não serão analisados outros regimes aplicáveis a categorias mais específicas, como a dos servidores estaduais e municipais. Em todo caso, a relevância do estudo ora empreendido não pode ser subestimada, haja vista que muitos dos institutos e preceitos da Lei federal foram aproveitados por Estados e Municípios para o estabelecimento dos seus respectivos regimes, de forma que as conclusões alcançadas ao final podem ser emprestadas às demais esferas da Administração, a depender do grau de semelhança entre os regimes específicos e o regime federal.

Com enfoque no regime disciplinar aplicável aos servidores públicos federais, portanto, buscar-se-á uma resposta ou, ao menos, um norte para a solução do seguinte problema: quais os limites e as possibilidades do controle jurisdicional exercido sobre a aplicação de sanções disciplinares, pela Administração Pública, aos seus servidores?

A investigação do problema se justifica na medida em que a ausência de uma resposta unívoca tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência favorece a disseminação de medidas sancionatórias muitas vezes arbitrárias, impostas pelo administrador público sem a necessária observância dos parâmetros legais e principiológicos que balizam a atividade sancionadora.

Assim, de um lado, perpetua-se a afronta aos direitos subjetivos dos servidores públicos, que, em alguns casos, não se faz cessar nem mesmo com o apelo ao Judiciário, haja vista que muitos juízes ainda permanecem inertes diante da atuação administrativa ilegítima, simplesmente por entenderem que não podem adentrar no âmbito de competência próprio de outro poder. De outro lado, também não são raras as situações em que, alegando atuar sob o manto inviolável da discricionariedade administrativa, o administrador público deixa de punir infrações funcionais a que a Lei expressamente cominou penalidades – ou, mesmo punindo, afasta-se da prescrição legal – patrocinando uma indesejável impunidade no âmbito interno da Administração.

À luz do Estado Democrático de Direito, servirá de ponto de partida para a presente pesquisa a hipótese de que o controle jurisdicional deve ser amplo, alcançando todos os aspectos do ato administrativo sancionador, de forma a não restar espaço para que o administrador, se afastando dos princípios constitucionais pertinentes e da normatização conferida pela Lei nº 8.112/90, exerça com arbitrariedade o poder disciplinar.

Em contribuição teórica à confirmação da hipótese suscitada, será necessário resgatar o referencial oferecido por Montesquieu, quando da formulação da teoria apelada de “separação dos poderes”, sem que se prescindia de uma releitura mais moderna do tema, adequada à pluralidade e à dinamicidade da sociedade moderna e às inesgotáveis possibilidades de conformação do poder.

Além disso, com vistas à elucidação do problema proposto, a investigação se conduzirá, ao longo dos capítulos, segundo alguns objetivos específicos: (i) esclarecer a possibilidade de reexame judicial dos atos administrativos em geral; (ii) examinar o regime jurídico disciplinar da Lei nº 8.112/90, bem como as peculiaridades dos atos administrativos disciplinares; e (iii) resolver questões pontuais que possam resultar numa maior ou menor abrangência do controle jurisdicional sobre a aplicação de sanções disciplinares a servidores públicos.

O cumprimento de cada um desses objetivos será viabilizado, essencialmente, mediante o uso da dogmática jurídica, que impõe a investigação do tema de pesquisa a partir de três vertentes: doutrina, legislação e jurisprudência. A revisão

bibliográfica será fundamental para a apresentação do problema e das orientações já traçadas pela doutrina. A análise da legislação, por sua vez, poderá ser útil na identificação de elementos positivados que, compreendidos à luz da hermenêutica jurídica, possam indicar caminhos para o deslinde da matéria. Por fim, a jurisprudência será utilizada para ilustrar o tratamento conferido pelos tribunais aos tópicos levantados.

A pesquisa será apresentada a partir de uma estrutura dividida em três capítulos, organizados em sequenciamento que favoreça a evolução e o encadeamento das ideias.

O primeiro capítulo será dedicado à indispensável apresentação do contexto jurídico no qual a temática central da pesquisa se insere. Para isso, será necessário compreender as feições que o modelo de Estado Democrático de Direito assume no direito brasileiro. Em seguida, tomando como referencial a teoria da “separação dos poderes”, buscar-se-á delimitar o papel exercido pela Administração Pública no cenário constitucional brasileiro para, então, debruçar-se sobre os contornos gerais do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos no ordenamento pátrio.

Cumprida a exigência de contextualização do presente trabalho e introduzido o debate sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, o segundo capítulo será destinado ao exame do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos federais, donde surgem as sanções disciplinares como atos suscetíveis de controle jurisdicional. Após discorrer sobre o poder disciplinar da Administração Pública, os esforços serão concentrados na análise do regime disciplinar instituído pela Lei nº 8.112/90, com foco na compreensão da técnica de tipificação das condutas infracionais e de fixação das penalidades.

O terceiro e último capítulo será responsável por coligar os caminhos trilhados no primeiro e segundo capítulos, adentrando, então, no cerne da pesquisa: a investigação acerca dos limites e possibilidades de alcance do controle externo exercido pelo Poder Judiciário sobre a aplicação de sanções disciplinares, pela Administração Pública federal, aos servidores públicos estatutários.

A revisão bibliográfica adquirirá, então, especial relevância para a apresentação e elucidação de alguns aspectos pontuais que possam representar óbices ou, ao revés, avaliar a ampliação do controle judicial sobre a aplicação de sanções disciplinares aos servidores públicos federais. Além disso, a jurisprudência será invocada como forma de ilustrar o debate e, sempre que possível, reforçar um ou outro entendimento porventura consignado.

Ao final, buscar-se-á revelar qual o resultado juridicamente viável do exercício do reexame judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais, mediante a delimitação do papel do juiz no que diz respeito à anulação da sanção inadequada e à possibilidade (ou não) de especificação da penalidade devida por sentença judicial.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE JURISDICIONAL

Antes de iniciar o estudo acerca do controle jurisdicional das sanções disciplinares aplicadas pela Administração Pública aos seus servidores, faz-se mister a apresentação do contexto jurídico no qual a temática se insere.

Por necessidade de limitação do tema, serão evitados maiores detalhamentos acerca da evolução dos diversos paradigmas de Estado, para focar somente naquele que se apresenta, hoje, como plano de fundo para todas as relações que se estabeleçam no atual contexto da ordem jurídica nacional: o Estado (Democrático) de Direito.¹

Ressalte-se que a compreensão do modelo de Estado adotado por determinado ordenamento torna-se especialmente relevante em questões que envolvam o trato da Administração Pública com particulares – como a que será explorada neste trabalho – ou, tomando por empréstimo as definições de Sundfeld (2007, p. 22), as relações entre o Estado-poder e o Estado-sociedade. Afinal, é exatamente nessas relações que se revela a faceta mais proeminente do Poder Estatal e, bem por isso, torna-se fundamental precisar os contornos a que está subjazido o próprio Estado.

A partir daí, passando ainda pelas considerações acerca da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, será possível determinar com maior tranquilidade o papel exercido pela Administração Pública no Estado de Direito, o regime jurídico-administrativo vigente e os contornos gerais do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos no ordenamento pátrio.

1.1 O Estado de Direito e as primeiras limitações ao poder

Inicialmente, apreende-se do próprio sentido literal da expressão, e com certa obviedade, a ideia do que seria um Estado de Direito: é aquele cujos limites são definidos pelo Direito, um Estado que se sujeita às normas jurídicas no exercício do poder.

No entanto, em que pese a correção da afirmativa, é preciso avançar para compreender toda a complexidade que envolve as relações entre Estado e Direito nesse

¹ Para um estudo mais aprofundado acerca da evolução histórica do Estado, consultar Bonavides (2003). Já no primeiro capítulo da obra, o autor aborda o advento do Estado Moderno, retomando, para a correta compreensão do fenômeno, as raízes históricas da formação do Estado e a sua evolução histórica, desde o surgimento do Estado Antigo até a consolidação do Estado constitucional da democracia participativa. Na tarefa de traçar a linha de evolução dos diversos paradigmas de Estado, Bonavides discorre, ainda, sobre o absolutismo do Estado Moderno, o princípio da separação dos poderes e a abordagem dos direitos fundamentais no Estado Constitucional.

modelo que os une de maneira a formar um conjunto harmônico indissociável, com delineamento próprio.

Historicamente, o Estado de Direito surgiu como fruto das revoluções liberais do século XVIII, especialmente as revoluções Americana e Francesa, representando uma tentativa de amenizar o imenso poder conferido ao soberano e evitar abusos cometidos com o uso do domínio político. O esforço se justificava, à época do Estado absolutista, pela total ausência de limitações ao poder do soberano, como explicita Sundfeld (2007, p. 34) em anotações acerca da centralização do poder experimentada na Idade Moderna:

O poder soberano não encontra limitação, quer interna, quer externa. Será, por isso, insuscetível de qualquer controle. Parecia, ao espírito da época, que quem detinha o poder – de impor normas, de julgar, de administrar – não poderia ser pessoalmente sujeito a ele: ninguém pode estar obrigado a obedecer a si próprio.

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina identifica, sem grandes divergências, o surgimento do Estado de Direito simultaneamente à imposição de freios à atividade estatal por meio da lei ou, em outras palavras, no momento em que o próprio Estado se submete às leis por ele criadas (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 42-43).

É então que começa a se desenhar o cenário que permitirá a condução do presente trabalho, uma vez que, superado o período absolutista, passa-se a admitir como possível – e até mesmo indispensável – o controle sobre o exercício do poder², o qual se explorará mais adiante, sob a ótica delimitada do direito disciplinar.

Por ora, destaque-se a percepção da doutrina acerca da importância da função de controle para o delineamento do chamado Estado de Direito:

O que há de significativo neste novo período é que os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência – no momento em que atuam – a certas normas jurídicas cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários. (SUNDFELD, 2007, p. 35)

É certo que a configuração desse modelo de Estado vinculado às normas jurídicas não se deu de maneira uniforme ou estanque. Posteriormente, outras características foram se incorporando e dando forma ao Estado de Direito tal qual o conhecemos hoje. Além disso, exigências de cunho democrático e social determinaram o desenvolvimento de um novo paradigma, a que se chama hoje Estado Democrático e Social de Direito.

Mais uma vez, no entanto, é preciso concentrar energia naquilo que se apresenta essencial à temática ora abordada. Em resumo, o elemento a ser frisado é a sujeição

² Silva, J. (2004, p. 156) destaca que “o Estado de Direito, no âmago das concepções liberais, deveria se ocupar primordialmente da limitação de abusos por parte do poder público e da garantia dos chamados direitos individuais de primeira geração (vida, liberdade, propriedade etc.)”. É nesse sentido que a autora relembra a expressão “Estado mínimo”, por vezes utilizada pelos estudiosos da teoria do Estado para ressaltar a característica da prestação estatal negativa, muito presente na ideia de Estado de Direito, e em completa sintonia com um modelo de Estado preocupado em não macular os direitos individuais, mediante o controle do exercício do poder político.

do Estado ao ordenamento jurídico-normativo e, por conseguinte, os limites impostos à atuação estatal pelas normas jurídicas, características inarredáveis do Estado de Direito. Para arrematar, tem-se, em linhas gerais, a definição do Estado de Direito como:

um sistema de normas democraticamente estabelecidas que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) **legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial;** e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 44, grifo nosso)

1.2 O Estado brasileiro na Constituição de 1988: breve delineamento constitucional

Embora não se possa falar propriamente em inovação, é certo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou, na história do constitucionalismo nacional, a consagração do paradigma do Estado Democrático de Direito, ao qual foram agregados, ainda, ideais sociais tais como a igualdade e a solidariedade.

Esse princípio estruturante do Estado brasileiro permeou a elaboração de todo o documento constitucional, servindo de fundamento tanto à garantia dos direitos individuais, quanto à de muitos outros orientados à participação dos cidadãos nas decisões políticas do país e ao desenvolvimento e justiça sociais.

A opção firme do constituinte por um modelo marcado por feições sociodemocráticas e com balizamento determinado pelo ordenamento jurídico previamente estabelecido é revelada, com bastante evidência, já no texto preambular da Carta Magna hodierna, bem como em seu artigo primeiro, conforme se verifica abaixo:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988:

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

TÍTULO I
Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º 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:

I – a soberania;
 II – a cidadania;
 III – a dignidade da pessoa humana;
 IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V – o pluralismo político.
 Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.** (grifos nossos)

Tratando especificamente do caráter de vinculação à lei presente na formulação do Estado de Direito, o texto constitucional apresenta inúmeros dispositivos que buscam limitar a atuação estatal frente aos direitos dos cidadãos. Exemplo disso são as garantias do art. 5º da Constituição Federal, que enumera um rol de direitos individuais e coletivos oponíveis não apenas aos particulares, mas também ao poder do Estado.

Ilustrativamente, é possível citar a garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei” (inciso II), a inafastabilidade do Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV) e a garantia do devido processo legal (inciso LIV, todos do art. 5º da Constituição Federal). Sob a perspectiva das relações entre o Estado-poder e o Estado-sociedade, todos estes exemplos representam, de uma maneira ou de outra, limitações ao Estado quando no exercício do poder político, uma vez que não poderá, jamais, obrigar um cidadão a realizar algo que não esteja previamente definido em lei, nem poderá praticar atos sem a observância do devido processo legal, estando, ainda, sujeito à apreciação do Poder Judiciário quando provoque lesão ou ameaça a direito.

Outro aspecto do desenho constitucional do Estado de Direito brasileiro que merece atenção é a configuração tripartite da estrutura do poder. A importância do assunto, a merecer atenção privilegiada no subtópico seguinte, é evidente na medida em que é justamente a distinção das atividades estatais, a serem desempenhadas por diferentes órgãos do Estado, que viabiliza o controle do poder político, de que serve de exemplo o controle jurisdicional dos atos disciplinares praticados pela Administração Pública.

1.2.1 O controle do poder

Já se disse que a maior preocupação do Estado de Direito, em sua origem, era a de resguardar os governados de abusos e arbitrariedades passíveis de serem cometidos por aquele que detém o poder em uma sociedade. Tal controle somente seria possível mediante a sujeição do Estado a um ordenamento jurídico previamente estabelecido. No

entanto, ainda poderiam pairar dúvidas sobre a efetividade de uma limitação ao poder político determinada por normas jurídicas proclamadas no exercício desse mesmo poder, considerando o risco de confusão, num mesmo polo, de funções aparentemente colidentes.

A solução surge a partir da ideia de que o exercício do poder deve ser dividido entre órgãos distintos, que se controlem mutuamente, em oposição ao modelo de centralização adotado pelo Absolutismo. Referida, nos dias de hoje, sob a alcunha de “separação dos poderes”³, a formulação teórica mais enfática sobre o assunto coube a Montesquieu, na obra “Do Espírito das Leis”, datada de 1748.

A principal contribuição de Montesquieu foi indicar – com um acerto que o fez referência para a constituição da maioria dos Estados Modernos⁴ – a distinção das atividades públicas como o modo mais eficaz de controle do abuso do poder estatal. A clareza das lições de Montesquieu (2002, p. 164-165) torna inevitável a citação clássica:

[...] a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem o diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.

O filósofo francês avança, ainda, indicando as três funções ou formas mediante as quais se manifesta o poder, esclarecendo que cada uma deve ser atribuída a diferente autoridade, com independência em relação às demais, de forma a evitar distorções que acabem por aniquilar a liberdade dos indivíduos.⁵

Sundfeld (2007, p. 43), em esquema bastante didático, esclarece:

à separação de órgãos (Poderes), corresponde uma distinção de atividades (funções), que produzem diferentes atos, como segue: Poder Legislativo – função legislativa – lei; Poder Executivo – função administrativa (ou Governo) – ato administrativo; Poder Judiciário – função jurisdicional (ou justiça) – sentença.

³ Em que pese o uso repetido da expressão pela doutrina, Chevallier (2002, p. 139), em comentários à obra de Montesquieu, alerta que “o que se supõe não é o poder único e concentrado, mas uma fragmentação do poder e certa distribuição de poderes separados. A expressão clássica ‘separação de poderes’, aliás nunca empregada por Montesquieu, é bem chã, bem débil para exprimir noção tão rica”. Meirelles (2007, p. 61) acrescenta que o filósofo francês referiu-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre os Poderes”, do que certamente se pode extrair o sistema de *checks and balances* dos ingleses e norte-americanos ou o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro. Por outro lado, a referência a uma “divisão” ou “separação de Poderes”, como se estes fossem estanques e incomunicáveis, representa grave deturpação do pensamento de Montesquieu, haja vista que é exigência para o próprio funcionamento do Governo a interação dos três Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário, cujos órgãos compõem, conjuntamente, a Administração.

⁴ A respeito, vale mencionar o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que se assinalou que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁵ “Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamaremos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’. [...] Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.” (MONTESQUIEU, 2002, p. 165-166).

Indispensável ressaltar, no entanto, que tais atividades não são realizadas com exclusividade por um ou outro Poder.⁶ O que se pretende com a distinção é apenas identificar a função ou atividade predominante de cada Poder, exercida com independência e harmonia em relação aos demais. Assim, incumbe ao Legislativo também o exercício da função administrativa, por exemplo, ao praticar atos de nomeação ou exoneração de seus servidores. Da mesma maneira, não deve causar estranheza a possibilidade de que o Judiciário profira sentenças com verdadeiro caráter normativo, como se dá, por exemplo, com as chamadas sentenças aditivas emanadas das cortes constitucionais em sede de controle de constitucionalidade.⁷

Seja como for, o que importa ressaltar é que a divisão do exercício do poder político entre órgãos distintos, acompanhada necessariamente da ideia de controle mútuo, é o que torna possível a sobrevivência do Estado de Direito, pois somente assim se assegura a superioridade da lei, estando sujeito ao controle jurisdicional qualquer ato que a contrarie.⁸

A respeito do tema, Sundfeld (2007, p. 42) assevera, em referência às espécies de atos oriundas de cada Poder, que “a lei se submete à Constituição. O ato administrativo e a sentença são inferiores à lei. A sentença pode anular (isto é, desfazer os efeitos, tirar do mundo jurídico) o ato administrativo ilegal”.

No que toca ao direito brasileiro, o princípio da “separação dos poderes” está expresso no art. 2º da Lei Fundamental, segundo o qual “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E ainda, foi alçado à condição de cláusula pétrea, insuscetível de alteração, pela Constituição Federal de 1988, conforme § 4º do art. 60: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes”.

⁶ Em crítica ao modelo tripartite dos poderes formulado por Montesquieu – Executivo, Legislativo e Judiciário –, Loewenstein (1979) salienta o conservadorismo da proposta. Segundo o autor alemão, a formulação revela um pensamento mecanicista, pautado na concepção de poderes estanques, que não serviria à compreensão do pluralismo das sociedades modernas. Por outro lado, o autor não ignora o fundamento que embasa a teoria, qual seja, a necessidade de controle do exercício do poder, conforme se apreende da sua obra: “O que, em realidade, significa a assim chamada ‘separação dos poderes’ não é mais nem menos que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder são beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação dos poderes. A separação dos poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar, respectivamente, o exercício do poder político. O que, correntemente, ainda que erroneamente, se designa como separação dos poderes estatais é, em realidade, a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 55, tradução nossa). Nesse sentido, o autor propõe, em substituição à “separação dos poderes”, uma divisão tripartite entre as funções estatais, mediante as quais se manifesta o poder do Estado. São elas: a decisão política conformadora ou fundamental, a execução da decisão e o controle do poder. O núcleo da divisão, assim considerado pelo próprio autor, é justamente aquele que nos faz buscar a formulação de Montesquieu para justificar o controle judicial dos atos administrativos, qual seja, a função de controle político, voltado à moderação e à limitação do poder político, “primeiro do governo e, depois, de todos e cada um dos detentores do poder” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 68, tradução nossa). Dessa forma, embora mereça grande atenção a crítica feita por Loewenstein à teoria da “separação dos poderes”, no sentido de que não há, efetivamente, “poderes” corporificados em determinados órgãos de maneira estanque ou exclusiva, ainda assim é valiosa, para os objetivos consignados no presente trabalho, a contribuição da formulação de Montesquieu, sob a perspectiva da necessidade de controle do abuso do poder estatal mediante a distribuição das *funções estatais* a diferentes detentores do poder ou órgãos estatais.

⁷ Exemplos extraídos da obra de Branco, Coelho e Mendes (2007, p. 156).

⁸ No mesmo sentido, Furtado (2007, p. 73) acentua que “dentro do modelo de separação dos poderes desenhado por Montesquieu, a função do Poder Executivo será basicamente a de dar executividade à lei parlamentar e a função do Poder Judiciário, a de verificar o cumprimento das leis pelo Executivo”.

1.3 O regime jurídico-administrativo em linhas gerais

A respeito do regime aplicável às relações jurídicas de que a Administração Pública participa, a doutrina alerta que com a expressão “regime jurídico da Administração Pública” deve-se compreender, em sentido amplo, tanto o regime de direito público quanto o de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública.⁹

Restritivamente, é recomendável o uso da expressão “regime jurídico-administrativo” para referir-se ao “conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa” (DI PIETRO, 2010, p. 64).

Para a presente investigação, interessa-nos apenas o segundo – o regime jurídico-administrativo –, dada a posição privilegiada que a Administração Pública assume nas relações jurídicas estabelecidas para com seus servidores (integrantes da categoria dos agentes públicos), notadamente distintas daquelas constituídas entre empregados e empregadores no âmbito do setor privado.

Furtado (2007, p. 75) apresenta o regime jurídico-administrativo a partir da ótica constitucional segundo a qual “o Estado existe para realizar o bem-estar da sociedade, para atender às necessidades da população, enfim, para ser instrumento de realização dos direitos fundamentais”.

Portanto, é a partir dessa concepção, voltada à realização do bem comum e ao respeito aos direitos fundamentais, que se justificam tanto as prerrogativas quanto as restrições que compõem o regime jurídico-administrativo, por um lado conferindo à Administração Pública ferramentas que possibilitam a sobreposição da vontade do Estado – sempre orientada pelo interesse público – à vontade do particular, e, por outro, limitando a atuação estatal como forma de proteção à liberdade dos indivíduos.

Da bipolaridade entre liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – a ser solucionada pelo regime jurídico-administrativo –, emanam os princípios informadores da atuação da Administração Pública, conforme elucidada Di Pietro (2004, p. 65):

Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. (grifos da autora)

⁹ Submete-se a Administração Pública ao regime de direito privado, por exemplo, quando o Estado atua na exploração direta de atividade econômica, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, que não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, conforme dicção do art. 173, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (“As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”).

Estreando pelas prerrogativas, observa-se que a sua inspiração decorre da supremacia do interesse público sobre o particular ¹⁰, princípio que alcançou status privilegiado a partir da superação do individualismo jurídico, antes tão acentuado no Estado Liberal, e do reconhecimento de uma posição mais ativa ao Estado no que diz respeito à concretização da justiça social e do bem comum.

Para Bandeira de Mello (2008a, p. 69), a supremacia do interesse público sobre o privado, além de verdadeiro axioma do Direito Público moderno, é também “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.

A consideração do ilustre administrativista adquire pertinência na medida em que se percebe que o interesse público representa o interesse de uma coletividade de indivíduos, ainda que não se identifique com a somatória dos interesses individuais, por si considerados. ¹¹ Assim, parece intuitivo que a ordem social mantenha-se mais facilmente quando atendido, por prevalência, o interesse público comum, em vez de um ou outro interesse individual, muitas vezes conflitante com o interesse dos demais.

Da supremacia decorrem, dentre outras, as prerrogativas da autoexecutoriedade dos atos administrativos, autotutela, poder de expropriar ou requisitar bens ou serviços, ocupar temporariamente imóvel particular, alterar e rescindir unilateralmente os contratos, impor medidas de polícia e, inclusive, aplicar sanções administrativas, como aquelas devidas em caso de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos (DI PIETRO, 2004, p. 65).

Ao lado da supremacia do interesse público, a literatura específica apresenta o princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Mais uma vez, merece destaque a formulação de Bandeira de Mello (2008a, p. 74):

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

¹⁰ Quanto à nomenclatura comumente utilizada pelos manuais para referir-se ao princípio da “supremacia do interesse público sobre o privado”, Sundfeld (2007, p. 154) faz interessante ressalva, esclarecendo que, “para a ordem jurídica, o interesse público tem apenas prioridade em relação ao privado; não é, porém, supremo frente a este. Supremacia é a qualidade do que está acima de tudo. O interesse público não está acima da ordem jurídica; ao contrário, é esta que o define e protege como tal. Ademais, o interesse público não arrasa nem desconhece o privado, tanto que o Estado, necessitando de um imóvel particular para realizar o interesse público, não confisca simplesmente, mas o desapropria, pagando indenização (o que significa haver proteção jurídica do interesse do proprietário, mesmo quando conflitante com o do Estado)”.

¹¹ Freitas (2009, p.54) é certo ao assinalar que “de fato, não há somatório de interesses individuais que, num passe-de-mágica, possa ser convertido em interesse público. A própria identificação do interesse difuso e do interesse coletivo está prenhe de armadilhas.” E prossegue, na tentativa de tornar mais palpável o instituto: “Por isso, importante assinalar que o interesse público guarda correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma”.

Daí surge a ideia de poder-dever, utilizada pela doutrina para referir-se aos poderes conferidos à Administração Pública para a consecução de finalidades públicas. Sendo o interesse público indisponível, o exercício de tais poderes pelas autoridades não se apresenta como uma faculdade da Administração, mas sim como um dever a ser cumprido pelas autoridades.¹²

Passa-se, então, das prerrogativas da Administração às restrições a que está submetida no exercício do poder.

Segundo Bandeira de Mello (2008a, p. 75), do princípio da indisponibilidade do interesse público decorre, naturalmente, a vinculação da Administração Pública às finalidades predeterminadas legalmente – enunciada por meio do princípio da legalidade –, bem como o controle jurisdicional dos atos administrativos, dentre outras derivações lógicas.

Diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado, o princípio da legalidade, na esfera do direito público, compreende a máxima de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. O princípio tem assento constitucional no art. 5º, inciso II, da Lei Maior, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.¹³

Com o princípio da legalidade, pretende-se assegurar a liberdade do indivíduo, para o que se faz necessário conter o Estado mediante a exigência prévia de lei para a realização de qualquer atividade estatal: “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei” (DI PIETRO, 2004, p. 68).

Em que pese a indiscutível receptividade do direito público ao princípio da legalidade, unânime entre a doutrina, Freitas (2009, p. 72) propõe uma releitura principiológica à luz de todo o sistema jurídico, referindo-se, então, à legalidade temperada:

Pois bem: a legalidade é valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional. Daí se exige a “atuação conforme a lei e o Direito” (Lei 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, I). O princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruínosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo.

¹² No mesmo sentido, Sundfeld (2006, p. 163) destaca que a atividade pública constitui uma função atribuída ao Estado, que se traduz em “verdadeiro dever jurídico, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente”.

¹³ Além desse dispositivo, o princípio da legalidade também se impõe à Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, por força do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual condiciona a atuação estatal também aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ressalte-se, com efeito, que não se trata de oportunizar à Administração que atue ora conforme a lei, ora conforme o Direito. Freitas (2009, p. 72) observa, com propriedade, que “a legalidade devidamente temperada requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo normativo estrito”.

Finalmente, para encerrar estas anotações acerca do regime jurídico-administrativo, faz-se breve menção ao princípio do controle da Administração pelo Poder Judiciário, que será aprofundado no tópico subsequente. Por ora, ressalte-se apenas a importância do controle jurisdicional como forma de assegurar o cumprimento do princípio da legalidade por parte da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário intervir sempre que descumpridos os preceitos legais – ou a legalidade em conotação temperada – inerentes a determinado ato da Administração.

1.4 O controle da Administração Pública

Já se afirmou, em diversas oportunidades, que o controle da Administração Pública é fundamento do Estado Democrático de Direito: é a possibilidade de controle mútuo entre os Poderes que confere tamanha visibilidade à estrutura tripartite proposta por Montesquieu; é o controle do poder exercido pela Administração que previne abusos e garante aos administrados o respeito à liberdade individual e aos direitos fundamentais.

Furtado (2007, p. 1050) assevera que o estudo do controle da Administração Pública constitui-se num dos aspectos de maior relevo do Direito Administrativo¹⁴. Segundo o doutrinador, a necessidade de controle é inerente à própria atividade de administrar: “a administração deve ser entendida como um processo desenvolvido em diferentes etapas, que compreendem, além do planejamento e da execução, o controle e a avaliação” (FURTADO, 2007, p. 1050).

Assim, pretende-se, num Estado Democrático de Direito como o nosso, que o controle sobre a atividade da Administração Pública seja exercido como regra, e não como exceção. O controle deve estar presente em todos os níveis da máquina estatal, visando sempre ao fiel cumprimento dos princípios de direito público pela Administração e à concretização das finalidades públicas às quais se dedica.

¹⁴ A propósito, o autor remete a Bernard Schawartz (1991), segundo quem sequer haveria objeto para o estudo e desenvolvimento do Direito Administrativo senão em função do controle administrativo (FURTADO, 2007, p. 1050).

Meirelles (2007, p. 665) acentua a necessidade do controle com vistas a garantir a legitimidade da atuação da Administração Pública:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser *legítima*, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de *ilegitimidade* e o expõe à *anulação* pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada. (grifos do autor)

Ainda é necessário salientar, como o faz Di Pietro (2004, p. 623), que o controle da Administração Pública reveste-se do caráter da compulsoriedade, constituindo-se em verdadeiro poder-dever dos órgãos a que é incumbido:

o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

No sistema constitucional brasileiro, que adotou expressamente a estrutura tripartite de poder, conforme art. 2º da Magna Carta, o controle dos atos da Administração Pública é competência dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁵ Quando se trate de controle exercido pelo próprio Poder de que faz parte o órgão atuante, diz-se controle interno; caso contrário, estando o órgão fiscalizador inserido em estrutura diversa daquela à qual pertence o órgão controlado, tem-se o chamado controle externo.

Para a presente investigação, interessa apenas o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos praticados pela Administração Pública, seja ela corporificada em órgãos do Poder Legislativo, do próprio Poder Judiciário ou, como mais comumente se observa, do Poder Executivo.

1.4.1 Controle jurisdicional dos atos administrativos

A Constituição Federal de 1988 previu, dentre outros mecanismos de controle e com redobrada atenção, o controle judicial dos atos administrativos, ao dispor, em capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos” (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

¹⁵ Em atenção ao sentido amplo da expressão “Administração Pública”, Di Pietro (2004, p. 622) alerta que esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando no exercício de função tipicamente administrativa.

Segundo Pereira (2007, p. 112), o mandamento constitucional – referido, doutrinariamente, como princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário – pode ser traduzido como a competência atribuída aos órgãos do Judiciário para “afirmar o direito com caráter de definitividade e com prevalência em relação aos demais Poderes”.

Daí, absorve-se desde logo a relevância dessa espécie de controle, pois é mediante o controle judicial que se viabiliza assegurar a observância ao princípio da legalidade ¹⁶, sendo ambos apontados como fundamentos inseparáveis do moderno Estado de Direito.

A inafastabilidade do Poder Judiciário revela, ainda, a opção do constituinte brasileiro pelo sistema de unidade da jurisdição, cabendo somente aos órgãos do Judiciário – juízes e tribunais integrantes de uma única ordem de jurisdição – a apreciação e decisão dos litígios. É o que se apreende a partir dos ensinamentos de Medauar (2007, p. 623):

O sistema de jurisdição dupla de origem francesa caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição comum e a jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. Neste sistema os atos praticados pela Administração só podem ser revistos pela própria Administração. No sistema de jurisdição una, o julgamento dos litígios em que a Administração Pública é parte compete aos juízes e aos tribunais comuns, ou seja, integrantes da Justiça comum. Admitem-se varas especializadas, mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição. O Brasil adota este sistema. Já neste sistema quem vai rever os atos praticados pela Administração é o Poder Judiciário.

Dessa forma, em que pese a possibilidade de controle dos atos administrativos também pelos Poderes Legislativo e Executivo, é ao Judiciário que incumbe decidir, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

Ressalte-se que o sistema de jurisdição una não exclui da apreciação do Poder Judiciário os litígios envolvendo a Administração Pública: “qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais” (DI PIETRO, 2004, p. 640). Dessa maneira, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não se ocupa apenas com os conflitos surgidos da atuação abusiva dos particulares, mas também com os litígios surgidos nas relações entre particulares e o próprio Estado.

No entanto, é preciso reconhecer a existência de limites à apreciação judicial dos atos da Administração Pública. Seabra Fagundes (2006, p. 179), em obra que se tornou referência para o estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos, justifica tais

¹⁶ Lembre-se que a legalidade a ser aqui considerada é aquela em sentido amplo, abrangendo não só a lei em sentido formal, mas todos os princípios e preceitos normativos que compõem o ordenamento jurídico nacional. Assim, conclui-se que a Administração Pública, pelo princípio da legalidade, não deve obediência somente à lei, em sentido estrito, mas a todo o sistema jurídico-normativo constituído.

limitações “pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar”.

Para a análise da abrangência do controle, recorreremos à moderna lição de Furtado (2007, p. 1051), que reafirma a tendência de ampliação do controle para além dos parâmetros de legalidade apontados pela doutrina clássica ¹⁷:

No Brasil, o controle judicial previsto na Constituição Federal deve ser exercido de modo pleno. Nele devem ser inseridos todos os aspectos relacionados à conformidade de toda e qualquer atuação, comissiva ou omissiva, da Administração Pública. Além da observância da legalidade, em seu sentido estrito, o controle judicial da atuação administrativa [...] avança em passos largos em relação à observância dos demais princípios constitucionais expressos e implícitos vinculadores da atividade administrativa. Publicidade, moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência etc. não podem ser considerados meros programas a serem observados conforme juízo discricionário do administrador público, e sua inobservância, além da nulidade do ato, deve importar em apenação daquele que lhe deu causa. ¹⁸

Como se vê, a doutrina mais moderna admite o controle judicial amplo, pautado não apenas na legalidade estrita, mas em quaisquer aspectos do ato administrativo examinado à luz do ordenamento jurídico, incluindo a observância aos princípios orientadores da atuação da Administração Pública.

1.4.2 Possibilidade de controle dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa

Para o aprofundamento do estudo sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, apresenta-se inevitável o enfrentamento da questão da discricionariedade administrativa, tema ainda bastante controvertido dentre os teóricos da ciência do Direito Administrativo. ¹⁹

¹⁷ Encabeçando o entendimento da doutrina clássica, Seabra Fagundes (2006, p. 179) atesta que o controle jurisdicional deve se restringir “à apreciação do ato no que se refere à conformidade com a lei”. E reforça, no sentido de que “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão” (SEABRA FAGUNDES, 2006, p. 179, grifos do autor). É compreensível o posicionamento do autor (“conservador”, poderiam alegar), se tivermos em vista que a sua publicação ocorreu ainda nos anos quarenta, época em que os estudos de Direito Administrativo no Brasil, em geral, ainda o consideravam mero direito do Estado, fonte de inúmeras obrigações para os administrados, sem correspondentes por parte do poder público. De qualquer forma, é notável a contribuição de Seabra Fagundes para a discussão sobre o assunto, aprofundada sobremaneira após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

¹⁸ No mesmo sentido, são as lições do constitucionalista José Afonso da Silva (2006, p. 114), que destaca o controle jurisdicional à luz da vinculação da Administração Pública aos princípios e preceitos constitucionais: “Estado submetido ao juiz é Estado cujos atos legislativos, executivos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal”.

¹⁹ Segundo aponta Cavalli (2009, p. 61-76), em artigo dedicado ao estudo do controle da discricionariedade administrativa, a controvérsia que tem marcado o debate acerca da discricionariedade tem razões históricas: apropriando-se de expressão de Clóvis do Couto e Silva (1959), Cavalli posiciona o tema no “movimento pendular” da história entre a liberdade e o absolutismo. Destaca, assim, a importância do debate acerca da delimitação da discricionariedade administrativa no processo histórico de construção da própria noção de Estado, especialmente com a afirmação do Estado de Direito, a partir de meados do século XIX..

Segundo Filgueiras Júnior (2007, p. xxiii), o assunto da discricionariedade torna-se ainda mais complexo quando examinado a partir da investigação sobre a possibilidade – ou não – de controle por parte do Poder Judiciário, conforme se extrai de sua obra:

A discricionariedade ainda é um tema inegavelmente controvertido dentro da ciência do Direito Administrativo e do Direito Constitucional. E não poderia ser de outro modo, pois quando se põe em exame a discricionariedade, logo se indaga da insindicabilidade, pelo órgão jurisdicional competente, de determinados atos administrativos nos quais o administrador é levado a utilizar seu juízo próprio – ainda que guiado pela finalidade da ordem legal – para atender ao interesse público no caso concreto.

Em que pese tal indagação, pretende-se demonstrar, no presente tópico, que o fato de determinado ato ser praticado no exercício da discricionariedade administrativa não significa, em absoluto, que esteja isento de controle judicial.

Para que se torne possível alcançar a conclusão acima esposada, parte-se dos conceitos de discricionariedade ofertados pela doutrina, em busca das características essenciais apontadas em comum. Grande parte dos doutrinadores indica, sem mais advertências, que a discricionariedade administrativa está relacionada à possibilidade de que a Administração Pública, diante de uma situação concreta, escolha, dentre duas ou mais soluções possíveis, aquela que entenda mais oportuna ou conveniente. Nesse sentido, observa-se a definição trazida por Di Pietro (2004, p. 205):

a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Outros autores, como Cavalli (2009, p. 63), ressaltam que a discricionariedade está presente não apenas na margem de escolha entre alternativas abertas à Administração Pública em um momento de livre cognição, mas também na possibilidade que lhe é conferida de praticar ou não determinado ato, em consonância com a mesma noção de liberdade.

Entretanto, em uma análise mais rigorosa do tema, não se pode destacar apenas o elemento da liberdade que com si carrega o instituto da discricionariedade administrativa. Exatamente por isso, é de se enaltecer o conceito formulado por Bandeira de Mello (2008b, p. 48), que traz à evidência a ideia de limitação, presente mesmo na atuação discricionária da Administração, conforme se segue:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida

no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²⁰

Das lições de Bandeira de Mello, apreende-se que a discricionariedade conferida à Administração não se confirma como liberdade plena de escolha entre todas as alternativas legalmente possíveis. Na verdade, leciona o autor, o administrador público deve cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade da norma, face às peculiaridades do caso concreto, quando não seja possível aferir, objetivamente, a única conduta cabível.

Seguindo tal raciocínio, o administrativista propõe a utilização de nova nomenclatura, optando por referir-se à discricionariedade não como um “poder” da Administração, mas verdadeiramente como o “dever” de buscar a finalidade prescrita em lei²¹.

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isso se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem. (BANDEIRA DE MELLO, 2008b, p. 15, grifos do autor)

Em sintonia com esse pensamento, Freitas (2009, p. 370-371) conceitua a “discricionariedade administrativa legítima” como a competência administrativa – no sentido técnico da expressão e em oposição à mera faculdade – de avaliar a situação concreta e escolher a melhor solução, mediante justificativas válidas e decorrentes de um juízo de conveniência ou oportunidade. O autor avança, ainda, ao afirmar que o exercício da discricionariedade administrativa, para que seja legítimo, deve atender aos critérios formais e substanciais para a efetividade do “direito fundamental à boa administração pública”.

Dessa definição, emergem os principais elementos a serem observados na verificação da legitimidade de um ato praticado no exercício do dever discricionário: o motivo

²⁰ Em que pese a contribuição do autor para o deslinde da questão, não se pode negar a existência de certa confusão, presente na definição formulada, entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados, estes últimos referidos pela menção à “fluidez das expressões da lei”. A diferenciação será devidamente esclarecida em tópico próprio, no terceiro capítulo deste trabalho.

²¹ Cavalli (2009, p. 70) reforça a tendência de limitação do âmbito de liberdade de ação da Administração Pública, esclarecendo que “discricionariedade não se confunde com direito subjetivo, pois apresenta ‘feição de dever-poder, não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal’”. Aproveitando-se do conhecimento produzido pelo direito romano, o autor afirma que o agente público está investido de um poder que se assemelha à categoria de *potestas*, utilizada pelos romanos para enquadrar, dentre outros, o poder limitado dos governadores de província na organização da *civitas*. Da mesma forma, poder-se-ia compreender a discricionariedade administrativa em razão da função correlata ao poder atribuído ao agente administrativo. Conclui, então, que, “no exercício dessa função, a Administração Pública, que lida com interesses alheios, tem o dever de buscar a melhor solução para as várias alternativas presentes no ato discricionário. A discricionariedade, por envolver a promoção do interesse público, não pode ser tida como uma liberdade nem como um direito subjetivo do Estado. Por ser ‘um instrumento jurídico da realização da função imposta à administração pública’, a atividade administrativa discricionária coloca-se como a atribuição de um poder-dever ao agente administrativo.” (CAVALLI, 2009, p. 70).

do ato, que deve sustentar-se em justificativas válidas e alinhadas à finalidade legal, e, sobretudo, a concretização do direito fundamental à boa administração.

Tomando em consideração especialmente esses dois aspectos, Freitas (2009, p. 361) sustenta a tese da sindicabilidade dos atos administrativos praticados no exercício da discricionariedade, que somente serão legítimos se guardarem “vinculação à lei (atribuidora da liberdade de escolha) e vinculação ao sistema (conformadora da liberdade)”:

Inaceitável, nessa perspectiva, a tese da insindicabilidade das decisões administrativas, ainda mais que em todas as searas se verificam demasias condenáveis e omissões manifestamente antijurídicas. Daí resulta que a necessária liberdade administrativa carece do contrapeso na verticalização e no aprofundamento da sindicabilidade, voltada ao cumprimento rigoroso dos deveres de defesa e de tempestiva prestação dos direitos fundamentais pela Administração Pública.²²

Idêntica conclusão é alcançada por Bandeira de Mello (2008b, p. 48), que, após esclarecer que a atividade administrativa discricionária comporta o dever de adotar a solução mais adequada para o caso concreto – ainda que mais de uma solução seja abstratamente autorizada por lei –, fixa o papel do Poder Judiciário no controle da legitimidade do ato discricionário:

Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Com estas anotações, conclui-se afirmativamente pela possibilidade do controle jurisdicional dos atos praticados no âmbito da discricionariedade, dada a necessária vinculação da Administração Pública à finalidade da lei, aos motivos apresentados como justificativa do ato e, especialmente, ao direito fundamental à boa administração pública, que não pode ser abandonada nem mesmo no exercício do “dever” discricionário.

²² Mais a frente, o autor progride na defesa da expansão da sindicabilidade dos atos praticados no exercício da discricionariedade, chegando a professar que “são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar as suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes” (FREITAS, 2009, p. 372).

2 O REGIME DISCIPLINAR APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO, DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

Cumprida a exigência de contextualização do presente trabalho no bojo do Estado de Direito brasileiro, apresentados os elementos essenciais do regime jurídico-administrativo aplicável nas relações firmadas pela Administração Pública e introduzido o debate sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, passa-se, então, ao exame do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos civis da União, donde surgem as sanções disciplinares como atos suscetíveis de controle jurisdicional.

Esse capítulo tem por escopo a busca, nos teóricos do direito administrativo disciplinar, dos conceitos básicos e fundamentos do exercício do poder disciplinar pela Administração Pública, bem como dos critérios que o delineiam, sempre com foco no regime disciplinar aplicável aos servidores públicos federais.

Que não se confundam direito disciplinar, ramo do direito administrativo, com regime disciplinar. Costa (2009, p. 34-35) auxilia-nos na distinção referindo-se a regime disciplinar como o “conjunto de normas referentes aos vários institutos de direito disciplinar e constantes de um regulamento autônomo ou de uma seção especial de um determinado estatuto do servidor”; enquanto o direito disciplinar, por sua vez, consistindo em vertente do direito administrativo sancionador, “abrange não só o estudo dos vários institutos contemplados nos regulamentos, como também os princípios e fundamentos que, mesmo não positivados em lei, orientam a verdadeira compreensão e interpretação dessas normas”. Dessa maneira, o direito disciplinar cumpre a missão de oferecer a base teórica necessária ao estabelecimento dos mais diversos regimes disciplinares aplicáveis a categorias determinadas de indivíduos.

Considerando a delimitação do tema definida para o presente trabalho, o direito administrativo disciplinar será explorado na medida em que servir de instrumental teórico para a compreensão do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos civis da União, em grande medida regidos pela Lei nº 8.112/90, mas não exclusivamente, uma vez que também outros diplomas legais – como a Lei nº 9.784/99 e mesmo a Constituição ²³ – fornecem importantes elementos para a conformação do regime.

²³ A Lei nº 9.784/99 contribui para a configuração do regime disciplinar dos servidores públicos federais na medida em que fixa regras a serem observadas pela Administração Pública em geral – e, conseqüentemente, por todos os servidores que dela participam – nas atividades relacionadas aos processos administrativos. Além disso, a Lei deve ser aplicada, ainda que subsidiariamente, aos processos administrativos disciplinares, conforme determinado por seu art. 69. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, apresenta os princípios regentes da Administração Pública, que devem orientar a atuação dos agentes públicos de todos os níveis ou entes da federação. Além disso, a Carta Magna traz regras gerais voltadas à remuneração, ao regime previdenciário, à estabilidade, ao ingresso em cargo público etc, atribuindo a

2.1 O poder disciplinar da Administração Pública

Como ponto de partida para o presente tópico, recorre-se, uma vez mais, às lições de Di Pietro (2004, p. 91), que define o poder disciplinar como aquele “que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”.

Assim, apreende-se, desde logo, que o poder disciplinar só pode ser exercido pela Administração Pública em face daquelas pessoas que, por livre consentimento, estão sujeitas à disciplina interna da Administração, em razão de vínculo especial ²⁴ estabelecido para a prestação de serviço, fornecimento de bens, execução de obras ou outras finalidades. Nesse ponto, distingue-se fundamentalmente o poder disciplinar do poder de polícia, uma vez que o segundo, interferindo na esfera privada, “alcança os particulares, impondo-lhes restrições e condicionamentos ao exercício de direitos e atividades privadas” (FURTADO, 2007, p. 677), independentemente de qualquer relação de especial sujeição previamente definida.

Meirelles (2007, p. 124) aponta a necessidade, ainda, de se distinguir o poder disciplinar do poder hierárquico e do poder punitivo do Estado.

Em relação ao poder hierárquico, o autor afirma que este é correlato com o poder disciplinar, mas que ambos não se confundem, pois o primeiro atribui à Administração Pública a simples função de distribuir e escalonar as suas funções executivas, enquanto o uso do poder disciplinar possibilita que ela controle o desempenho dessas funções e a conduta interna dos servidores públicos, responsabilizando-os pelas infrações funcionais cometidas (MEIRELLES, 2007, p. 124).

Quanto ao poder punitivo do Estado, a distinção entre este e o poder disciplinar torna-se ainda mais nítida, haja vista que se diferenciam até mesmo quanto à autoridade sancionadora: enquanto o poder disciplinar atribui à própria Administração Pública a função punitiva interna (ou seja, no âmbito das “relações de especial sujeição”), o poder punitivo do Estado é exercido pelo Poder Judiciário (ou Justiça Penal) e, de maneira mais

cada ente federativo a competência para instituir regime jurídico próprio aplicável aos seus respectivos servidores, como o fez a União com a publicação da Lei nº 8.112/90.

²⁴ Em obra originada de sua dissertação de mestrado, Pereira (2007, p. 46-55) dedica um tópico específico à “relação especial de sujeição” que caracteriza o vínculo entre o servidor público e o Estado. O autor recorre às lições de Mayer para indicar os elementos essenciais caracterizadores da referida categoria: a relação de dependência do indivíduo frente ao Estado e a impossibilidade de estabelecer com anterioridade a extensão e o conteúdo das prestações. Como exemplo de relações enquadradas em tal categoria, o autor menciona as relações jurídicas nas quais se inserem os servidores públicos, os presos e os estudantes. Após explicitar os aspectos que caracterizam as relações de especial sujeição, Pereira (2007, p. 47-48) destaca peculiaridade consistente na possibilidade de existirem, no âmbito de tais relações, “restrições a direitos fundamentais, com vistas a preservar o adequado funcionamento das instituições estatais. É nesse ponto que o autor distingue as relações sujeitas ao exercício do poder disciplinar, próprias da esfera pública, daquelas relações gerais de sujeição, decorrentes simplesmente do poder de império estatal frente aos particulares: no segundo caso, não se faz presente o poder disciplinar como prerrogativa da Administração Pública.

ampla, visa à repressão de crimes e contravenções penais praticados por quaisquer indivíduos submetidos à aplicação das leis penais vigentes no país (MEIRELLES, 2007, p. 125).

Retornando ao poder disciplinar, um dos principais capítulos pertinentes ao tema – talvez o maior deles – diz respeito aos servidores públicos, pois, ao tomarem posse em um cargo público, automaticamente passam a se sujeitar ao respectivo regime jurídico disciplinar, composto por uma série de deveres e proibições. Uma vez descumprido algum dos deveres atribuídos ao servidor ou por ele cometido ato que seja vedado pela legislação, caberá ao Estado, no exercício do poder disciplinar, a apuração da infração funcional e a aplicação da penalidade cabível.

Sob esse aspecto, é interessante mencionar a anotação de Costa (2009, p. 32), que, ao tratar do direito disciplinar – e, por conseguinte, do poder disciplinar da Administração Pública –, ressalta a importância desse conjunto de princípios e normas, composto por institutos próprios, que visa “condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”.²⁵

No mesmo sentido apontam os fundamentos para o exercício do poder disciplinar buscados por Meirelles nos ensinamentos do administrativista português Marcello Caetano, cujas lições revelam que “o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público” (CAETANO *apud* MEIRELLES, 2007, p. 125).

Dessa maneira, verifica-se que o uso do poder disciplinar pela Administração Pública, quando corretamente empregado, cumpre sua missão na busca pela efetivação do interesse público, assegurado mediante o controle do bom desempenho das funções atribuídas aos ocupantes de cargos públicos.

Não é demais lembrar, como já se afirmou também a respeito do poder discricionário, em capítulo antecedente, que o poder disciplinar não corresponde a uma faculdade da Administração Pública, a quem caberia, em tal hipótese, a escolha entre desempenhar ou não as atividades de apuração da infração e aplicação da penalidade. Em vez disso, trata-se de verdadeiro dever jurídico (ou “poder-dever”) a ser obrigatoriamente cumprido pela Administração, em decorrência lógica do princípio da indisponibilidade do interesse público.²⁶

²⁵ Em que pese a abrangência da afirmação de Costa (2009, p. 32), que tratou do direito disciplinar de maneira geral, o objetivo de se assegurar a normalidade do serviço público não poderia ser melhor representado senão por meio do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos. Isso porque, como agentes do Estado, a eles incumbe a realização das atividades estatais, pelo que se faz necessária a observância de um regime disciplinar específico, tendente a manter o bom funcionamento do serviço público.

²⁶ Sobre o assunto, podem ser retomados os comentários tecidos em “1.3 O regime jurídico-administrativo em linhas gerais”, em que se abordou o regime jurídico-administrativo sob o enfoque dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Por último, apenas se sublinha que, para o cumprimento do poder-dever ora abordado, a Administração Pública está adstrita ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da Constituição Federal), impondo-se a procedimentalização do exercício do poder disciplinar, com a necessária observância às garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios a ela inerentes. No âmbito do direito disciplinar voltado à apuração de infrações funcionais, o devido processo legal cumpre-se mediante a realização de sindicância ou de processo disciplinar, conforme *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112/90²⁷, a depender da gravidade da sanção que possa resultar da apuração.

2.2 O regime disciplinar na Lei nº 8.112/90: uma introdução ao Estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais

Após breve incursão no direito disciplinar e exposição dos fundamentos que justificam o uso do poder disciplinar pela Administração Pública em face de seus servidores, passa-se ao exame do regime disciplinar específico aplicável aos servidores públicos civis da União, das entidades autárquicas e fundacionais federais.

Como não poderia deixar de ser, o estudo concentrar-se-á, nesse momento, na análise da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o “Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais” e, com maior profundidade, examinar-se-á o Título IV do referido diploma legal, que tratou de estabelecer o regime disciplinar aplicável a estes agentes.²⁸

Como se verifica já no primeiro artigo da referida Lei²⁹, trata-se de um conjunto de normas que visa regulamentar a relação da União, das autarquias e das fundações públicas federais com os servidores públicos atuantes nos seus respectivos órgãos.

Nos artigos subsequentes, a Lei oferece conceitos que são de extrema importância para a delimitação do âmbito de aplicação dos dispositivos que se seguirão.

Primeiramente, o legislador preocupa-se em definir a categoria de servidor como sendo “a pessoa legalmente investida em cargo público” e, em seguida, define cargo

²⁷ “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.” (Lei nº 8.112/90).

²⁸ Insta salientar que, em que pese a Lei nº 8.112 disciplinar, diretamente, apenas as relações entre o Estado e os servidores públicos federais (da União, das autarquias e das fundações públicas federais), muitos de seus institutos e preceitos foram aproveitados por Estados federados e Municípios para o estabelecimento dos seus respectivos regimes. Dessa maneira, amplia-se a utilidade de um estudo aprofundado acerca do Regime Jurídico ora iluminado, que pode ser aproveitado para a compreensão de muitos outros regimes disciplinares a que estejam sujeitos servidores públicos estaduais ou municipais, a depender do grau de semelhança entre os regimes específicos e o regime federal.

²⁹ “Art. 1º Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.” (Lei nº 8.112/90).

público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.³⁰

Doutrinariamente, os servidores enquadrados no art. 2º da Lei nº 8.112/90 – ou seja, aqueles investidos em cargos públicos – são referidos mediante a expressão “servidores estatutários”, em alusão ao regime estatutário a que estão sujeitos (DI PIETRO, 2004, p. 434). Seja como for, o que importa frisar é que não se aplica o Regime Jurídico da Lei nº 8.112/90 aos empregados públicos, sujeitos ao regime da legislação trabalhista, tampouco aos servidores temporários, contratados mediante regime jurídico especial para o exercício de função pública em caráter temporário.³¹

Delimitado, então, o alcance das normas fixadas pelo Estatuto, a Lei passa a dispor regras sobre provimento, vacância, direitos e vantagens do servidor, dentre outros assuntos correlatos.

Para a presente investigação, no entanto, interessam apenas as normas relacionadas ao regime disciplinar aplicável aos servidores públicos federais, concentradas, em grande medida, no Título IV da Lei nº 8.112/90, que traz à tona um conjunto de deveres a serem cumpridos pelos indivíduos sujeitos a tal disciplina, bem como apresenta um rol de condutas vedadas aos servidores. O descumprimento de algum dos deveres, assim como a violação a qualquer das proibições, enseja a responsabilização administrativa do servidor, que tem como consequência principal a imposição de sanção disciplinar.

Nos subtópicos seguintes, será examinada a tipificação das condutas infracionais previstas no Regime Jurídico dos servidores públicos federais, bem como as sanções disciplinares cominadas e os critérios a serem utilizados para a fixação da penalidade.

2.2.1 Tipificação das condutas infracionais

O presente tópico destina-se à compreensão do instituto da infração disciplinar, especialmente sob os aspectos concernentes à sua fonte e tipificação, a fim de

³⁰ “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.” (Lei nº 8.112/90).

³¹ Em nível federal, o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, autárquica e fundacional está disciplinado pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que determina a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho naquilo que a lei não dispuser em contrário. Os servidores contratados pela Administração Pública federal para o exercício de função pública em caráter temporário, por sua vez, estão sujeitos ao regime da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que, atendendo à determinação do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Registre-se que, por força do art. 11 da mencionada Lei, aplica-se aos servidores temporários boa parte das regras do regime disciplinar contidas no Título IV da Lei nº 8.112/90.

possibilitar, também, a análise das infrações disciplinares capituladas no Regime Jurídico dos servidores públicos federais.

Leciona Pereira (2007, p. 42) que “a infração disciplinar [...] nada mais é do que uma ação humana que o estatuto declarou como ilícito, por consistir em ato contrário à adequada prestação dos serviços públicos”³².

Partindo de tal concepção, é preciso, inicialmente, identificar a origem ou a fonte das infrações disciplinares, haja vista que o autor utilizou-se da expressão *estatuto* em caráter genérico, para referir-se ao conjunto normativo que compõe o regime jurídico aplicável a determinada categoria de servidores. Inicialmente, faz-se necessário esclarecer se a definição das infrações disciplinares, assim como a das respectivas sanções aplicáveis, exige ou não a elaboração de lei formal.

Como em inúmeros outros imbróglis jurídicos, a resposta parece ser indicada pela Constituição Federal, que, em seu art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, atribui ao Presidente da República a iniciativa privativa para a elaboração de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União.^{33 34}

No entanto, é necessário aclarar, como o fez Pereira (2007, p. 62), as condições em que se cumpre a exigência constitucional da reserva legal para a regulação da matéria no âmbito das relações de especial sujeição estabelecidas entre os servidores públicos e o Estado. Segundo o autor, as peculiaridades destas relações “inviabilizam uma disciplina legal minuciosa dos deveres, proibições e infrações disciplinares”, haja vista a “impossibilidade de se antever, em detalhes, as especificidades que certas atividades possuem” (PEREIRA, 2007, p. 62).

³² O esclarecimento do autor quanto à ilicitude do ato infracional, justificada com base na contrariedade à “adequada prestação dos serviços públicos”, retoma a ideia defendida na introdução a este capítulo, no sentido de que o exercício do poder disciplinar pela Administração em face dos servidores públicos sustenta-se na necessidade de controle do bom desempenho das suas funções para a manutenção de um serviço público de qualidade.

³³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”. (Constituição Federal de 1988).

³⁴ É desnecessário esclarecer – mas assim se faz por esforço didático – que o dispositivo ora em comento não compreende hipótese de reserva de lei federal, com o que se atribuiria competência privativa ao Chefe do Executivo federal para a elaboração dos regimes jurídicos de todos os servidores públicos. Em vez disso, o texto constitucional, quando trata das leis de iniciativa privativa do Presidente da República, refere-se expressamente apenas ao regime jurídico dos “servidores públicos da União e Territórios”. A propósito, Osório (2011, p. 214) alerta que “não há, no terreno administrativista, reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penalístico, onde a centralização da produção normativa é a tônica, ainda que mitigada pelas chamadas normas penais em branco, cujas estruturas abertas são receptivas, não raro, a intervenções legais estaduais ou federais, sem falar nas contribuições administrativas de qualquer ente federativo”. Após análise do tema na seara penal, o autor acrescenta, tratando então da esfera administrativa, que “consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regridando os respectivos procedimentos ou processos sancionadores. Vigora, aqui, uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que aos demais entes federados se admitem competências legislativas em matéria de Direito Administrativo Sancionador.” (OSÓRIO, 2011, p. 215).

De fato, já se acertou que a relação de especial sujeição estabelecida entre o servidor e o Estado, validada pelo livre consentimento e orientada ao atendimento de interesses públicos, possui contornos declináveis, do que pode resultar até mesmo a restrição a direitos fundamentais, sempre com vistas à manutenção do bom funcionamento da máquina pública (a respeito, ver nota de rodapé n. 24).

Desta feita, resulta inalcançável a regulação exaustiva de todos os casos em que a Administração Pública deve valer-se do poder disciplinar para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos, até mesmo pela impossibilidade de se antever detalhadamente as condutas exigíveis para todas as situações.

Não por outra razão, admite-se, no direito administrativo sancionador, uma postura mais flexível no que diz respeito à reserva legal, abrindo-se espaço, na regulamentação das infrações disciplinares, às outras espécies de atos normativos e regulamentares, além da lei em sentido formal:

O que se reconhece é a inviabilidade, especialmente nas relações de especial sujeição dos servidores, de a lei descrever a conduta ou infração de modo detalhado, possibilitando, por conseguinte, a fixação de condutas de modo aberto e genérico, cujo preenchimento poderá ocorrer por meio de outras espécies de atos normativos. (PEREIRA, 2007, p. 65)

Apesar disso, Osório (2011, p. 217) destaca a necessidade de se observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, mediante a fixação de um conteúdo mínimo da norma proibitiva, “de modo a não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade”.

Esse entendimento é acompanhado por Bandeira de Mello (2008a, p. 802), que, situando o princípio da tipicidade no âmbito próprio das infrações e sanções administrativas, reforça a necessidade de uma descrição mínima suficiente à identificação objetiva da conduta infracional:

Princípio da tipicidade – A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível.

Tal conceito atende bem ao propósito de análise da tipificação das condutas infracionais na Lei nº 8.112/90, acrescido apenas da observação pertinente de Pereira (2007, p. 68) no sentido de que o dever de configuração clara do ilícito não significa que seja

possível, como já se desmitificou anteriormente, que o ato normativo seja capaz de antever todas as situações de aplicação, que somente serão reveladas no caso concreto.

Após estas anotações acerca das peculiaridades dos princípios da reserva legal e da tipicidade no âmbito do direito administrativo sancionador, passa-se, finalmente, à análise das condutas infracionais tipificadas pela Lei nº 8.112/90, que inicia o tratamento do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos federais com a enunciação dos deveres a eles atribuídos ³⁵:

LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Em muitos destes enunciados, é possível observar que o legislador optou por uma descrição genérica da conduta a ser observada, reduzida a um conteúdo mínimo a ser complementado por outras normas correlatas.

Exemplo bastante explícito encontra-se no inciso III acima transcrito, que impõe ao servidor o dever de “observar as normas legais e regulamentares”. Nesse caso, para a completa tipificação da conduta transgressora, faz-se necessária a conjugação entre a norma proibitiva genérica e outras normas legais ou regulamentares que discriminem regras a serem observadas pelo servidor no cumprimento de suas atividades.

³⁵ Diniz (2006, p. 414) propõe uma classificação dos deveres constantes no art. 116 da Lei nº 8.112/90, distinguindo-os em normas de comportamento funcional e de comportamento profissional: as primeiras seriam aquelas que o servidor deve cumprir em razão do cargo que ocupa; as demais, por sua vez, estariam ligadas ao seu desenvolvimento profissional e, por conseguinte, funcionariam também como critérios para avaliação de desempenho. Seja como for, a classificação apenas se justifica por razões didáticas, não se mostrando útil ao estudo ora investido, tendo em vista que ambas as categorias ensejam, indistintamente, a aplicação de sanções disciplinares face ao descumprimento dos respectivos deveres.

Prosseguindo, o art. 117 da Lei nº 8.112/90 expõe as proibições a que estão sujeitos os servidores no exercício da função pública:

LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

- I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;
- II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- III - recusar fé a documentos públicos;
- IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
- V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
- VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
- VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
- VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
- IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)
- XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
- XV - proceder de forma desidiosa;
- XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;
- XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
- XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;
- XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

- I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)
- II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

Ressalte-se, desde logo, que os arts. 116 e 117 da Lei nº 8.112/90 não esgotam as hipóteses de deveres e proibições a que se sujeitam os servidores públicos federais. Como já advertido na introdução a este capítulo, há também outros textos normativos – gerais ou destinados a categorias específicas – que contribuem para a

conformação do regime disciplinar, agregando condutas a serem necessariamente observadas e outras a serem evitadas no desempenho das funções públicas.

A partir da análise conjunta de ambos os dispositivos, surge a dúvida quanto ao critério adotado pelo legislador para a formulação dos enunciados e a divisão, nos dois artigos acima transcritos, entre *deveres* e *proibições*. Poder-se-ia argumentar que, no primeiro caso, o que se tem é a prescrição de normas de conduta de natureza ativa, a serem efetivamente realizadas pelo servidor público no desempenho de sua função. Já no segundo caso, das proibições, são estabelecidos limites que freiam a atuação do servidor ou, em outras palavras, condutas das quais ele deve se abster.

No entanto, a diferenciação não parece tão bem demarcada. Afinal, o que seria um dever senão a proibição de agir de maneira contrária? Ou então, haveria mesmo diferença essencial entre uma proibição e o dever de não adotar a conduta descrita na norma? A imprecisão do binômio “deveres x proibições” se acentua à medida que avançamos na investigação terminológica, com Diniz (2006, p. 414), que traduz *dever* no sentido genérico como “obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.

Também é digna de menção a definição oferecida por Justen Filho (2005, p. 668), que dispensa a classificação binomial adotada pela Lei e afirma que “o ato ilícito funcional consiste na conduta reprovável, *omissiva ou comissiva*, que infringe dever jurídico imposto por lei ao servidor público” (grifo nosso).

A técnica legislativa torna-se ainda mais confusa quando se vislumbra, além dos deveres e proibições enunciados nos arts. 116 e 117, o art. 132, inserto equivocadamente no capítulo destinado às penalidades. Invertendo a técnica até então adotada no Estatuto, o legislador primeiro apresenta a penalidade de demissão para, somente então, indicar as infrações sujeitas a tal reprimenda.³⁶

Seja como for, impende ao operador do direito superar as dificuldades originadas da falta de técnica legislativa, em busca da interpretação que melhor se amolde ao sistema jurídico-normativo-constitucional. Assim, o que importa salientar é que, violadas

³⁶ “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

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

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

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

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

XI - corrupção;

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

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.” (Lei nº 8.112/90).

quaisquer das disposições disciplinares – sejam elas apresentadas como deveres ou proibições –, verifica-se a ocorrência de uma infração funcional, cuja resposta por parte da Administração Pública passa, dentre outras consequências, pela aplicação de sanção administrativa disciplinar ao agente infrator, o que será objeto da subseção seguinte.

2.2.2 *Sanções administrativas disciplinares: um resumo das penalidades cominadas*

A sanção administrativa é, antes de qualquer coisa, uma sanção jurídica. Partindo do gênero para a espécie, Munhoz de Mello (2009, p. 149) conceitua sanção jurídica como “a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos”. Em seguida, o autor prossegue diferenciando a sanção administrativa das demais sanções jurídicas e indica como principal peculiaridade daquela espécie o sujeito competente para sua imposição – a própria Administração Pública –, diferentemente do que ocorre com a sanção penal (MUNHOZ DE MELLO, 2009, p. 149). Ao seu lado, o autor invoca as lições de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1991, p. 157), para quem, igualmente, a sanção administrativa distingue-se da penal “por um dado formal, a autoridade que as impõe: aquelas, a Administração, estas, os Tribunais penais”.

O critério subjetivo, no entanto, não é aceito pela doutrina unânime. Osório (2011, p. 91), por exemplo, descarta a autoridade administrativa como elemento indissociável da sanção administrativa, admitindo que também as autoridades judiciárias podem aplicar essas medidas punitivas, desde que possuam competência repressiva outorgada por lei ³⁷. Nessa linha de entendimento, propõe definição mais abrangente, traduzindo sanção administrativa como:

um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, *imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público*, a um administrado, agente público, pessoa física ou jurídica, *sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado*, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2011, p. 100, grifos nossos)

³⁷ É importante ressaltar que o cerne da divergência não consiste na possibilidade ou não de que autoridades do Poder Judiciário apliquem sanções administrativas aos seus respectivos servidores, pois essa competência claramente se encaixa no exercício da função administrativa exercida, de maneira atípica, também pelos órgãos do Poder Judiciário. O que se está a discutir é, em verdade, a possibilidade de que autoridades judiciárias apliquem sanções administrativas a indivíduos alheios à sua estrutura organizacional (ou não integrantes de relação de especial sujeição firmada no próprio âmbito do Judiciário), como manifestação original da função jurisdicional, tipicamente atribuída ao Poder Judiciário.

Essa concepção, no entanto, é afinada pelo próprio autor mais à frente, ao abordar as peculiaridades das sanções disciplinares (OSÓRIO, 2011, p. 140). Isso porque, conforme já assentado, no âmbito do direito disciplinar, as sanções administrativas somente são aplicáveis àqueles indivíduos inseridos em relações de especial sujeição para com o Estado. Dessa maneira, parece natural que se atribua à própria Administração Pública ³⁸ a competência para aplicação das penalidades disciplinares. ³⁹

Resolvida, então, a divergência conceitual, ao menos no ponto em que interessa à investigação das sanções disciplinares, avança-se à análise, em espécie, das penalidades cominadas pela Lei nº 8.112/90.

O Estatuto prevê as seguintes penalidades disciplinares, apresentadas em rol taxativo no art. 127:

LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

- I – advertência;
- II – suspensão;
- III – demissão;
- IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V – destituição de cargo em comissão;
- VI – destituição de função comissionada.

A primeira delas, a advertência, é a sanção mais branda, prescrita, nos termos do art. 129 da Lei, para os “casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”. ⁴⁰

Em seguida, o Estatuto apresenta a penalidade de suspensão, de gravidade intermediária, aplicável, conforme art. 130, “em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”. Como se vê, as hipóteses de incidência da suspensão são identificadas de maneira residual, após descartadas

³⁸ Mais uma vez, esclarece-se que a Administração Pública pode estar corporificada seja em órgãos do Legislativo, do Judiciário ou, como mais comumente acontece, do Executivo, cabendo às autoridades de cada um deles a aplicação de sanções aos seus respectivos servidores.

³⁹ A propósito, foi o que fez o legislador quando da elaboração do Regime Jurídico dos Servidores Públicos federais, ao especificar, no art. 141, as autoridades administrativas competentes para a aplicação de cada uma das penalidades:

“Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.” (Lei nº 8.112/90).

⁴⁰ Tem-se, nesse dispositivo, mais um exemplo nítido da flexibilização do princípio da reserva legal, no campo do direito disciplinar, frente à impossibilidade de que lei formal disponha acerca de todas as especificidades do caso concreto. Dessa maneira, o dispositivo reconhece a possibilidade de que regulamentos ou mesmo normas internas estabeleçam deveres funcionais que, em conjunto com a norma sancionadora, configurem hipóteses de ocorrência de infrações disciplinares, a serem sancionadas mediante aplicação de advertência escrita.

as infrações puníveis com demissão ou advertência, exceto, no último caso, quando verificada a reincidência.⁴¹

A exceção à regra fica por conta do § 1º do art. 130, que aponta expressamente a penalidade de suspensão, de até 15 dias, como a devida para “o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação”. Forçoso reconhecer, porém, que o caso não vislumbra a finalidade punitiva inerente às sanções disciplinares, configurando-se como regra anômala, conforme assina Costa, “uma vez que o seu legítimo escopo não é propriamente punir, e sim coagir o servidor a submeter-se à inspeção médica” (COSTA, 2009, p. 377).

Há, ainda, na doutrina e na jurisprudência⁴², manifestações no sentido de que a parte final do art. 129, ao penalizar com advertência a inobservância de dever funcional “que não justifique imposição de penalidade mais grave”, estaria, por consequência, autorizando a aplicação da penalidade de suspensão⁴³ às infrações que, embora originalmente puníveis com advertência, fossem praticadas com gravidade acentuada, a ser aferida pela autoridade sancionadora. A interpretação parece razoável e merecerá ainda mais crédito ao se analisar a sistematização dos critérios para a fixação da penalidade, examinados no próximo tópico.

Encerrando o tratamento legal conferido à penalidade suspensiva, o § 2º do art. 130 acolhe a possibilidade de que, havendo conveniência para o serviço, a suspensão seja “convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço”.⁴⁴ Embora o dispositivo inove ao mencionar espécie de sanção não prevista no art. 127, não se diz, com isso, que não

⁴¹ Analisando a sistematização das infrações e penalidades na Lei nº 8.112/90 sob a perspectiva residual, que é a única possível para a identificação das infrações puníveis com suspensão, observa-se que esta penalidade foi bastante desprestigiada pelo legislador. Isso porque, além da hipótese do § 1º do art. 130, descartando-se os casos de aplicação de advertência (descumprimento dos deveres funcionais do art. 116 e cometimento de condutas proibidas pelo art. 117, I a VIII e XIX) bem como de demissão (art. 117, incisos IX a XVI, e art. 132), restam apenas duas hipóteses para aplicação originária da penalidade de suspensão, quais sejam, as infrações capituladas nos incisos XVII e XVIII do art. 117 (“cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias” e “exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”, respectivamente).

⁴² A respeito do agravamento da advertência para suspensão, Teixeira (2011) leciona que a “interpretação conjunta dos arts. 128, 129 (em sua parte final) e 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite entender que [...] é legalmente cabível a aplicação de pena mais grave que advertência (ou seja, suspensão) em hipótese que, a princípio, seria punida com advertência. No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência, ilustrativamente, acórdão do STF no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.635/DF, ementado nos seguintes termos: “Desde que se justifique a imposição de pena mais grave, nos casos de inobservância de dever funcional, é cabível a pena de suspensão (art. 129 da Lei 8.112/90)” (STF, Segunda Turma, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.635/DF; rel.: Min. Ellen Gracie; julg.: 21 fev. 2006; publ.: DJ 24 mar. 2006, p. 55).

⁴³ Não haveria que se falar em agravamento para penalidade de demissão, pois, conforme se verificará adiante, no que concerne a esta sanção, o Estatuto preocupou-se em apresentar, no rol taxativo do art. 132, as hipóteses de sua aplicação.

⁴⁴ Diniz (2006, p. 454) esclarece que a pena pecuniária, mantido o objetivo corretivo, consiste em sanção “mais branda que a suspensão, que importa na perda da remuneração e consequentemente na não-contagem como tempo de serviço dos dias de sua duração, pois é vedado ao servidor comparecer ao trabalho. Com a multa o servidor fica obrigado a comparecer ao serviço, assegurando-se, por esse efetivo, a contagem integral dos dias de aplicação como de efetivo exercício”. O autor ressalta, no entanto, que a contagem do tempo de serviço não repercute na concessão de licença-prêmio por assiduidade, por se tratar de prêmio ao servidor pela sua assiduidade e pelo cumprimento de todos os seus deveres.

seja taxativo o rol do artigo retromencionado, haja vista que a multa não constitui penalidade autônoma, mas sim dependente da penalidade suspensiva e adotada, apenas de forma subsidiária, nos casos em que a suspensão não seja a alternativa mais conveniente.

Por último, há as penalidades disciplinares capitais, reservadas apenas às infrações mais graves, que tornem impossível a manutenção do vínculo estatutário entre o servidor e a Administração. São elas: demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. A análise das referidas sanções em conjunto justifica-se devido à característica, bastante significativa, que têm em comum: todas elas têm como consequência a extinção de um vínculo existente entre a Administração Pública e o servidor, seja ele ativo ou inativo, efetivo ou comissionado.

A demissão, aplicada aos servidores efetivos em atividade, tem lugar nas hipóteses enumeradas no art. 132 do Estatuto, que inclui, dentre outras condutas proibidas, a transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Acompanhando esta sistematização, o art. 134 prevê que “será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”. Assim, verifica-se que a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, na verdade, consistem na mesma reprimenda, aplicável a condutas idênticas, adotando-se uma nomenclatura para o servidor em atividade e outra para o servidor inativo (aposentado ou em disponibilidade).

A destituição de cargo em comissão, por sua vez, tem aplicação em maior número de hipóteses. Nos termos da lei, “a destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão” (art. 135, Lei nº 8.112/90).⁴⁵ Em comentários ao Estatuto, Diniz (2006, p. 502) declara que não poderia ser outro o entendimento senão o de destituir do cargo em comissão o servidor não efetivo que comete pena punível com suspensão. Isso porque, “durante o período de cumprimento da pena de suspensão, por não ocupar cargo permanente, ocorre a desvinculação do cargo em comissão, e, nessa condição, equivale à demissão” (DINIZ, 2006, p. 502).

Por último, há a penalidade de destituição de função comissionada, enunciada no inciso VI do art. 127. Infelizmente, o legislador esqueceu-se de mencionar quais

⁴⁵ Ressalte-se que, embora o texto legal relacione a destituição de cargo em comissão ao “não ocupante de cargo efetivo”, nada impede que o servidor seja também ocupante de cargo efetivo em outra esfera administrativa, sofrendo a penalidade de destituição em razão de infração funcional cometida no exercício de cargo em comissão em órgão ou entidade para o qual se encontre cedido, nos termos do art. 93, I, do Estatuto (“O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: I – para exercício de cargo em comissão ou função de confiança”). Nesse caso, a sanção de destituição de cargo em comissão somente atinge o vínculo (comissionado) entre o servidor e o órgão ou entidade para o qual se encontre cedido, sem implicar na desvinculação do cargo efetivo que porventura ocupe em outra esfera da Administração.

seriam as hipóteses de sua aplicação. Observe-se que a reprimenda se destina àqueles servidores que, ocupantes de cargos efetivos, exerçam também função de confiança.⁴⁶

Em um esforço para dar voz ao dispositivo, é possível conceber a sua aplicação, por analogia ao art. 135 do Estatuto, às mesmas hipóteses de cabimento da destituição de cargo em comissão, ou seja, nos casos de infração punível com suspensão ou demissão. À primeira vista, poder-se-ia questionar a serventia da interpretação, haja vista que as penalidades suspensiva e demissória, por si só, já se aplicam aos servidores efetivos. Suscita-se, então, a hipótese de cessão de servidor para o exercício de função comissionada em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios (art. 93, I, do Estatuto). Nesses casos, a aplicação da pena capital não se faz possível por faltar à autoridade do órgão ou entidade cessionária a competência para decretar a desconstituição do vínculo funcional original entre o servidor e esfera administrativa alheia ao seu âmbito de atuação. Da mesma maneira, não há que se falar em suspensão face à ausência do pressuposto de vínculo efetivo entre a autoridade sancionadora e o servidor exercente de função comissionada, de modo que, também nesse caso, a penalidade cabível será a destituição da função comissionada.

2.2.3 Critérios para fixação da penalidade

O critério primordial para a aplicação de sanção disciplinar em resposta à transgressão de um dever funcional consiste na culpabilidade do agente infrator.

Na verdade, ensina Munhoz de Mello (2009, p. 160), a culpabilidade é um princípio que decorre de uma estrutura principiológica mais complexa, encabeçada pelo princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade e que tem como corolários os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Após expor brevemente cada um deles, o autor conclui, correlacionando-os:

Enfim, o princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade exige que o ato estatal seja adequado ao alcance do fim pretendido [princípio da adequação] e cause o menor gravame possível aos particulares [princípio da necessidade]. Reza ainda o princípio que o ato adequado e necessário seja praticado na medida exata para o alcance do seu fim [princípio da proporcionalidade em sentido estrito].

Disso resulta, no campo do direito administrativo sancionador, que a sanção administrativa retributiva somente deve ser aplicada à conduta que, além de típica e ilícita,

⁴⁶ A Constituição Federal preceitua, em seu art. 37, V, que as funções de confiança devem ser “exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo”, de modo que não poderiam ser outros os destinatários da penalidade de destituição de função comissionada.

seja também culpável. Munhoz de Mello (2009, p. 161) explica que a aplicação de sanção retributiva somente cumpre sua finalidade preventiva nos casos em que seria “possível exigir conduta distinta da que foi praticada, evitando assim o resultado típico alcançado”.

Assim, volta-se à afirmação inicial de que, para a aplicação de uma penalidade disciplinar, o critério primordial consiste na verificação da culpabilidade do agente infrator.⁴⁷ Desde que tenha ele agido com voluntariedade e conhecimento da ilicitude, a sanção disciplinar tem o escopo de estimular a mudança de comportamento e evitar a prática de novas infrações funcionais, seja por deliberação consciente no sentido de evitar a reincidência, em caso de dolo, ou por maior diligência e cuidado ao agir, em caso de culpa.

Constatada, então, a culpabilidade do agente, a Administração Pública deve proceder à fixação da penalidade disciplinar, segundo os critérios definidos no Estatuto dos servidores. A Lei nº 8.112/90 impõe, em seu art. 128, que sejam “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”.

Ocorre que, diferentemente do Código Penal⁴⁸, o Estatuto não especificou a forma ou o grau de influência dos elementos ora enunciados na fixação da sanção administrativa, deixando a desejar no que diz respeito à regulamentação dos critérios a serem observados para a aplicação da penalidade.

Em análise do disposto no art. 128, verifica-se, de início, a ociosidade da referência à natureza da infração como critério para a fixação da penalidade. Ora, já se observou, no tópico antecedente, que a técnica adotada pelo legislador na cominação das penas consistiu na apresentação, em rol taxativo, das sanções cabíveis e, em seguida, na indicação das infrações sujeitas a cada uma delas. Dessa forma, a natureza da infração é inerente à tipificação da conduta, do que decorre, automaticamente, a identificação da espécie de sanção correspondente, conforme definido em lei. Não há que se falar, portanto, em qualquer juízo da autoridade sancionadora para a fixação da penalidade, tendo por base a natureza da infração.

⁴⁷ Osório (2001, p. 358) reafirma a importância do princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador, ensinando que se trata de “uma exigência inarredável, para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica”.

⁴⁸ A sistematização das regras de individualização da pena do Código Penal compreende, inicialmente, o art. 59, que dispõe acerca das circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima), a serem observadas pelo juiz, dentre outras finalidades, para a fixação das penas aplicáveis dentre as cominadas e da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. Nos artigos seguintes, o Código esclarece quais são as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as consequências da reincidência para o cálculo da pena. Além disso, muitos dos tipos penais apresentam, na própria tipificação do crime, causas de aumento ou de diminuição de pena, inclusive com a fixação do quantum a ser acrescido ou reduzido em cada caso ou, ao menos, dos limites mínimos e máximos a serem respeitados.

No que diz respeito à gravidade da infração, esta somente parece ter espaço na aplicação da penalidade de suspensão. Isso porque, das sanções elencadas no rol do art. 127, apenas a pena suspensiva admite algum grau de variabilidade, encontrável na definição do número de dias de suspensão (até o limite de noventa), que pode ser maior ou menor segundo a gravidade do ilícito cometido.⁴⁹ Além disso, o elemento da gravidade pode ser utilizado para a substituição da penalidade de advertência por suspensão, conforme entendimento extraído da parte final do art. 129 do Estatuto, nos casos em que, praticada infração originalmente punível com advertência, as circunstâncias indiquem gravidade acentuada, que extrapole àquela inerente ao próprio tipo. Outras sanções, porém, como a advertência e a demissão, não comportam gradação em seu rigor, haja vista a conformação única de cada uma delas: advertência por escrito, no primeiro caso, e eliminação do vínculo estatutário, no segundo.

Quanto aos danos ao serviço público ocasionados pela infração, deve-se ter em mente que somente podem ser considerados aqueles estranhos à definição da conduta, que não façam parte da própria essência da infração. No entanto, Costa (2009, p. 309) observa que, como regra, os danos devem ser considerados na aplicação da pena, pois os ilícitos administrativos são geralmente formais, ou seja, independem, para a sua tipificação, de resultados danosos efetivamente concretizados.

Prosseguindo, a questão mais problemática, pelo vácuo da Lei, parece ser a das circunstâncias agravantes e atenuantes. Embora preveja a sua consideração na fixação da penalidade, a Lei nº 8.112/90 não especificou quais seriam estas circunstâncias. Dessa forma, a autoridade sancionadora não encontra quaisquer parâmetros para o agravamento ou abrandamento da pena, senão aqueles oferecidos pela doutrina e jurisprudência, que carecem, obviamente, de uma uniformização ou sistematização coerente.

Por último, o art. 128 menciona os antecedentes funcionais, admitindo-os tanto para a majoração quanto para a redução da penalidade. Nesse quesito, é fácil imaginar a relevância das anotações nos assentamentos funcionais do servidor, que podem revelar avaliações de desempenho favoráveis ou desfavoráveis ao servidor, elogios, penalidades extintas pela prescrição⁵⁰, dentre outras ocorrências.

⁴⁹ Ainda assim, é de se anotar que o legislador não indicou com clareza as circunstâncias que corresponderiam a uma gravidade acentuada ou reduzida na prática da infração disciplinar. É dizer, não há na lei elementos objetivos que justifiquem a majoração ou redução do período de suspensão em razão da gravidade da infração funcional cometida pelo servidor, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência a construção do entendimento pertinente à utilização do elemento na fixação da penalidade disciplinar.

⁵⁰ “Art. 170. Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.” (Lei nº 8.112/90). Quanto às faltas não prescritas, não podem estas ser consideradas para fins de agravamento da pena com base nos antecedentes, haja vista configurarem o instituto da reincidência, com consequências próprias.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES: LIMITES E POSSIBILIDADE

Os caminhos trilhados até agora, no primeiro e segundo capítulos, convergem para o assunto que se passa a explorar: o controle externo do Poder Judiciário sobre a aplicação de sanções disciplinares, pela Administração Pública federal, aos servidores públicos estatutários.

Conforme já aduzido, o controle jurisdicional dos atos administrativos tem assento no festejado princípio do Estado de Direito, acompanhado de uma necessária separação dos poderes (ou das “funções estatais”). Conjugados, esses pilares apontam para a necessidade de uma conformação da atuação estatal ao Direito, assegurada, dentre outros mecanismos, mediante o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

No direito disciplinar, a atuação administrativa adquire características peculiares, delineadas por princípios gerais de direito sancionador, bem como regras específicas estabelecidas por cada regime disciplinar, como é o caso daquele definido na Lei nº 8.112/90 para os servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Dessa maneira, o controle jurisdicional dos atos administrativos disciplinares merece ser analisado como tópico a parte na seara do controle externo da Administração Pública.

A tarefa requer atenção redobrada uma vez que, a partir da investigação do regime disciplinar da Lei nº 8.112/90, empreendida no capítulo anterior, verificou-se a ausência de critérios legais bem definidos para a fixação da sanção disciplinar, especialmente no que diz respeito à penalidade de suspensão, que admite alguma gradação dentro dos limites de duração estabelecidos na Lei. Em consequência, é difícil conceber, com clareza, os limites da apreciação judicial sobre os atos disciplinares, até mesmo pela dificuldade de determinação de qual seria, em verdade, a decisão mais adequada a ser tomada pela Administração Pública diante da prática de determinada infração disciplinar.

Com isso, adquire especial relevância a contribuição da doutrina para a compreensão e o aprofundamento da matéria – ainda que os autores não sejam uníssomos sobre o assunto –, de tal forma que se busca, com o apoio doutrinário, a elucidação de alguns aspectos pontuais que possam representar óbices ou, ao revés, avaliar a ampliação do controle judicial sobre a aplicação de sanções disciplinares aos servidores públicos federais. Além disso, a jurisprudência será invocada como forma de ilustrar o debate e reforçar um ou outro entendimento consignado, ainda que não seja possível a identificação de um

posicionamento verdadeiramente predominante nos tribunais em todos os aspectos perquiridos.

Ao final, buscar-se-á revelar qual o resultado juridicamente viável do exercício do controle jurisdicional sobre sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais. Em outras palavras, o que se pretende é delimitar o papel do juiz no que diz respeito à anulação da sanção inadequada e à possibilidade de especificação da penalidade devida em sentença judicial.

3.1 Discricionariedade administrativa e exercício do poder disciplinar

A discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar consiste em argumento recorrente na doutrina clássica, que o adota com o fito de fundamentar a inviabilidade do controle jurisdicional amplo dos atos administrativos que impõem sanções disciplinares.

No entanto, no capítulo primeiro deste trabalho, já se buscou desconstituir a tese de que a discricionariedade conduziria à insindicabilidade dos atos administrativos, sob o argumento de que, mesmo no exercício do “poder-dever” discricionário, a Administração Pública encontra-se vinculada não só aos termos do comando legal, que expressamente lhe atribui a competência discricionária, ou aos motivos apresentados como justificativa do ato, mas também à teleologia da norma e, sobretudo, ao direito fundamental à boa administração pública.⁵¹

Nesse sentido, defendeu-se a sindicabilidade ampla dos atos administrativos, inclusive daqueles praticados no exercício da discricionariedade administrativa, para além do mero exame de legalidade, critério este habitualmente admitido mesmo pela doutrina mais conservadora.⁵²

⁵¹ O direito fundamental à boa administração, por sua vez, somente se faz cumprir quando a Administração Pública, segundo critérios consistentes de razoabilidade, adota a solução mais adequada para o caso concreto. Com isso, não se está a autorizar a utilização de juízos subjetivos na condução do ato administrativo que se afastem dos objetivos precípuos da atividade administrativa, mas apenas a se reconhecer aos administradores públicos a competência para a tomada de decisões, pertinentes à sua atuação, que não sejam objetivamente determinadas pelo legislador. Uma vez que a solução adotada pela Administração Pública se afaste daquela exigida pelo dever da boa administração, o que se torna aferível face às peculiaridades da situação concreta, justifica-se a revisão judicial do ato administrativo.

⁵² Para ilustrar o posicionamento que rejeita o amplo controle judicial dos atos administrativos praticados no exercício da discricionariedade, admitindo-o apenas quanto a alguns aspectos, invocam-se as lições de Di Pietro. Segundo a autora, “o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, [...] mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37)” (DI PIETRO, 2004, p. 640). Em seguida, ao tratar especificamente dos atos discricionários, a autora reafirma a possibilidade de controle judicial, mas exclui da apreciação do Judiciário os aspectos reservados ao juízo subjetivo da Administração Pública, ligados ao mérito administrativo (oportunidade e conveniência). Na linha de entendimento deste trabalho, não há razão para a exclusão, pois justamente nesses aspectos dependentes de apreciação subjetiva do administrador público é que reside o perigo da arbitrariedade, sendo fundamental a possibilidade de controle judicial dos atos para que se garanta o cumprimento do dever da boa administração.

Apenas para reforçar ainda mais o entendimento já consignado, retomam-se, as lições de Bandeira de Mello (2008a, p. 957) acerca da discricionariedade administrativa e da necessária limitação que se lhe impõe, ante o risco de arbitrariedade que um poder ilimitado poderia representar:

não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...].

Alinhado ao discurso de limitação da discricionariedade administrativa ora defendido, Freitas (2009, p. 388-389) esclarece que a “a discricionariedade, no Estado Democrático [...], está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade proibida”. Com isso, o autor abre caminho para a tese da ampla sindicabilidade dos atos praticados sob a luz da discricionariedade:

O controle sistemático dos atos discricionários e vinculados tem de tornar visível o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração pública e, simultaneamente, contemplar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites. O elo entre ambos os aspectos dos atos administrativos (discricionariedade e vinculação) reside na obrigatória referência ao direito fundamental em apreço. A liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe, de maneira exemplar, as suas atribuições, em termos de disciplina, criatividade, probidade e respeito à pluralidade. Nunca para o excesso ou para a omissão. Desse modo, a inibição mutilatória da sindicabilidade cede lugar sensato à busca prudente da efetividade do direito fundamental à boa administração e do correspondente dever de a Administração Pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009, p. 398)

Firma-se, então, o entendimento que acolhe a possibilidade de amplo controle jurisdicional dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa, pois, ainda que o administrador esteja, nesses casos, autorizado a tomar decisões segundo juízos subjetivos de conveniência e oportunidade, jamais poderá se afastar do cumprimento do dever da boa administração. Assim, justifica-se a intervenção do Judiciário sempre que a Administração deixar de atender à sua função precípua, por exemplo, seguindo um juízo discricionário que extrapole os limites da razoabilidade.

Contudo, ainda que prevalecesse entendimento contrário, pretende-se demonstrar que, para os propósitos consignados no presente trabalho, a discussão não se pode limitar à questão da divergência quanto à sindicabilidade ou não dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa. Isso porque, conforme se passa a defender no presente tópico, é mínimo o espaço para a discricionariedade no âmbito de aplicação do poder disciplinar.

Para isso, faz-se necessário, inicialmente, analisar os argumentos da doutrina tradicional, por vezes acompanhada pela jurisprudência pátria, que sustenta a presença de margem de liberdade ao administrador na aplicação de sanções disciplinares aos servidores públicos.

É isso que se depreende, por exemplo, das lições de Meirelles (2007, p. 124) acerca do poder disciplinar da Administração Pública:

Poder disciplinar é a *faculdade* de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. [...] a Administração, como titular do poder disciplinar, só o exerce a benefício do serviço, e, perseguindo esse objetivo, é o *único* juiz da *conveniência e oportunidade* da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição. (grifos nossos)

Algumas linhas depois, o autor avigora o caráter discricionário que atribui ao poder disciplinar, acolhendo como possível que o administrador, na aplicação de sanção, escolha qualquer uma dentre aquelas previstas genericamente em lei ou regulamento, como se não houvesse uma correspondência necessária entre cada infração tipificada e a sanção cabível:

Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da *pena específica* que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas. (MEIRELLES, 2007, p. 125, grifo do autor)

Di Pietro (2004, p. 520), por sua vez, diferencia o ilícito administrativo do ilícito penal sob a perspectiva da tipicidade, mitigada, na sua visão, no campo do direito administrativo disciplinar:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.⁵³

Os exemplos invocados, no entanto, revelam alguma confusão entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Embora se reconheça

⁵³ A proposição da autora não se coaduna com a linha defendida neste trabalho, na subseção “2.1 Tipificação das condutas infracionais”. Naquela ocasião, sustentou-se a necessária observância ao princípio da tipicidade, ainda que relativizado, não podendo a lei deixar de indicar com clareza suficiente a conduta considerada ilícita, bem como a respectiva sanção. Entendimento contrário implicaria em violação aos direitos fundamentais dos servidores públicos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, uma vez que estariam sujeitos a um regime jurídico absolutamente desconhecido, a ser constituído para cada caso concreto, a critério exclusivo da autoridade administrativa sancionadora e somente após a identificação do indivíduo a ser sancionado, em desrespeito também ao princípio da impessoalidade.

certa laconicidade da Lei nº 8.112/90 na descrição das condutas infracionais, a questão não pode ser resolvida por simples juízo discricionário do administrador, pois seria temerário que este pudesse preencher o conteúdo da norma segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade. Em vez disso, impõe-se a realização de atividade interpretativa da norma, segundo métodos próprios. O assunto será aprofundado no tópico subsequente, que abordará especificamente a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados no regime disciplinar estatutário. Por ora, tem-se por afastadas as hipóteses de discricionariedade sugeridas acima.

Também à luz do que dispõe a Lei nº 8.112/90, entende-se que não deve prevalecer o entendimento partidário da discricionariedade na aplicação de penalidade disciplinar de modo geral. Isso porque, ao tratar da tipificação das infrações e da cominação das penalidades, verificou-se que o Estatuto foi sistemático ao especificar qual a sanção devida para cada conduta praticada, poupando o administrador público de tal encargo.

A propósito, Furtado (2007, p. 988) declara que “A Lei nº 8.112/90 indica, de forma precisa, a sanção a ser aplicada em razão da infração cometida”. Em seguida, assim como se fez no capítulo antecedente, o autor passa a examinar as hipóteses de cabimento das penalidades previstas no rol do art. 127, enumeradas, com clareza e objetividade, nos arts. 129, 130, 132, 134 e 135 do Estatuto.

Reconhece-se, todavia, que apenas em três hipóteses a Lei deixou de programar uma resposta unívoca à prática de infração: (i) no caso das transgressões puníveis com suspensão, em que se faz necessário determinar o *quantum* da pena; (ii) no reconhecimento da possibilidade de conversão da penalidade de suspensão em multa, o que dependerá de análise quanto à conveniência para o serviço; e, por fim, (iii) na possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão nos casos de infração originalmente punível com advertência, mas que, em razão da gravidade do ilícito cometido, justifique a imposição de sanção mais severa.

Nesse sentido, recorre-se, uma vez mais, às lições de Furtado (2007, p. 989), que traça posicionamento semelhante quanto à existência de discricionariedade mínima no campo disciplinar:

A margem de discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares é mínima e somente se verifica em duas situações, ambas relacionadas à pena de suspensão. A primeira hipótese de discricionariedade na aplicação de sanções disciplinares diz respeito à gradação da pena de suspensão, que nos termos da lei pode ser de um a 90 dias. [...] A outra situação em que o juízo de discricionariedade interfere na aplicação das sanções está relacionada à possibilidade de *a pena de suspensão ser convertida em multa*.⁵⁴ (grifo do autor)

⁵⁴ Observe-se que o autor é silente quanto à possibilidade de agravamento da penalidade de advertência para suspensão, com fundamento na gravidade do ilícito cometido. Face à parte final do art. 129 do Estatuto, no entanto, a interpretação que acolhe a hipótese parece a mais

Com a devida ressalva às hipóteses citadas, portanto, Furtado (2007, p. 990) discorda do entendimento tradicionalmente adotado pela doutrina que admite âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções disciplinares. Para isso, o autor reporta-se à Lei nº 8.112/90, denunciando a ausência de aberturas no texto legal que pudessem corroborar com a tese refutada:

Ao contrário, trata-se de atividade regrada ou vinculada: se a autoridade competente tiver conhecimento do cometimento de infração, deve ser instaurado processo administrativo disciplinar; comprovado o cometimento da infração, deve ser aplicada a sanção; e em relação à sanção a ser aplicada, se advertência, suspensão, demissão, destituição ou cassação, a lei indica aquela a ser aplicada. Se em cada etapa desse processo a Administração Pública atua de forma vinculada, como se pode falar em discricionariedade na aplicação de sanção disciplinar? Em conclusão, e sem sombra de dúvida, a aplicação das sanções disciplinares previstas na Lei nº 8.112/90 constitui atividade administrativa vinculada. (FURTADO, 2007, p. 990-991)

Como se vê, o debate entre os doutrinadores é longo e ainda carece de solução. Neste trabalho, focado no regime disciplinar da Lei nº 8.112/90, adota-se a segunda linha de pensamento, em conformidade lógica com a análise empreendida no capítulo antecedente acerca das infrações e penalidades previstas no referido diploma legal. De fato, não foram encontradas, além das três hipóteses ressalvadas, outras que autorizassem o uso da discricionariedade administrativa alegada por alguns autores, cujo raciocínio ora a confunde com o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados na descrição das condutas infracionais, ora extrapola o texto legal e desconsidera o quadro de correspondência entre sanções e penalidades fixado na Lei.

Assim, afasta-se a limitação à revisão judicial dos atos disciplinares calcada no argumento discricionário, apontando-se para um controle amplo, que não exclui da apreciação do Judiciário aspectos supostamente reservados a juízos de conveniência e oportunidade do administrador. Além disso, mesmo nas hipóteses restritas em que ainda se admite certa margem de discricionariedade, o controle judicial pode ser exercido, sempre que invocado, como forma de assegurar o direito fundamental à boa administração, que se condiciona à proporcionalidade e à razoabilidade das decisões, critérios dos quais a Administração Pública não está autorizada a se afastar nem mesmo no exercício de atividade discricionária.

Idêntica é a conclusão de Pereira (2007, p. 115):

Em suma: há requisitos indispensáveis aos quais a Administração deve obedecer ao editar atos administrativos, especialmente os que impõem sanções, como também há um regime jurídico disciplinar, em que não existe espaço para o chamado mérito

acertada, ainda mais quando considerado que, no caso da suspensão, não há a enumeração indicativa das hipóteses de cabimento, devendo o seu âmbito de aplicação ser compreendido, residualmente, a partir da conjugação dos dispositivos que tratam das demais sanções disciplinares.

administrativo [...]. Assim, estruturam-se os alicerces que sustentam a hipótese apresentada na introdução deste trabalho: cabe ao poder Judiciário examinar formal e materialmente as sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos, sem que haja limitação em razão de suposta discricionariedade administrativa.

A linha de entendimento que sustenta a (quase) inexistência de discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar já encontra algum alento também na jurisprudência, em que pese a ausência de uma orientação verdadeiramente predominante também nos tribunais, à semelhança do que ocorre no campo doutrinário.

É o que se verifica a partir da análise do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Mandado de Segurança nº 12.983/DF, em que se afirmou a inexistência de discricionariedade administrativa no controle jurisdicional sobre atos disciplinares.⁵⁵ Segue a ementa do julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

I – Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II – Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

[...]

(STJ, Terceira Seção, Mandado de Segurança 12.983/DF; rel.: Min. Felix Fischer; julg.: 12 dez. 2007; publ.: DJ 15 fev. 2008, p. 79) (grifo nosso)

No acórdão em comento, a questão da discricionariedade foi enfrentada pelos julgadores como preliminar, tendo sido apontada pela autoridade coatora como impeditivo para a reforma da decisão na via judicial. Afastando tal impedimento, é valiosa a contribuição do julgado no reforço da conclusão alcançada neste trabalho, uma vez que a decisão se assentou, inclusive, em princípios constitucionais presentes no regime jurídico disciplinar, que servem de baliza à atividade administrativa disciplinadora:

⁵⁵ No mesmo sentido aponta o acórdão proferido pelo STJ nos autos do MS nº 15.437/DF, julgado em 27 de outubro de 2010. Naquela ocasião, restou vencido o voto do Min. Arnaldo Esteves Lima, que sustentou que “a adoção pura e simples do entendimento de que, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão contrária o princípio da individualização da pena, que se aplica também no procedimento administrativo”. Além disso, aduziu que “É possível a aplicação da pena de suspensão ou pena de advertência, ainda que prevista em lei a aplicação apenas de pena de demissão ao servidor que atuou indevidamente como procurador em procedimentos administrativos, pois a aplicação compulsória da pena de demissão contraria o princípio da individualização da pena, também aplicado no âmbito do processo administrativo disciplinar, bem como o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que prevê que na aplicação das penalidades devem ser considerados os fatos apurados no processo disciplinar e a situação funcional do servidor.” Em sentido oposto, porém, prevaleceu, nos termos do voto do Relator Min. Castro Meira, o entendimento de que, face à previsão do art. 132, XIII, quanto à penalidade de demissão para o caso de cometimento da infração descrita no art. 117, XI, “o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, por tratar-se de ato plenamente vinculado”. Além disso, consignou-se que “não há que se falar, portanto, em desproporcionalidade da pena, já que informada pelo princípio da legalidade estrita, não havendo margem para a dosimetria da sanção pelo administrador” (STJ, Primeira Seção, Mandado de Segurança nº 15.437/DF; rel.: Min. Castro Meira; julg.: 27 out. 2010; publ.: DJe 26/11/2010). Registre-se, por fim, que o posicionamento vencedor no julgado em comento encontra o apoio doutrinário de Furtado (2007, p. 680), que esclarece que “o art. 128 da Lei nº 8.112/90, ao dispor que ‘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’, pode ser utilizado tão-somente para a aplicação da pena de suspensão, que nos termos da lei pode ser de até 90 dias. [...] Não é possível utilizar o disposto no art. 128 com o objetivo de fazer com que determinada conduta prevista em lei como punível com demissão seja punida com suspensão”.

Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público. Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: **princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).**⁵⁶ (grifos originais)

À luz do que dispõe a Constituição de 1988, portanto, o voto do relator conduziu o julgamento em sentido que favorece a ampliação do controle jurisdicional dos atos disciplinares, admitindo-o sempre que presente violação aos direitos do servidor perpetrada pela Administração com o uso do poder disciplinar desconforme com os princípios constitucionais. Assim, concluiu o relator:

Dessa forma, são critérios como esse que condicionam o ato disciplinar e não mero juízo de conveniência (dito mérito administrativo) que pudesse limitar o controle jurisdicional acerca da matéria. **Na verdade, trata-se, simplesmente, de dar efetividade a comandos constitucionais e legais.**⁵⁷ (grifo original)

3.2 A questão dos conceitos jurídicos indeterminados na Lei nº 8.112/90

É cediço que, diante da infinitude de situações em que o Direito é chamado a agir, não se mostra razoável exigir do legislador que preveja, abstratamente, todas as hipóteses de fato, com as especificidades próprias de cada caso concreto, que possam vir a se subsumir na hipótese normativa criada. Dessa dificuldade resulta que, por vezes, a legislação necessita valer-se de expressões vagas ou genéricas, que permitam alcançar, o quanto possível, a multiplicidade das situações concretas. Cogita-se, então, dos conceitos jurídicos indeterminados.

É certo que não se trata de exclusividade do Direito Administrativo, porém, é nessa esfera que o assunto adquire maior relevo, em razão de que, diferentemente do que ocorre nos campos do Direito Civil ou do Direito Penal, por exemplo, a aplicação inicial desses conceitos é feita pela própria Administração, conforme explica Pereira (2007, p. 94). O autor avança para concluir que a peculiaridade ora revelada não tem o condão de afastar a Administração da vinculação à lei e ao Direito, senão o contrário:

o tema “conceitos jurídicos indeterminados” possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que no Direito Civil e no Direito Penal, o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto, enquanto naquele o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração, ao interpretar e aplicar tais conceitos, o fez conforme o Direito. A interpretação e a aplicação dos conceitos jurídicos

⁵⁶ STJ, Terceira Seção, Mandado de Segurança 12.983/DF; rel.: Min. Felix Fischer; julg.: 12 dez. 2007; publ.: DJ 15 fev. 2008, p. 79.

⁵⁷ STJ, Terceira Seção, Mandado de Segurança 12.983/DF; rel.: Min. Felix Fischer; julg.: 12 dez. 2007; publ.: DJ 15 fev. 2008, p. 79.

indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei e ao Direito. (PEREIRA, 2007, p. 94-95)

Inicialmente, impende esclarecer a confusão que algumas vezes se observa na doutrina entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. É certo que, segundo o entendimento perfilhado neste trabalho, a Administração encontra-se vinculada à lei e ao sistema jurídico, de modo geral, tanto na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, quanto no exercício da discricionariedade administrativa.⁵⁸ Ainda assim, a distinção há de ser feita.

Segundo a linha de entendimento adotada, a discricionariedade consiste na margem de liberdade conferida ao administrador para, diante de dois ou mais comportamentos igualmente admitidos em lei, eleger, face às peculiaridades do caso concreto e segundo critérios de razoabilidade, aquele que melhor atenda à finalidade da lei, quando dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação enfrentada. Pressupõe, assim, um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade, necessariamente conforme a lei e o Direito, a fim de se alcançar a solução mais adequada.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, consistem em técnica com a qual “a lei refere uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 394). Assim, a atividade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados passa por um processo de compreensão da realidade, imprecisamente referida na lei, de forma a verificar a ocorrência de subsunção das circunstâncias reais à hipótese abstratamente considerada na norma.

Tourinho (2004, p. 324-325) esclarece melhor o processo de apreensão do conteúdo da norma expressa por meio de conceitos jurídicos indeterminados:

Nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, proibidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício interpretativo para alcance do seu sentido, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete, ao desenvolver o raciocínio de interpretação, chegará a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva.

A partir desta definição, observa-se que os conceitos jurídicos indeterminados diferem, fundamentalmente, da discricionariedade administrativa, uma vez que esta não resulta da ambiguidade ou imprecisão das expressões utilizadas na lei, mas de

⁵⁸ A respeito do assunto, remete-se à subseção “1.4.2 Possibilidade de controle dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa”.

uma margem de liberdade expressamente conferida ao administrador para que eleja a solução mais adequada, dentre duas ou mais possíveis, segundo juízos de conveniência e oportunidade. Exatamente nessa linha, sustenta o ministro Grau (1998, p. 164):

a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos das normas jurídicas serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas. (grifos do autor)

A contribuição do autor se faz presente, ainda, na diferenciação dos processos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de exercício da discricionariedade administrativa, ou dos juízos distintos exigidos por cada um deles, conforme se observa a seguir:

a superação da indeterminação (o *preenchimento*) dos “conceitos indeterminados” opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discricionariedade*; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*. (GRAU, 1998, p. 159, grifos do autor)

Correlacionando os dois institutos, tem-se que, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o raciocínio interpretativo que se requer do administrador parece ter lugar em momento anterior ao juízo discricionário, que pode ou não suceder a atividade de preenchimento do conteúdo da norma. Nesse sentido, leciona Filgueiras Júnior (2007, p. 200), em obra dedicada exatamente à relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, cujas conclusões são as seguintes:

tanto a discricionariedade quanto a interpretação [dos conceitos jurídicos indeterminados] laboram sobre o caso concreto e ambas requerem a apreensão do conteúdo normativo, isto é, ambas realizam juízo de juridicidade. São atividades que se identificam do ponto de vista lógico. No entanto, diferem-se do ponto de vista jurídico. [...] a discricionariedade se vale do resultado da interpretação para ir além dela, como uma forma de superá-la.

A mesma correlação é apresentada por Furtado (2007, p. 1058), ao afirmar que “O processo interpretativo antecede o juízo de discricionariedade”. Com isso, conclui-se que, se do processo interpretativo resultar o enquadramento da situação concreta em hipótese para a qual a lei estabeleça determinada conduta como devida pela Administração, não haverá espaço para atuação discricionária.

Quanto à possibilidade de utilização dos conceitos jurídicos indeterminados na elaboração do regime disciplinar, Osório (2007, p. 227) esclarece, tratando do direito administrativo sancionador em sentido mais amplo, que:

A tipicidade do ato ilícito pode, fora de dúvida, ser composta por conceitos ou termos indeterminados, vazados em cláusulas gerais, regras ou princípios, que descrevem, abstratamente, as condutas proibidas, com um mínimo de previsibilidade, conforme já se disse antes.

De fato, é corrente na Lei nº 8.112/90 a descrição de condutas tidas como ilícitos funcionais por meio de conceitos fluidos, com conteúdos plurissignificativos. É o caso, por exemplo, da violação ao dever de “exercer com *zelo e dedicação* as atribuições do cargo” (art. 116, inciso I) ou de “manter *conduta compatível* com a *moralidade administrativa*” (art. 116, inciso IX), bem como a transgressão configurada por “proceder de forma *desidiosa*” (art. 117, inciso XV). Em todos esses casos, caberá ao administrador verificar se as circunstâncias do caso concreto permitem a subsunção da realidade a algum dos ilícitos disciplinares previstos na Lei, consideradas todas as possibilidades compreendidas na sua extensão semântica.

Apresentado o assunto sob o ponto de vista conceitual e desfeita a confusão entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados, cumpre perquirir se, neste último caso, há espaço para o controle jurisdicional dos atos administrativos disciplinares, tendo em vista que, conforme se aferiu acima, é constante o uso de termos e expressões fluidas ou imprecisas na definição de ilícitos funcionais.

Nesse ponto, a doutrina é mais pacífica, admitindo com certa tranquilidade a possibilidade de revisão judicial dos atos que envolvem conceitos jurídicos indeterminados. É o que se verifica, por exemplo, nas lições de Furtado (2007, p. 1058):

Por mais vago ou indeterminado que seja o preceito legal, existem limites lógicos a serem observados no processo interpretativo, e estes limites estão sujeitos ao controle de legalidade.

No mesmo sentido, aponta Bandeira de Mello (2008b, p. 24):

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, *se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu*. (grifo do autor)

Exatamente pela ausência de maiores divergências quanto à possibilidade do referido controle judicial, é escassa a jurisprudência sobre o assunto. Em pesquisa ao acervo de julgados dos tribunais superiores, não se identificou decisão que tenha colocado em pauta a questão do controle jurisdicional dos atos disciplinares sob a perspectiva da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados em lei.

Ilustrativamente, colhe-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, ainda que não tenha tratado especificamente da aplicação de sanção disciplinar a servidor público, acabou por firmar o entendimento ora esposado acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme ementa abaixo:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE

O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO.

I - O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: “salvo **relevante interesse público**, devidamente justificado”.

II - Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo.

[...]

(STJ, Quinta Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19.590/RS; rel.: Min. Felix Fischer; julg.: 2 fev. 2006; publ.: DJ 20 mar. 2006, p. 310) (grifos nossos)

Com isso, encerra-se o presente tópico com a conclusão de que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador público admite o controle jurisdicional pleno do ato que impõe sanção disciplinar a servidor público, uma vez que envolve atividade interpretativa da norma, atribuída ao Poder Judiciário, em última instância, sempre que instalado um litígio.

3.3 Autonomia entre as instâncias e amplo acesso à Justiça

No direito brasileiro, não se olvida a existência de verdadeira autonomia entre as instâncias administrativa e judicial, decorrente da aplicação do princípio da “separação dos poderes”⁵⁹, este por sua vez expresso no art. 2º da Constituição Federal⁶⁰. Por outro lado, o mesmo princípio que preconiza a convivência independente e harmônica entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) pressupõe o controle mútuo como forma de evitar o abuso de poder ou o aniquilamento dos demais e, assim, assegurar a sobrevivência do Estado de Direito.

Nesse cenário, o controle exercido pelo Poder Judiciário face aos demais ganha destaque por força do princípio da unicidade da jurisdição, referido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶¹. Conforme ensina Pereira (2007, p. 112), a adoção do princípio da jurisdição una pelo direito brasileiro “significa dizer que o Judiciário é o órgão competente para afirmar o direito com caráter de definitividade e com prevalência em relação aos demais Poderes”.

⁵⁹ A respeito do assunto (e da impropriedade da expressão), discorreu-se no primeiro capítulo deste trabalho, na subseção “1.2.1 O controle do poder”.

⁶⁰ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (Constituição Federal de 1988).

⁶¹ Aproximando-se de sua própria expressão no texto constitucional, a unicidade de jurisdição é referida na doutrina também como princípio da “inafastabilidade do Poder Judiciário”.

A respeito do assunto, também discorre Freitas (2009, p. 118):

O Poder Judiciário decide, por último, em matéria de controle sistemático das relações administrativas. O princípio da unidade da jurisdição, no tocante ao controle das relações administrativas, apresenta desdobramentos relevantes, dentre os quais cumpre mencionar o não-cerceamento do acesso à esfera judicial em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos, a correlata desnecessidade de exaurimento das vias administrativas e a vedação de coisa julgada, em sentido próprio, na esfera meramente administrativa, embora ocorrente a preclusão em várias hipóteses.

O primeiro desdobramento do princípio da unicidade da jurisdição apontado pelo autor é exatamente aquele que mais interessa à presente investigação: ao estabelecer que somente ao Judiciário compete decidir, com caráter de definitividade, os litígios surgidos das relações administrativas, a Constituição deve, conseqüentemente, garantir o amplo acesso à Justiça a todos aqueles que possam ter seus direitos ameaçados no âmbito de uma relação jurídica.

No campo do direito disciplinar, voltado à apuração de infrações funcionais e à aplicação de sanções disciplinares, a garantia de acesso à Justiça deve ter como destinatário especial os servidores públicos, sujeitos ao regime disciplinar imposto pela Administração Pública e, dessa maneira, expostos à potencial lesividade da atividade sancionadora.

Assim, em que pese a consideração de que à Administração Pública compete apurar e punir internamente os seus servidores – inclusive editando atos disciplinares revestidos do atributo da auto-executoriedade –, tal competência deve ser exercida sem prejuízo de posterior apreciação jurisdicional, podendo o servidor recorrer ao Judiciário sempre que, da atividade sancionadora empreendida pela Administração, resulte lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

Como se não fosse suficiente à conclusão a abrangência da garantia constitucional de acesso à Justiça, elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos, a Constituição ainda foi específica ao tratar do regime dos servidores públicos, determinando, no § 2º do art. 41, a reintegração como consequência da invalidação de demissão de servidor estável por sentença judicial⁶². Feita a leitura do dispositivo a partir de sua premissa (qual seja, a prolação de sentença judicial que invalide penalidade disciplinar aplicada), observa-se que está perfeitamente alinhado ao posicionamento que acolhe a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos disciplinares.

⁶² “Art. 41 [...]”

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.” (Constituição Federal de 1988).

3.4 Resultado do controle jurisdicional: anulação ou substituição da sanção?

Para encerrar o presente trabalho, cumpre perquirir, por último, qual a consequência produzida pelo controle jurisdicional quando seja efetivamente comprovada a ilegitimidade do ato disciplinar, seja por motivo de ilegalidade, seja por afronta aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, dentre outros balizadores da atividade sancionadora.

Duas hipóteses podem ser vislumbradas: ou o juiz anula a sanção aplicada mediante o ato administrativo viciado e determina a sanção cabível, seguindo as regras e os princípios próprios do regime disciplinar ou, de maneira mais restrita, limita-se a declarar a nulidade do ato sancionador, restando à Administração Pública, se for o caso, a tarefa de identificar e aplicar a sanção devida, à luz dos fatos apurados em sindicância ou processo administrativo disciplinar.

A primeira solução é questionada por alguns autores, pois, sob a égide do princípio da separação dos poderes, faltaria ao Poder Judiciário a legitimidade para, substituindo-se à autoridade administrativa – verdadeira legitimada para o exercício do poder disciplinar em face dos seus servidores – fixar sanção diversa daquela aplicada na instância administrativa. Esse impedimento é invocado, principalmente, pela doutrina tradicional, como ilustram as palavras de Meirelles (2007, p. 698):

Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima à luz do devido processo legal material, e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto **sem tolher o discricionarismo da Administração** quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. [...] **o que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz.** (grifos nossos)

O entendimento encontra algum respaldo também na jurisprudência, de onde se pinça o exemplo a seguir:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS FORMAIS. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. **SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.**

1. A autoridade administrativa, ciente da prática de qualquer irregularidade no serviço público, deve, de ofício, por mandamento legal, determinar a apuração dos fatos imediatamente, assegurada ao acusado a ampla defesa. Inteligência do art. 143 da Lei n. 8.112/90.

[...]

6. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o **princípio da proporcionalidade**, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas.

7. **Segurança concedida em parte para o fim específico de anular-se a Portaria n. 469, de 29 de março de 2005, que demitiu o impetrante** do cargo de Policial do Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça, **sem prejuízo de eventual apenamento menos gravoso, pelas infrações disciplinares detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar instaurado.**

(STJ, Terceira Seção, Mandado de Segurança 10.827/DF; rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa; julg.: 14 dez. 2005; publ.: DJ 06 fev. 2006, p. 195) (grifos nossos)

Por outro lado, o posicionamento acima esposado esbarra na voz dissonante de Pereira (2007, p. 149), que alerta que “o argumento da discricionariedade administrativa continua sendo a base da inviabilidade de o Judiciário substituir a penalidade aplicada pelo Executivo”. E prossegue, afirmando que:

O Judiciário, desde que possua elementos suficientes para tanto e respeitado o prazo prescricional para a imposição da sanção administrativa, deve reconhecer a violação ao direito e especificar a penalidade adequada, determinando a sua imposição, cujo conteúdo não pressupõe qualquer juízo de conveniência ou oportunidade (discricionariedade administrativa). (PEREIRA, 2007, p. 152)

Na linha de coerência do entendimento perfilhado neste trabalho, entende-se que a solução deve ser intermediária.

Conforme se pretendeu demonstrar no tópico destinado à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar, a margem de liberdade conferida ao administrador para a escolha da sanção cabível é mínima. Assim, na grande maioria dos casos, a autoridade sancionadora encontra-se estritamente vinculada aos critérios legais, apresentados na Lei nº 8.112/90 como um quadro de correspondências entre a infração tipificada e a sanção cabível. Portanto, diante de uma situação concreta, restará ao administrador apenas uma conduta possível, de forma que, aplicada penalidade diversa daquela prevista para a infração cometida, caberá ao Judiciário a anulação do ato sancionador e a fixação da penalidade devida, aferível a partir de simples juízo de legalidade.

Em apenas três situações, porém, a Lei deixou de programar uma resposta unívoca à prática de infração: no caso das transgressões puníveis com suspensão, em que se faz necessário determinar o *quantum* da pena; na possibilidade de conversão da penalidade de suspensão em multa, que dependerá da conveniência para o serviço; e, por fim, na possibilidade de agravamento da penalidade de advertência para suspensão, em razão da gravidade com que se comete o ilícito.

Em todas as hipóteses, a fixação da penalidade adequada exige do administrador mais do que mero raciocínio interpretativo, incumbindo-lhes, para a determinação do período de suspensão, para sua conversão em multa ou para o agravamento

de advertência para suspensão, um juízo de conveniência e oportunidade, balizado, sobretudo, por critérios como a proporcionalidade e a razoabilidade.

Nesses casos, de discricionariedade mínima, o Judiciário somente estará autorizado a agir caso a decisão administrativa padeça de evidente desproporcionalidade ou fuja aos parâmetros da razoabilidade. Em todo caso, dado o caráter inexato dos critérios invocados, entende-se que o juiz deverá se restringir à anulação do ato viciado, impondo à autoridade administrativa nova apreciação sobre os fatos, que se atente aos princípios balizadores do exercício do poder disciplinar.

Esse entendimento, adotado para os casos em que ainda persista margem mínima de discricionariedade administrativa na fixação de sanção disciplinar, encontra respaldo nas lições de Furtado (2007, p. 1063), que invoca a Carta Maior para legitimar o controle jurisdicional dos atos administrativos que extrapolem o âmbito legítimo da discricionariedade, afrontando princípios ou direitos fundamentais:

Nada indica que a vontade do juiz seja mais legítima que a do legislador ou do administrador público. Se estes últimos, no entanto, ferem a Constituição ou adotam soluções contrárias à realização dos direitos fundamentais, impõe-se o necessário controle judicial não por voluntarismo, mas por imperativo constitucional.

Por outro lado, o autor recorre à teoria da reserva da administração para limitar a interferência do Judiciário no âmbito da matéria administrativa:

A partir da noção de *reserva da administração*, deve ser reconhecido que o juiz – ou quem exerça controle de legalidade – não pode substituir o administrador na definição das soluções de conveniência e oportunidade administrativa. (FURTADO, 2007, p. 1062, grifo do autor)

Se, então, o Judiciário deve examinar os atos que impõem sanções disciplinares com inobservância aos preceitos fundamentais de ordem constitucional, mas, por outro lado, não está autorizado a se substituir ao administrador no juízo de conveniência e oportunidade, confirma-se a plausibilidade da solução proposta: nesses casos, em que se manifesta a discricionariedade mínima, compete ao Judiciário somente a anulação do ato viciado, devolvendo-se à Administração a oportunidade de proferir nova decisão, desde que adequada aos limites da discricionariedade que lhe é conferida, sobretudo ao princípio da razoabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao final deste trabalho com a constatação de que ainda será necessário muito caminhar para se alcançar o fim das arbitrariedades cometidas pela Administração Pública na aplicação de sanções disciplinares aos seus servidores.

Os doutrinadores apontam as mais diversas interpretações para a sistemática do regime disciplinar, os juízes muitas vezes se abstêm de exercer o devido controle dos atos disciplinares arbitrários sob a escusa de não adentrar no mérito administrativo e, nesse cenário conflitante, os administradores prosseguem aplicando sanções disciplinares que muitas vezes se afastam dos necessários parâmetros legais e principiológicos que devem balizar a atividade disciplinadora interna.

Nesse sentido, acrescentando mais uma voz ao debate, a investigação do alcance do controle jurisdicional dos atos disciplinares buscou trilhar um caminho em que fosse possível detectar e eliminar os rastros de arbitrariedade que cismam em acompanhar o processo de apuração de infrações e aplicação de penalidades disciplinares aos servidores faltosos.

Logo no capítulo preambular, as constatações acerca das feições que o Estado Democrático de Direito assume no direito brasileiro permitiram vislumbrar um campo aberto para o amplo controle dos atos praticados pela Administração Pública, sustentado, sobretudo, no direito fundamental à boa administração pública.

Em seguida, o exame do regime disciplinar instituído pela Lei nº 8.112/90, aplicável aos servidores públicos federais, possibilitou o delineamento dos contornos específicos que devem orientar a atividade disciplinadora no âmbito da Administração Pública federal. Com isso, foram definidos, ao menos em alguma medida, os parâmetros para verificação da adequabilidade da decisão administrativa sancionadora pelo Poder Judiciário.

Por fim, foram enfrentados alguns aspectos pontuais necessários ao deslinde da questão central do trabalho. Em um primeiro momento, o estudo deteve-se na questão da discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar. Nesse ponto, o debate revelou-se recheado de posicionamentos conflitantes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Aliás, não é demais dizer que o assunto mereceria ser abordado até mesmo como foco delimitado de outro trabalho monográfico. Não sendo esse o cerne dessa pesquisa, porém, foi necessário adotar um posicionamento – o qual se inclinou à existência de uma discricionariedade mínima em âmbito disciplinar – e avançar às demais questões.

Tratou-se, ainda, do problema referente aos conceitos jurídicos indeterminados. Desfeita a confusão entre estes e a discricionariedade administrativa, contudo, não restaram maiores controvérsias quanto à possibilidade de controle jurisdicional dos atos disciplinares que pressupõem a apreensão dos conceitos fluidos ou imprecisos presentes na descrição das condutas infracionais na Lei nº 8.112/90.

Por fim, como resultado de toda a investigação empreendida ao longo do trabalho, buscou-se definir qual o papel do juiz no desempenho da função de controle dos atos administrativos. Chegou-se à conclusão de que, nos casos em que a Lei ofereça, de maneira direta e objetiva, a resposta a uma conduta infracional e esta seja ignorada pela Administração, caberá ao juiz a anulação do ato sancionador e a fixação da penalidade devida. Por outro lado, nas hipóteses restritas de discricionariedade, em que a fixação da sanção disciplinar demanda juízo de conveniência e oportunidade do administrador, o juiz deverá pronunciar-se somente quanto à anulação do ato viciado, devolvendo à Administração, se for o caso, a oportunidade de proferir nova decisão, desde que adequada aos limites tangentes da atividade disciplinar.

Por todo o exposto, conclui-se que a investigação conduziu-se no sentido de confirmar a possibilidade de amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares aplicadas pela Administração aos servidores públicos federais. A hipótese, aliás, se demonstrou não apenas ajustada à estrutura jurídico-constitucional vigente no país, mas realmente essencial à concretização do direito fundamental à boa administração pública.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado** 4ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALLI, Cássio. **O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Edição de Maio/Agosto 2009. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/filesRDA%20251.pdf>. Consultado em: 20.set.2011.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Trad.: Lydia Cristina. 8ª ed. 4ª. Imp. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Lei nº 8.112/90 comentada**. 9. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 3. ed. Madri: Civitas, 1991.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. Malheiros Editores, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Trad. espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad.: Jean Melville. São Paulo, SP: Martin Claret, 2002.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael . **O regime jurídico das sanções administrativas**. In: *Revista eletrônica de estudos jurídicos da OAB/PR*, v. 4, p. 149-171, 2009. Disponível em: <http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista04/149-171.pdf>. Consultado em: 20.out.2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

SILVA, Juliana. **O Estado de Direito na Constituição Brasileira de 1988**. In: *Revista de Direito Público*, nº 6. IDP: Brasília, Out-Nov-Dez/2004. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br>. Consultado em: 25.ago.2011

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre processo administrativo disciplinar**. Versão de Julho/2011. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD>. Consultado em: 20 out. 2011.

TOURINHO, Rita. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 237. Rio de Janeiro, jul./set. 2004.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Consultado em: 18 ago. 2011.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Consultado em: 18 ago. 2011.

_____. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848), de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Consultado em: 10 set. 2011.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Acórdão em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.590/RS. Relator: Min. Felix Fischer. Data do julgamento: 2 fev. 2006. Publicação: DJ 20 mar. 2006, p. 310. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Consultado em: 10 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Acórdão em Mandado de Segurança nº 12.983/DF. Relator: Min. Felix Fischer. Data do julgamento: 12 dez. 2007. Publicação: DJ 15 fev. 2008, p. 79. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Consultado em: 10 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Acórdão em Mandado de Segurança nº 10.827/DF. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Data do julgamento: 14 dez. 2005. Publicação: DJ 06 fev. 2006, p. 195. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Consultado em: 10 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Acórdão em Mandado de Segurança nº 15.437/DF. Relator: Min. Castro Meira. Data do julgamento: 27 out. 2010. Publicação: DJe 26 nov. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Consultado em: 10 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Acórdão em Mandado de Segurança nº 24.635/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 21 fev. 2006. Publicação: DJ 24 mar. 2006, p. 55. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Consultado em: 10 nov. 2011.