

DO JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS CASOS DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Autor dos Livros Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada – Ed. América Jurídica, “O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92” – Ed. América Jurídica e “O Contrato Administrativo” – 2ª Ed., Ed. América Jurídica. Vice Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

I – INTRODUÇÃO

A aplicação integral da Lei nº 8.429/92 nos processos administrativos disciplinares, nas hipóteses ligadas às investigações de atos de improbidade administrativa, o julgamento do PAD terá que ser fiel à prova dos autos, para extrair do conjunto probatório a verdade real.

O princípio da impessoalidade no processo administrativo disciplinar (PAD) exige uma apuração séria e efetiva, absolvendo os inocentes e condenando os que realmente são culpados.

Esse é o plasmado da verdade real, ancorada no ideal do *ius puniendi* do Estado, que somente será acionado quando houver fatos ou indícios suficientes a serem investigados, sem excessos ou abusos do direito de punir.

O julgamento acatará o relatório da Comissão de Inquérito, salvo quando contrário às provas dos autos, pois não se julga por presunção e sim por certeza. É o princípio da livre persuasão racional conjugado com o indelegável dever de fundamentar a decisão proveniente da competente autoridade administrativa.

Situação similar é a do § 4º, do art. 167, da Lei nº 8.112/90, introduzido pela Lei nº 9.527/97, que assim ficou redigido: “§ 4º Reconhecida pela Comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrário à prova dos autos”.

O relatório da Comissão Disciplinar possui grande influência no julgamento, tendo em vista que ele será acatado, salvo contrário às provas dos autos.

A autoridade julgadora formará sua convicção pela livre apreciação das provas (CPP, art. 157), podendo solicitar, se assim entender, para melhor elucidar a matéria, que a assessoria ou setor jurídico competente elabore parecer fundamentado a respeito do processo.

A prova é o coração do processo, e tem a finalidade de contrapor ao relatório da Comissão Disciplinar se ela desprezará-la. Nesse sentido, a penalidade proposta pelo relatório poderá ser agravada, abrandada ou isentada, vinculada sempre à prova e à motivação do julgador.

Segundo Aristóteles, a prova está ligada ao direito. Sem ela não se pode apenar o servidor tido como infrator pela Comissão Disciplinar.

Tal qual no processo penal, vigora na esfera disciplinar o princípio inverso da prova, tendo em vista que compete à Comissão Disciplinar provar que o servidor é culpado. Militando em seu favor a presunção de inocência.

Essa é a orientação administrativa, inclusive: “A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração” (Parecer CQ nº 136, de 19 de janeiro de 1998, aprovado pelo Presidente da República em 26.1.1998, AGU, Processo nº 03000- 005894/95-10).

Assim, prevalece no direito administrativo disciplinar o compromisso de se buscar a verdade real, demonstrada, por completo, pela prova dos autos.

Inclui-se, nesse rol, o processo administrativo disciplinar que visa apurar os atos de improbidade administrativa, pois como as instâncias são independentes, a instauração da via disciplinar não obsta a discussão dos fatos pela via judicial e, vice-versa.

Dessa forma, a apuração disciplinar, por ser mais célere do que a tramitação judicial da ação de improbidade administrativa, somente poderá punir o servidor com a demissão se presentes os elementos autorizadores dessa penalidade, sob pena de reforma do ato de demissão pela via do Poder Judiciário.

Há que se ter critérios no apenamento administrativo, não podendo este ser utilizado como instrumento de perseguição, pois o direito sancionatório

possui prerrogativas e princípios que deverão ser observados, sob pena de grave ofensa à regra do *due process of law*, inclusive nos casos de improbidade administrativa.

II. PROPORCIONALIDADE NA PENALIDADE

O processo disciplinar não é instaurado para punir por punir o servidor público. Ele é dotado de regras que trazem no seu bojo a segurança jurídica da sociedade e do investigado, sendo defeso a aplicação desproporcional da pena.

Como afirmado por José Armando da Costa, o poder disciplinar visa manter adequada a realização da tarefa administrativa, com a regularidade e continuidade do serviço público ou, “para que tal fim seja alcançado, necessário se torna que a sua aplicação não sofra nenhuma deformação, que seja posto em prática em consonância com os legítimos interesses para o qual foi instituído”.¹

E, fruto da evolução legislativa, que incorporando as firmes posições jurisprudenciais e doutrinárias, introduziu ao processo administrativo federal o princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, verificado na “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99).

O caput do art. 2º, da Lei nº 9.784/99, ficou assim redigido: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

A doutrina e a jurisprudência mais modernas enfatizam que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, abrigados no artigo inaugural da Constituição Federal, que consagrou nosso país ao status de Estado Democrático de Direito.

Assim, por essa nova orientação, é permitido converter o princípio da reserva legal (*Gesetzsvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des Verhältnissniössigen Gestzes*), pressupondo não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a convicção dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

¹ COSTA, José Armando da. *Teoria e prática de direito disciplinar*. Forense, Rio de Janeiro, p. 28.

Dessa forma, pelo princípio da razoabilidade, é possível sanar a aplicação de penalidade arbitrária, deformada pelo arbítrio da vontade pessoal daqueles que detêm o poder.

O combate ao excés de pouvoir por parte do julgador administrativo é uma das preocupações do direito, para que o ato punitivo não seja levado a efeito sob o império da vontade pessoal do administrador, distanciado dos elementos legais.

Por essa vertente, é lícito ao julgador desclassificar a conduta do acusado motivadamente e respaldada pelas robustas provas, podendo abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

A pena injusta e desproporcional é inconcebível: “E aqui pede-se venia para exortar os julgadores a agirem com ponderação, sensibilidade e justiça, mormente quando da aplicação da pena demissória. É que, na prática, tal penalidade, sobretudo quando injusta e desproporcional, produz efeito devastador para o servidor e a sua família”.²

Chegamos a afirmar sobre o tema: “Como o princípio da proporcionalidade visa adequar os meios aos fins entre as medidas utilizadas e as necessidades que devem ser atingidas pelo direito público, está presente também o princípio citado como elo de validade dos atos praticados por toda atividade do Estado”.³

Na imposição da pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, confrontando a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e seus antecedentes, de forma a demonstrar a equivalência da sanção aplicada.

Seguem alguns exemplos de julgados que preconizam a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade no campo do PAD:

“Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Exercício do direito de defesa. Emissão irregular de porte de arma. Pena. Sugestão da comissão de inquérito. Agravamento desfundamentado. Princípio da proporcionalidade. -

² LESSA, Sebastião José. *Julgamento do processo disciplinar*. Fórum Administrativo – Direito Público, Ed. Fórum. Ano 2, nº 13. mar. 2002. p. 303.

³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. “Da falta de razoabilidade do poder legiferante que limita a 30% valores de indébito a serem compensados mensalmente”, *Revista de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, 213:82.

Constando do ato de indiciamento à precisa descrição dos fatos imputados ao servidor, não tem procedência a alegação de nulidade do processo porque punido por falta diversa, pois a defesa é exercitada contra os fatos imputados e não contra a eventual definição jurídica. - A autoridade administrativa competente, ao efetuar o julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada às conclusões do parecer da Comissão de Inquérito, podendo aplicar sanção diversa da sugerida, mesmo mais severa, desde que adequadamente fundamentada. E ao afastar-se do sugerido no parecer, deve especificar os pontos em que o mesmo se dissocia das provas colhidas no procedimento, de modo a demonstrar a necessidade de agravamento da sanção disciplinar, na linha do comando expresso no art. 168, da Lei nº 8.112, de 1990. - Na imposição de pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justeza da sanção. - Segurança concedida”.⁴

“Administrativo. Servidor público. Penalidade. Demissão. Proporcionalidade. 1. Na aplicação de penalidade, a par da estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor, impõe-se à autoridade administrativa, em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/90, máxime em se tratando de demissão, a verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor. 2. De outro modo, deve a autoridade levar em conta as sugestões contidas no relatório da comissão de inquérito, salvo no caso de discrepância com o contexto probatório. Não há, entretanto, vinculação para a autoridade administrativa com as conclusões daquela peça, mas,

⁴ STJ, Rel. Min. Vicente Leal, MS nº 8.106/DF, 3ª S., DJ de 28.10.2002, p. 216.

na aplicação de outra penalidade, máxime se mais grave que a sugerida, é necessário seja a decisão fundamentada. 3. Segurança concedida”⁵

No mesmo sentido: STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ROMS nº 14.170/AP, 1ª T., DJ de 7.4.2003, p. 222 e STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, MS nº 7.077/DF, 3ª S., DJ de 11.6.2001, p. 90.

Na aplicação das penalidades, o art. 128, da Lei nº 8.112/90, exige 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:

“Administrativo. Servidor público. Demissão. Mandado de segurança. 1. A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda. Precedente da eg. 3ª Seção. 2. A decisão que aplica a pena de demissão, não obstante conclusão favorável ao servidor oferecida pela Comissão responsável há que ser fundamentada, especificando o julgador os motivos que fundamentaram o seu convencimento (Lei nº 8112/90, art. 168). 3. “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e os antecedentes funcionais” (Lei nº 8.112/90, art. 128). 4. É direito, senão dever da Administração, impor sanções a seus funcionários faltosos, desde que observadas as determinações legais pertinentes. 5. Segurança concedida.”⁶

“Administrativo. Servidor público. Demissão. Princípio da proporcionalidade. Ilegalidade do ato administrativo. Para aplicação da penalidade, deve a autoridade competente, em respeito ao princípio da proporcionalidade, observar as normas postas no

⁵ STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, MS nº 6.663/DF, 3ª S., DJ de 2.10.2000, p. 136.

⁶ STJ, Rel. Min. Edson Vidigal, MS nº 7.077/DF, 3ª S., DJ de 11.6.2001, p. 90.

ordenamento jurídico próprio, averiguando-se a natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor. Apelações e remessa oficial improvidas”⁷

Assim é que, ao concluir pelo acatamento ou não do que foi proposto pela Comissão Disciplinar, deve a autoridade julgadora delinear, não apenas os motivos que levaram ao seu convencimento, como também em que o relatório oferecido contraria as provas dos autos. Não o fazendo, e deixando de considerar as circunstâncias atenuantes ou agravantes previstas, a decisão passa a violar a regra da proporcionalidade/razoabilidade.

No já citado MS nº 663/DF, 3ª S., DJ de 2.10.2000, o Min. Fernando Gonçalves, em seu voto condutor, manifestou-se:

“(…) De outra parte, a própria a lei impõe que, na aplicação de penalidades, a par da natureza e a gravidade da infração cometida e os danos que dela provierem para o serviço público, leve em linha de conta a autoridade, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais. Esta regra, pelo visto, foi desprezada, pois, para condutas diversas, de gravidade distintas, penalidades idênticas foram aplicadas, malgrado a sugestão da Comissão de Inquérito, encarregada da colheita da prova e que mais perto do problema esteve. (...) Houve, na espécie, dentro do estreito limite do controle da legalidade do ato administrativo deferido ao Judiciário, sem adentrar no terreno da investigação probatória, uma alteração injustificada no enquadramento proposto, redundando em grave prejuízo aos impetrantes, sem autorização legislativa para tanto, inclusive com formal desrespeito ao princípio universal da proporcionalidade na aplicação da pena. (...) Impõe-se, portanto, seja em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/90, na aplicação das penalidades, máxime de demissão, a verificação necessária da natureza da infração, a sua gravidade, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes, e os antecedentes funcionais”.

⁷ TRF-5ª Reg., Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, Ap. Cível nº 275.935/PE, 1ª T., DJ de 19.12.2002, p. 594.

Acompanhando o voto do eminente Relator do citado MS nº 6.663/DF, pronunciou-se o Sr. Ministro Félix Fischer:

“Em que pese à discricionariedade atribuída à autoridade administrativa pela Lei nº 8.112/90 na aplicação da pena disciplinar ao Servidor, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, Malheiros, 9ª ed., 1997, p. 271), ela existe apenas para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que efetivamente atinja o maior grau de satisfação do interesse público almejado pela lei. Não se trata, em hipótese alguma, de liberdade para a Administração decidir ao seu talante, mas para escolher a alternativa que melhor se amolde à finalidade legal. (...) Com isso, diante dos fatos apurados no processo administrativo, mostra-se ilegal a punição imposta pela autoridade impetrada às servidoras, porquanto, desconsiderando os critérios do art. 128, da Lei nº 8.112/90 (‘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’) favoráveis às impetrantes, aplicou a pena máxima. Desse modo, restou caracterizado desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, decorrendo daí a ilegalidade da pena de demissão”.

Encerrando a controvérsia, consignou o Sr. Ministro Gilson Dipp:

“Cada atuação infracional está adstrita à proporcional reprimenda. Seja ela penal ou administrativa, impondo-se, contudo, valorar-se a conduta do agente e o resultado concreto de sua atuação. Neste diapasão, surge a figura do responsável pela aplicação da sanção, que deve estar atento à ‘dosimetria’, estribando sua resposta no princípio da proporcionalidade, que é corolário da necessidade de individualização da reprimenda, sob pena de quebra de outros dois princípios, quais sejam, o da legalidade e o da necessidade. (...) Verifica-se, assim, total desrespeito à proporcionalidade da

sanção administrativa imposta. E mais, ao divorciar-se da conclusão apresentada no relatório final, deveria a autoridade responsável especificar em que aspecto a conclusão esteve dissociada das provas colhidas, de modo a explicar a necessidade da exasperação da punição, tudo em respeito ao disposto no art. 168, da Lei nº 8.112/90. (...) Desta feita caracterizado o descumprimento dos aludidos princípios, compete ao Poder Judiciário, desde que provocado, anular o ato administrativo, por absoluta e flagrante ofensa ao direito positivo”.

Não havendo prova da prática de usura, bem como da utilização de recursos materiais da repartição pública, pelo princípio da proporcionalidade, deve o acusado ser absolvido.⁸

Na improbidade administrativa, o tipo do art. 11, da Lei nº 8.429/92 (violações de normas legais) exige uma conduta comissiva ou omissiva dolosa do servidor público, do contrário restará configurada a atipicidade da conduta:

“Administrativo. Ação civil pública. Ato de improbidade. Tipificação (art. 11 da Lei nº 8.429/92). 1. O tipo do art. 11 da Lei nº 8.429/92, para configurarse como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido.”⁹

Na aplicação da pena ela terá que se adequar aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade:

“Direito Administrativo e Constitucional. Improbidade Administrativa. Ex-vereador – Apropriação Indébita – Sanções – Art. 12, Lei nº 8.429/92 – Adequação da pena aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Embargos Rejeitados.”¹⁰

“Ação civil pública. Improbidade administrativa. Sanção. Exclusão. Discricionariedade do julgador na

⁸ Nesse sentido: STJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, MS nº 7.260/DF, 3ª S., DJ de 26.8.2002, p. 158 e STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, MS nº 6673/DF, 3ª S., DJ de 5.6.2000, p. 113.

⁹ STJ, Rel. Eliana Calmon, REsp nº 534.575, 2ª T., DJ de 29.3.2004, p. 205.

¹⁰ TJ/MG, Rel. Des. Nepomuceno Silva, Embargos Infringentes 1.0000.00.316379-7/001, 5ª C.C., DJ de 30.06.2004.

aplicação das penalidades. Se, por um lado, a veiculação dos feitos da administração municipal através de placas publicitárias não constitui obrigação do administrador público, a divulgação, por outro, deve ser efetivada de acordo com os preceitos estampados no art. 37, § 3º da Lei Orgânica Municipal. A violação da norma reguladora, porém, não constitui, por si só, ato de improbidade administrativa. Apenas obriga, como outra vez pontua o ilustre Juiz de primeira instância, a Administração Pública a adequar ou retirar as placas publicitárias. Ao decidir pela cominação, isolada ou conjunta, das penas previstas no art. 12 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc. As sanções da lei nº 8.429/92, portanto, devem ser aplicados à luz do princípio da proporcionalidade, de acordo com a lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo e da consecução do interesse público, de modo a evitar penas desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado. Improvimento do Recurso.”¹¹

Não se deve aplicar indiscriminadamente a pena de demissão ao servidor público, havendo necessidade de verificar a proporcionalidade da sanção, pois ela deve corresponder a grandeza da infração disciplinar:

“Ressalte-se que no direito administrativo disciplinar, não há necessariamente uma correspondência rígida entre sanção e infração, impondo-se, ainda com mais vigor do que no Direito Penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser avaliada a relevância da infração, o grau de responsabilidade do agente e a sua repercussão no meio social e no âmbito da própria Administração Pública. Neste aspecto, a doutrina administrativa portuguesa, perfeitamente adequável ao ordenamento jurídico pátrio, é esclarecedora, como ensina Marcelo Caetano: ‘A gravidade da pena a aplicar depende do grau de responsabilidade do agente. Ora a apreciação

¹¹ TJ/RJ, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, Ap. Cível nº 2004.001.08179, 9ª C.C., julgado em 08.06.2004.

desta está entregue ao critério dos titulares do poder disciplinar, que a avaliarão de acordo com o conhecimento da personalidade do infrator, e das circunstâncias em que agia. O mesmo fato poderá ter diferente gravidade quando cometido por um agente jovem e inexperiente no início de sua carreira ou por um veterano da função pública e ainda, neste último caso, consoante se trate de funcionário já com cadastro disciplinar ou, pelo contrário, com uma folha de serviços de exemplar comportamento. O mesmo fato terá de ser punido diferentemente conforme haja sido produzido por incidente numa repartição bem organizada e disciplinada ou surja como sintoma de desorganização e indisciplinar de um serviço. Por isso, ao contrário do que sucede no Direito Criminal, na lei disciplinar não se estabelece a correspondência rígida de certas sanções para cada tipo de infração, deixando-se a quem haja para punir as infrações verificadas' (In Princípios fundamentais do direito administrativo, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 402/403). A pena de demissão, segundo o citado doutrinador, só deve ser aplicada 'nos casos de extrema gravidade ou quando o funcionário se tenha revelado inadaptable às necessidades do serviço; trata-se, então, de um elemento prejudicial que é necessário eliminar dos quadros para que possam continuar a ser perseguidos regularmente os fins da Administração Pública'" (in ob. cit., p. 404). (grifei).¹²

O julgamento acima citado desclassifica a conduta para a menos gravosa, em homenagem à proporcionalidade/razoabilidade que devem nortear a penalidade, alterando a gravidade da pena, para que a punição do servidor público não extrapolasse os limites legais.

Sobre a desclassificação da conduta do servidor público acusado, adequado foi o trabalho de Sebastião José Lessa:¹³

¹² TRF-5ª Reg., Rel. Des. Fed. Rivalvo Costa, APC nº 54.961/RN, julg. em 1.12.1994, *apud* "A dimensão do direito disciplinar e o princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade", Sebastião José Lessa, *Fórum Administrativo – Direito Público*, maio 2004, Ed. Fórum, p. 3.805).

¹³ LESSA, Sebastião José. "A dimensão do direito disciplinar e o princípio da proporcionalidade e/ ou razoabilidade" *In Fórum administrativo – Direito Público*. Ed. Fórum, Belo Horizonte, maio 2004. p. 3.805.

“Em verdade, repita-se, é possível operar-se a desclassificação da conduta, desde que presentes os requisitos necessários, é dizer, na linha do que preceitua o parágrafo único do art. 168, da Lei nº 8.112/90 assim redigido: ‘Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade’. Na ocasião, deve ser alertado para a inovação introduzida pelo § 4º, do art. 167, do citado Estatuto do Servidor: ‘Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos’ (grifei) (§ 4º acrescentado pela Lei nº 9.527/97). Mas, como se vê, o tema é fecundo, não comportando este trabalho, outro objetivo, senão o de avivar e contribuir para o debate, na busca do necessário aperfeiçoamento. Concluindo, repita-se, que o poder disciplinar – como instrumento de trabalho adequado à realização da tarefa administrativa -, aplicado em conformidade com a lei e o Direito (art. 2º, caput, parágrafo único, inc. I, Lei nº 9.784/99), objetiva controlar o bom desempenho da função, e assim manter a regularidade e continuidade do serviço, tudo sob o pálio do interesse público”.

Em sede doutrinária, o Min. Gilmar Mendes não deixou passar despercebido que o tema é relevante e ocupa a esfera do moderno direito constitucional:¹⁴

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das repartições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.’ (grifei) (...) ‘Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) (Pleroth e Schlink, Staatsrecht II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*. 2ª ed., Ed. Celso Bastos. São Paulo, p. 72.

70), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (notwendigkeit oder Erfirderlichkeit) (Pieroth e Schlink, Staatsrech II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 72).’ (grifei).”

Na mesma esteira, o ilustre Sebastião José Lessa averba a importância para o direito disciplinar do princípio da razoabilidade:¹⁵

“Na esfera do direito disciplinar, a bem dizer, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade surge com frequência, quando se busca, na via judicial, corrigir eventuais distorções na aplicação da sanção disciplinar, mormente se as penas se mostram incompatíveis ou excessivamente gravosas em relação aos bens jurídicos tutelados. Alvitra-se, então, o necessário equilíbrio, colocando-se em realce o critério de adequação entre meios e fins, sobretudo após o advento da Lei nº 9.784/99, que incluiu o princípio da proporcionalidade (e/ou razoabilidade) como de observância compulsória para a Administração Pública (art. 2º, parágrafo único, inc. VI), sendo certo que tal regra deve ser aplicada subsidiariamente ao processo disciplinar ex vi do art. 69, da lei mencionada”.

Vigora o princípio da proporcionalidade no campo disciplinar como uma garantia para o acusado de que ele não sofrerá pena desproporcional ou distorcida, excessivamente gravosa em relação a falta funcional verificada. O poder disciplinar não é irresponsável, nem pode ser variável conforme a vontade do aplicador da pena ou do relatório da Comissão Processante, que devem guardar uma dose de equilíbrio entre a sanção e a infração cometida.

III. DOSIMETRIA DA PENA

O termo “dosimetria” é muito usado no direito penal, ligado à intensidade da pena frente ao ilícito praticado, ou seja, ele é empregado na idéia de medida e quantificação da pena. Ou como dito por José Eulálio Figueiredo de Almeida:¹⁶

¹⁵ LESSA, Sebastião José. Cit. ant., p. 3.810.

“O termo dosimetria, em direito penal, está intimamente ligado à idéia de medida ou quantificação da pena. É por meio das operações matemáticas e da observação das disposições legais que o juiz criminal chega à determinação quantitativa da reprimenda. Para cada tipo delituoso, a espécie e quantidade da pena foram previstas pela lei de forma variada, a qual também tratou de estabelecer os seus limites no mesmo preceito cominatório”.

A dosimetria funciona como uma justa aplicação da pena ao caso concreto onde a função discriminatória do julgador não pode perseguir fim diverso do traçado pela lei.

Com pena de ouro, Reinhart Maurach já discorria sobre a importância da medição da pena:¹⁷

“La medición de la pena – esto es: la individualizadora selección y determinación de la pena frente a um autor concreto por su concreto delito – representa el término y remate de la teoría de la pena; representa (finger) ‘el techo que se coloca sobre las leyes’. La medición de la pena constituye, regularmente, una labor conjunta de ley e juez”.

Funciona a dosimetria como uma fórmula de equilibrar a aplicação da pena, para que ela corresponda à justa medida do delito praticado, em homenagem a segurança jurídica.

O Estado-juiz não é um mero aplicador de leis, ele verifica o equilíbrio da conduta humana com os termos dos textos legais, para não ultrapassar a vontade do legislador diante do caso concreto, equilibrando a aplicação das penas, para que elas correspondam ao ideal de justiça tão defendido por Tocqueville.

Se presta a sanção não para mutilar o indivíduo e sim para reprimir uma conduta tipificada em lei, que será sempre equilibrada pela medida e quantificação da pena.

A função do julgador é fazer justiça.

¹⁶ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. *Sentença Penal, Doutrina, Jurisprudência e Prática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002. p. 209.

¹⁷ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 525. t. II.

E fazer justiça consiste em humanizar o texto da lei para adaptá-lo ao convívio em sociedade, onde a lei é estática e o direito é dinâmico.

Dizia, com muita propriedade, o professor Hélio Tornaghi, sobre o dinamismo do direito frente ao texto legal:¹⁸

“A lei é o Direito surpreendido em determinada ocasião, mas pode não mais representá-lo no momento seguinte. Por sua vez, ela é o Direito embalsamado. O Direito é dinâmico: a lei é estática. Em 1920 dizia Morin (*La revolte des faits contre le code*) que as leis não são verdades eternas e imutáveis, como os princípios da matemática. Hoje vemos que até esses são contestados pela geometria de Lobatchevshi e pela relatividade de Einstein. Parodiando o poeta Vinícius de Moraes, eu diria que a lei é ‘eterna enquanto dura’. Por outro lado, a lei é abstrata, o Direito é concreto. Sem embargo de suas inegáveis vantagens para a segurança, individual e coletiva, a lei apresenta o inconveniente de ser o resultado de uma abstração. Ao generalizar e abstrair, o legislador se alheia às circunstâncias, ao acidente da realidade. Acrescente-se a isso que a lei se exprime por palavras, cujo sentido nem sempre é unívoco e quase nunca se mantém o mesmo através do tempo. Por isso a forma vocabular, por vezes, deforma a idéia, ao invés de enformá-la. Todo o trabalho da exegese e da hermenêutica encontra nessa desavença, entre a expressão e a vontade da lei, a sua razão de existir”.

Portanto, o princípio da dosimetria, ligado a aplicação da sanção, também é utilizado no direito administrativo disciplinar, onde as circunstâncias atenuantes, diante dos bons antecedentes do servidor acusado e à ausência de prejuízo para o erário, deve ensejar o benefício de pena mais branda do que a imposta.

A dosimetria possui aplicação no campo disciplinar, como se demonstrará.

¹⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. *A Relação Processual Penal*. 2ª ed., Saraiva, Rio de Janeiro, 1987. p. 144.

Substituição da pena disciplinar de demissão pela suspensão é um direito subjetivo do indiciado, em homenagem a dosimetria da aplicação das penalidades:¹⁹

“Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública estadual. Demissão. Prescrição quinquenal. Interrupção. Correição ordinária. Inquérito disciplinar. Instauração. Autoridade administrativa. Vinculação. Portaria de enquadramento. Pena sugerida pela comissão. - A interrupção do prazo prescricional quinquenal das ações disciplinares ocorre com a abertura de sindicância ou, quando for o caso, com a instauração do processo administrativo. - A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo. - Na hipótese, tendo sido aplicada a pena de demissão quando ainda não transcorrido o prazo de cinco anos contado a partir da Portaria de instauração do processo administrativo, único marco interruptivo, não há que se falar em prescrição. - Em sede de processo administrativo, pode a autoridade administrativa, na aplicação da condenação, conferir ao fato descrito na Portaria de Enquadramento definição jurídica diversa, não se vinculando, ainda, ao parecer da comissão processante, mesmo que tenha que aplicar pena mais severa, desde que fundamentadamente. - A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades. - Reconhecido pela comissão processante e reafirmado pela assessoria jurídica da autoridade administrativa à presença das circunstâncias atenuantes, a bons antecedentes da indiciada e à ausência de prejuízo para o erário, deve ser assegurado o benefício de pena mais branda. - Recurso ordinário provido. Segurança concedida”

¹⁹ STJ, Rel. Min. Vicente Leal, ROMS nº 10.316/SP, 6ª T., DJ de 22.5.2000, p. 142.

Anulação da pena de demissão que desconsiderou a dosimetria:²⁰

“Administrativo. Mandado de segurança. Servidoras públicas. INSS. Demissão. Ilegitimidade passiva ad causam e inadequação da via eleita. Rejeição. Dosimetria da pena. Princípio da proporcionalidade. Não observância. Ilegalidade. Concessão. 1. São de autoria do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social os atos praticados objetos deste writ, quais sejam, as Portarias n^os 5.752 e 5.753, ambas de 5.5.2000, que determinaram a demissão das impetrantes do quadro de servidores do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Ilegitimidade passiva ad causam rejeitada. 2. Falece de juridicidade a assertiva da inadequação da via processual eleita, posto que os autos estão com provas fartamente produzidas, sendo estas pré-constituídas. Logo, desnecessária a dilação probatória. Preliminar desacolhida. 3. No mérito, deve a autoridade competente, na aplicação da penalidade, em respeito ao princípio da proporcionalidade (devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor), observar as normas contidas no ordenamento jurídico próprio, verificando a natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor. Inteligência do art. 128, da Lei n^o 8.112/90. 4. Ademais registro que, por se tratar de demissão, pena capital aplicada a um servidor público, a afronta ao princípio supracitado constitui desvio de finalidade por parte da Administração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita a revisão pelo Poder Judiciário. Deve a dosagem da pena, também, atender ao princípio da individualização inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 5^o, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida. 5. Precedente da 3^a Seção (MS n^o 6.663/DF). 6. Preliminares rejeitadas e ordem concedida para determinar que sejam anulados os atos que impuseram a pena de demissão às impetrantes, com a conseqüente reintegração das

²⁰ STJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, MS n^o 7.005/DF, 3^a S., DJ de 4.2.2002, p. 272.

mesmas nos cargos que ocupavam, sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a administração pública aplique a penalidade adequada à infração administrativa que ficar efetivamente comprovada. 7. Quanto aos efeitos financeiros, estes devem ser pleiteados na via própria, a teor da Súmula nº 271/STF. Custas ex lege. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas nºs 512/STF e 105/STJ”

Limite de atuação da autoridade administrativa e gradação da pena:²¹

“Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Limite de atuação da autoridade administrativa. 1. No processo administrativo disciplinar, instaurado para apuração de falta cometida por funcionário público, a autoridade encarregada do julgamento não se vincula ao parecer da comissão e, desde que fundamente, pode, inclusive, aplicar penalidade mais grave, sem possibilidade de o Judiciário substituir sua legítima discricionariedade. No entanto, no estreito limite do controle da legalidade do ato administrativo, defere-se ao Judiciário a competência para afastar alteração injustificada, em afronta à gradação prevista na legislação de regência para aplicação de penalidades, do enquadramento proposto pela comissão. 2. Recurso provido”

Fixação exagerada da pena e a sua retificação pela dosimetria:²²

“Habeas corpus. Peculato. Pena-base exagerada. Inobservância do critério trifásico e bis in idem. Nova dosimetria. Prescrição. 1. Crime de peculato. Pena-base fixada em 9 (nove) anos para o paciente e em 3 (três) anos para o co-autor, sem fundamento para essa desproporção, estando ambos em idêntica situação. Constrangimento ilegal caracterizado. 2. Configura bis in idem considerar a circunstância judicial da extensão do dano para exasperar a pena-base e na terceira fase do critério trifásico aplicar a

²¹ STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ROMS nº 10.269/BA, 6ª T., DJ de 26.4.1999, p. 128.

²² STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, HC nº 82.601/PE, 2ª T., DJ de 25.4.2003, p. 64.

causa legal de aumento da pena prevista no § 1º do art. 303 do Código Penal Militar, por ser o valor apropriado superior a 20 salários mínimos. Hipótese em que a causa de aumento é obrigatória, em razão do prejuízo ao erário ter sido superior ao valor legalmente estipulado. 3. A mera referência aos padrões abstratos da norma, sem explicitação das bases empíricas de suas afirmações, não é suficiente para elevar substancialmente a pena-base. Precedentes. 4. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado em virtude da retificação da dosimetria da pena. Ordem de habeas-corpus deferida”

O princípio do livre convencimento do julgador não pode desconsiderar o devido processo legal, como ressaltado no REsp nº 2001.794/RJ.²³

Improbidade administrativa e a correta aplicação da pena:²⁴

“Ação civil pública. Improbidade administrativa. Legitimidade ativa do Ministério Público. Violação dos princípios da legalidade, moralidade e impessoabilidade. Penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92. Adoção do princípio da proporcionalidade, ou adequação entre a conduta do agente e sua penalização. Cabimento. Recurso especial conhecido. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, na hipótese de dano ao Erário. Obedecido o princípio da proporcionalidade, mostra-se correta a aplicação das penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92. Precedentes do STJ”

Sanção e a sua grandeza:²⁵

“Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Atos de improbidade. Inocência. Dilação probatória. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Violação. Não ocorrência. 1. Pena de demissão

²³ STJ, Rel. Min. Vicente Leal, REsp nº 201.794/RJ, 6ª T., julgado em 25.5.1999.

²⁴ STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp nº 291.747/SP, 1ª T., DJ de 18.3.2002, p. 176.

²⁵ STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, MS nº 9.116/DF, 3ª S., DJ de 10.11.2003, p. 153

aplicada em Processo Administrativo Disciplinar com suporte no acervo probatório e com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 2. Não se demonstra, de plano, violação ao princípio da proporcionalidade se no procedimento administrativo conclui-se pela prática de condutas ilícitas a que a lei comina a pena de demissão. 3. A aferição de inocência da Impetrante pela alegada inexistência dos atos de improbidade é inviável na via eleita, já que demandaria o reexame do conjunto fático-probatório colhido no bojo do processo disciplinar. 4. Mandado de segurança denegado, com ressalva à Impetrante da utilização das vias ordinárias”

Exacerbação da pena-base através de uma fundamentação vaga é combatida pela dosimetria:²⁶

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Dosimetria. Exacerbação da pena-base. Fundamentação vaga. Omissão quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Saneamento via habeas corpus. Maus antecedentes e reincidência. Falta de indicação objetiva de tais aspectos para majoração da reprimenda. Anulação do acórdão quanto à dosimetria. Mantida a condenação. Ordem concedida. I. Não obstante reconhecer-se que há certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias favoráveis e desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. II. Evidenciado que o acórdão não aferiu as circunstâncias judiciais, quando da dosimetria da pena-base, tem-se que a simples referência a uma delas, não pode ser considerada suficiente para a exasperação da reprimenda ora verificada. III. Vaga e insuficientemente fundamentada à fixação da pena-base pelo aresto impugnado, decreta-se a parcial nulidade do decisum. IV. As circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal representam garantia do réu, na medida em que servem de parâmetro para que o Julgador possa ter melhor

²⁶ STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, HC nº 32.152/SP, 5ª T., DJ de 19.4.2004, p. 223.

condição de proferir uma decisão justa. V. Acórdão que não foi claro na parte relativa à majoração da pena pelos maus antecedentes, bem como pela reincidência, fazendo-se mister a sua reforma para que tais aspectos sejam indicados de forma objetiva. VI. Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via habeas corpus para se anular o acórdão tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outro seja proferido com nova e motivada fixação da pena, mantida a condenação do paciente. VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.”

No campo sancionatório cabe a verificação da dosimetria relacionada entre a extensão dos danos, a conduta do servidor e as situações atenuantes do caso concreto:²⁷

“Administrativo. Lei de improbidade administrativa. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. Reexame de matéria fática. Súmula nº 7/STJ. 1. As sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o parágrafo único do mesmo dispositivo. 2. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. (Precedentes) 3. Deveras, é diversa a situação da empresa que, apesar de não participar de licitação, empreende obra de asfaltamento às suas expensas no afã de ‘dar em pagamento’ em face de suas dívidas tributárias municipais de ISS, daquela que sem passar pelo certame, locupleta-se, tutu coorte, do erário público. 4. A necessária observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para a dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma, demanda o reexame de matéria fática, insindicável, por esta Corte, em sede de recurso especial, ante a

²⁷ STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 505.068/PR, 1ª T., DJ de 29.9.2003, p. 164.

incidência do verbete sumular nº 7/STJ. 5. Recurso especial não conhecido.”

Portanto, funciona a dosimetria da sanção, tal qual o princípio da razoabilidade, como uma necessidade no processo administrativo disciplinar, na busca de uma justa punição, sem excessos ou abrandamentos injustificados. Esse equilíbrio é necessário para harmonização do poder público com os seus servidores, visto que a ninguém é permitido oprimir pela força da coação, sendo certo que o julgador administrativo não poderá se despir do ideal de aplicar a sanção correta, sem doses de exageros ou buscar na penalidade um palanque para ascender em sua carreira funcional, em detrimento do direito e da justiça.

A coerência é um dever de quem julga, não podendo ser dispensado tratamento diferenciado para hipóteses idênticas ou assemelhadas (TRF- 1ª Reg., Rel. Des. Fed. Fernando Gonçalves, Ap. Cível nº 93.0114. 341-0/GO, DJ de 18.11.1993, p. 49.394).

IV. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O CONTROLE DO PODER DISCIPLINAR

Não vigora mais a idéia da falta de controle dos Poderes quanto ao poder discricionário ligado às razões de conveniência e oportunidade do administrador.

Antes da promulgação da atual Carta Federal esse dogma era impenetrável, onde o Poder Público gozava de imunidade quanto aos atos discricionários.

O ato discricionário, por mais ilegal que fosse, não sofria controle do Poder Judiciário. Os anos se passaram e muitas injustiças ficaram registradas na consciência do administrador, que em nome do seu discricionarismo afrontava a coisa pública, sem que fosse permitido ao Poder Judiciário verificar o critério de mérito e conveniência.

Após 5.10.1988, com o advento da CF atual, a Administração Pública passou a ter critérios objetivos de atuação, onde os seus movimentos não podem ser descompassados com os princípios elencados no caput, do art. 37, quando do cumprimento das finalidades públicas.

Em longo estudo sobre o tema, já dizíamos:²⁸

²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal, *Revista Ibero-Americana de Direito Público – IADP*, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro,

“Em nosso país, o ato discricionário sofreu profundas transformações após o advento da Constituição de 1988, pois o STF permite que se invada a essência do ato para confrontá-lo com o que vem estatuído na Carta Magna sobre a Administração Pública. Em outras palavras, após a atual Constituição Federal, o administrador não poderá usar a sua discricionariedade para, movido por um fim pessoal, desacatar, por exemplo, os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e a impessoalidade (art. 37, da CF) (...) o ato administrativo, mesmo o discricionário, não é uma ‘caixa-preta’, onde os critérios e os seus objetivos ficam imunes à fiscalização do Judiciário. Pelo contrário, a atual fase do direito administrativo exige que o agente público paute seus atos nos princípios e nas normas constitucionais, visando atingir os objetivos traçados pelo Constituinte”.

A seguir, concluímos: “Visa esse controle estancar o abuso de poder do ato discricionário, que poderá vir desviado por finalidades pessoais, contrárias ao interesse público.”²⁹

Por igual, já discutíamos a presente questão em outro trabalho, que convergindo com o anterior, pode-se averbar:³⁰

“A constitucionalização das regras da Administração Pública permite ao Poder Judiciário um controle mais efetivo sobre os atos administrativos (...) Mesmo o ato administrativo discricionário não poderá ser caracterizado em colisão com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo:³¹

4º Trimestre de 2003, vol. XI, p. 244.

²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *cit. ant.*, p. 246.

³⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização das regras da Administração Pública e o controle do Poder Judiciário, *Revista Ibero-Americana de Direito Público – IADP*, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 1º Trimestre de 2002, vol. VII, p. 122.

³¹ STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, REsp nº 42.957/GO, 2ª T., DJ de 22.3.2004, p. 277.

“Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Obras de recuperação em prol do meio ambiente. Ato administrativo discricionário. 1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”

“Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido”³²

Portanto, verificado que o ato administrativo disciplinar mesmo sendo discricionário invade princípios legais, é lícito ao servidor público atingido solicitar que seja restabelecida a legalidade, sem que haja a invasão de um Poder sobre o outro. O critério de interpretação conforme a Constituição privilegia a interpretação extensiva da norma legal, sendo possível a alteração de ato sancionatório ilegal, afrontador de direitos e garantias individuais, pois entre a omissão e a aplicação da norma, deve o julgador determinar a correção do ato viciado, para que ele não perdure no tempo e no espaço.

Pela nova etapa da constitucionalização do direito administrativo, a decisão administrativa que viole as provas dos autos ou desconsidere a

³² STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, REsp nº 493.811/SP, 2ª T., DJ de 15.3.2004, p. 236.

proporcionalidade da gradação da pena, pode e deve ser revista pelo Poder Judiciário, que deixou de ser mero expectador, para atuar na repressão do abuso de acionar e penalizar o servidor injustiçado.

A CF dotou o Poder Judiciário de poderes para combater e controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais:³³

“Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Ilegalidade do ato que indeferiu o pedido de reintegração do servidor no quadro da polícia militar. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inexistência. 1. Ato administrativo vinculado. Indeferimento do pedido de reintegração do servidor na Corporação. Ilegalidade por não terem sido observados os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal. 2. Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido”

O controle do poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático, sem que com isto se viole a independência dos Poderes. Esta situação constitucional encontra-se pacificada pelo STF,³⁴ que não admite mais limites à aplicação dos princípios constitucionais, inclusive tal orientação focaliza os atos tidos como discricionários da Administração Pública.

Em seu voto de Relator, no MS 23.452/RJ-STF, o eminente Min. Celso de Mello, em curtas, porém sólidas palavras, sintetiza:³⁵

“Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir às práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive

³³ STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, RE n° 259.335 Agr/RJ, 2ª T., DJ de 7.12.2000, p. 22.

³⁴ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS n° 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.5.2000, p. 20.

³⁵ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS n° 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.5.2000, p. 20.

aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho da sua competência investigatória”.

O processo disciplinar não pode ser utilizado para possibilitar o abuso de direito por parte do ente público:³⁶

“Poder público e litigância de má-fé. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé (improbis litigator)- trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado. - Hipótese dos autos que não revela dolo processual, embora evidencie precipitação, por parte da União Federal, quanto à utilização do instrumento constitucional da reclamação, eis que a decisão do STF, supostamente desrespeitada, somente veio a ser pronunciada em momento posterior ao da prolação do ato judicial reclamado”

Desvio de finalidade na pena de demissão do servidor público mereceu alteração pelo Poder Judiciário:³⁷

“Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Exoneração. Demissão. Ato incoerente com seu fundamento. Desvio de finalidade. Nulidade. A fundamentação que traz idéia incompatível com o ato promove sua nulidade. A exoneração de ofício é nula se o ato reconhece a prescrição e a

³⁶ STF, Rel. Min. Celso de Mello, Rcl nº 1.723-QO-Agr/CE, Pleno, DJ de 6.4.2001, p. 71.

³⁷ STJ, Rel. Min. Paulo Medina, MS nº 7.706/DF, 3ª S., DJ de 3.5.2004, p. 92

impossibilidade de demitir o servidor. A exoneração não se confunde com penalidade e o ato de exoneração que visa substituir pena de demissão sofre desvio de finalidade. Segurança concedida em parte.”

Portanto, visa o atual controle jurisdicional impossibilitar o abuso de poder do ato discricionário da Administração Pública de devassar indevidamente a vida dos agentes públicos, movido por finalidades pessoais, contrárias ao interesse público.

Repudiando essa conduta, o eminente Min. Marco Aurélio, no RE nº 131.661/ES, 2ª T., DJ de 17.11.1995, p. 39.209, deixou claro que compartilha da visão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a Administração atue com excessos ou desvio ao decidido, competindo ao Judiciário a glosa cabível”.

Mantendo coerente a sua jurisprudência, a Suprema Corte, através do voto do Ministro Celso de Mello enfatizou:³⁸

“O controle jurisdicional dos abusos imputados ao poder político – porque traduz reafirmação da autoridade da Constituição da República – não transgredir o princípio da separação de poderes. Ainda que em seu próprio domínio institucional, nenhum órgão estatal pode, legitimamente, pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição Federal e das leis da República.(…) A separação de poderes – consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional – não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado (g.n.)”

³⁸ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 244.588-DF, Pleno, julgado em 18.2.2003, DJ de 21.2.2003, Informativo nº 298/STF.

Ratificando o que foi dito, cita-se o presente aresto do TJ/PR, que desconstitui ato punitivo pelo confronto com a realidade da situação jurídica do servidor público investigado:³⁹

“(1) Ao Poder Judiciário não se pode restringir a apreciação de todo e qualquer ato de autoridade, mesmo que tenha ele cunho disciplinar, já que a ninguém se pode impedir o acesso à Justiça, para que nela se aprecie a existência do direito pleiteado, a ameaça temida de sua lesão ou a necessidade da reparação por sua concreta violação. (2) Os motivos determinados do mérito administrativo do ato hostilizado no devido processo legal devem ser sempre passíveis de verificação pelo Poder Judiciário, eis que deve ele conter, obrigatoriamente, não só os princípios da legalidade e da publicidade, mas também os da impessoalidade e da moralidade. (3) Tanto é ilegal o ato administrativo emanado de autoridade incompetente ou desvestido de forma prevista em lei, como aquele que se baseia em fatos que, por força de normas legais, não propiciam a tomada de decisão nele contido. (4) A legalidade do ato administrativo exige como condição de validade não apenas a competência para a sua prática e a regularidade formal extrínseca, mas também os seus requisitos substanciais – a motivação, os seus pressupostos de direito e de fato, mormente quando – como na espécie – estes elementos estão definidos em lei como vinculadores da punição administrativa imposta. (5) Se para a cassação de aposentadoria voluntária de servidor público, com sua imediata demissão, exige a lei prática de crime contra a administração pública, aplicação irregular das verbas estatais, lesão ao erário ou dilapidação do patrimônio do ente federado, demonstrada a inexistência de qualquer destes comportamentos ilícitos na conduta do apelado, correta é a decisão jurisdicional que desconstituiu o ato administrativo punitivo, vez que aos fatos apurados não se compadece texto legal permissivo das exacerbadas sanções disciplinares impostas. Apelação improvida. Sentença mantida em grau de reexame.”

³⁹ TJ/PR, Rel. Des. Oto Sponholz, 1ª CC, Apelação cível e reexame necessário nº 22145800, julgamento em 10.8.1993.

Devido processo legal e a gradação da pena:⁴⁰

“Devido processo legal. Defesa. Processo administrativo. Gradação da pena. A garantia constitucional da observância do processo administrativo em sua plenitude, ou seja, considerados o contraditório e a ampla defesa, não sofre mitigação diante da pena imposta, no caso de repreensão, a decorrer de imputação da qual, logicamente, o destinatário tem interesse em defender-se. Intangibilidade da norma inserta no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988, no que glosada a adoção da punição sumária”.

Após a presente análise legal e jurisprudencial se verifica que o direito administrativo sofreu uma metamorfose, fruto da constitucionalização de suas regras, visando adaptar-se à nova orientação legal, que não tolera mais abusos de poder instituído sob a forma de ato administrativo discricionário, com a finalidade de não ser perturbado ou penetrado pelo Poder Judiciário. O direito não é estático e se movimenta pela vontade soberana de quem necessita do seu manto protetor, tendo em vista que sofre a adequação da lei, não podendo ser opressor ou ignorar os direitos e garantias dos agentes públicos.

A constitucionalização do Direito Administrativo permite que o Poder Judiciário controle o procedimento administrativo-disciplinar:⁴¹

“Mandado de segurança. Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República. Demissão qualificada. Admissibilidade do mandado de segurança. Preliminar rejeitada. Processo administrativo-disciplinar. Garantia do contraditório e da plenitude de defesa. Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial. Validade do ato demissório. Segurança denegada. 1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da

⁴⁰ STF, Rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 186.840 AgR/RS, 2ª T., DJ de 15.5.1998, p. 47.

⁴¹ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 20.999/DF, Pleno, DJ de 25.5.1990, p. 4.605.

lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar, o que se lhe veda, nesse âmbito, e, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública. 2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da

Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.”

Em memorável decisão proferida em 1944, o Min. Castro Nunes, após distinguir entre questão de legalidade, suscetível de revisão judicial e a verificação de mérito de ato administrativo demissório de agente público, já advertia:⁴²

“O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade. A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente”

Essa é a linha em que se orientam os ilustres publicistas: Vicente Greco Filho (Tutela constitucional das liberdades, p. 159, 1989, Saraiva), Diomar Ackel Filho (Writs constitucionais, p. 160, 2000, Saraiva), Antônio Carlos de Araújo Cintra (Motivo e motivação do Ato Administrativo, p. 166/180, item n.º 44, 1979, RT) e de José Cretella Júnior (Do mandado de segurança, p. 170/2, item n.º 98, 1974, Bushatsky).

Portanto, o controle efetivo do ato disciplinar é uma necessidade básica de toda sociedade, que deve ter no poder punitivo a garantia que o *ius puniendi* não será levado a efeito de maneira irresponsável.

V – NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, SOB PENA DE REJEIÇÃO DA IMPUTAÇÃO

Após toda a exposição de como se deve desenvolver o julgamento de um PAD, que teve substancial modificação no curso dos anos, deixando de ser uma incógnita, para se transformar em um instrumento legal que busca encontrar a verdade real, é de se ressaltar que tipificado um dos tipos do ato de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito – art. 9º; prejuízo ao erário

⁴² STF, Rel. Min. Castro Nunes, Ap. Cível n.º 7.307, Pleno, julgado em 20.12.1944, RDA 3:70.

– art. 10; ou, violação aos princípios da boa administração – art. 11), o servidor público é indiciado, com a exposição dos fatos e o enquadramento no respectivo dispositivo legal.

Após a indicição do servidor será verificado, através das provas e de suas evidências se houve ou não ato de improbidade administrativa.

Necessário se faz, na presente hipótese, que não se confunda ato administrativo ilegal ou desastrado com o ato de improbidade administrativa, que possui em sua essência o tipo subjetivo de desonestidade e de devassidão.

Nesse sentido, a jurisprudência vem afastando açodada a subsunção na Lei de Improbidade Administrativa, que passou nos últimos anos a ser utilizada para todos os casos possíveis e imaginários. A lei em questão não foi instituída com essa finalidade, tendo em vista que ela foi criada somente para combater o ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público, ou pelo terceiro que se beneficiou do ato.

O grande equívoco, ao nosso ver, foi que a Lei nº 8.429/92 não trouxe em seu texto a definição do que venha a ser ato de improbidade administrativa, deixando para o intérprete tal tarefa.

Assim, por exemplo, uma concessão equivocada de determinada vantagem estipendial para servidores públicos não possibilita a caracterização do ato de improbidade administrativa por parte do agente público que lhe autorizou, tendo em vista a falta do dolo (vontade de causar prejuízo ao erário). A possibilidade do prejuízo aos cofres públicos com os erros ou equívocos culposos por parte dos agentes públicos, faz com que o intérprete enquadre como ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, da Lei nº 8.429/92. Quanto a essa orientação, emitimos juízo contrário à mesma, tendo em vista que o ato administrativo construído com boa-fé não se adapta a Lei de Improbidade Administrativa. Não é qualquer ato que cause prejuízo ao erário que, necessariamente, será ímprobo, pois há que se verificar a vontade do agente público e os seus elementos, para um justo e correto enquadramento.⁴³

Corroborando o que foi dito, não foi caracterizado ato de improbidade administrativa pela ilegalidade da concessão de benefícios a servidores públicos.⁴⁴

⁴³ “Direito Administrativo. Improbidade. Na improbidade por atos que causam prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), ao contrário do que ocorre na improbidade por atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da mesma lei), se não há comprovação de dano aos bens ou haveres públicos, não se pode aplicar sanção, ainda mesmo que estejam comprovadas ilegalidades.” (TJ/MG, Rel. Des. Maria Elza, Ap. Cível nº 1.0324.99.004306.3/001, 5ª CC, DJ de 30.11.2004.

⁴⁴ TJ/MG, Rel. Des. Kildare Carvalho, Ap. Cível nº 1.0024.01.040911-8/001, 3ª CC, DJ de 20.08.2004.

“Apelação. Ação Civil Pública. Ressarcimento ao erário. Prescrição. Inocorrência. Aposentadoria de servidores do DER. Adicional trintenário. Ilegalidade. Improbidade administrativa não caracterizada. O adicional trintenário somente deverá ser concedido quando o servidor completar trinta anos de serviço público estadual, ressalvadas apenas as classes especiais. Se a aposentadoria é deferida em consonância com a interpretação do órgão sobre os benefícios concedidos, à época, não há falar em ato de improbidade administrativa por parte do agente que a autorizou. Rejeitada preliminar. Recurso a que se dá parcial provimento.”

Sem dano ao erário e a má-fé do agente público, fica afastada a possibilidade de enquadrar o ato administrativo em ato de improbidade:⁴⁵

“Indenização – Suposto/Remoto dano – Improcedência.

Não se indeniza suposto dano ou dano remoto, incerto e eventual, mas somente aqueles diretos e efetivos, decorrentes, imediatamente, do ato omissivo, comissivo, culposo ou doloso imputado a outrem e cuja prova incumbe ao prejudicado demonstrar.”

Ou, em outras palavras, não comprovando a vontade lesiva ao patrimônio ou a moralidade pública, é afastado o enquadramento na lei de improbidade administrativa, pois a mesma não se presta para todos os casos que bem entenda a Administração Pública, aplicando os seus comandos ampla, geral e irrestritamente:⁴⁶

“Ação civil pública por improbidade administrativa. necessidade de caracterização de dano ao patrimônio público e/ou de inobservância da moralidade administrativa. Documentos que não comprovaram além de qualquer dúvida a intenção lesiva do administrador e nem o dano ao patrimônio ou à moralidade pública. Sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais reformada.”

“Administrativo municipal. Ação civil pública contra ex-prefeito. Improbidade administrativa não comprovada. Enriquecimento ilícito não

⁴⁵ TJ/MG, Rel. Des. Geraldo Augusto, AP. Cível 1.0137.03.9000294-4/001, 1ª C.C., DJ de 1.06.2004.

⁴⁶ TJ/MG, Rel. Des. Jarbas Ladeira, Ap. Cível 1.0107.03.900004-0/001, 2ª C.C., DJ de 11.05.2004.

caracterizado. Improcedência que se decreta. Inviável se torna condenar-se ex-Prefeito a ressarcimento de supostos danos ao erário público municipal, se não comprovado ato lesivo ao mesmo, com enriquecimento ilícito no exercício de mandato, na previsão da Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92, dispondo sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos "nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato". "O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou ilegalidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo" (RDA 89/134).⁴⁷

Não resta dúvida que a condenação do ressarcimento para o erário exige a prova do efetivo prejuízo, não se podendo presumi-lo:

“Ressarcimento ao erário. Ausência de prova do dano. Improcedência. Ainda que os recursos públicos sejam aplicados sem a devida observância das formalidades legais, se não há provas nos autos de dano ao erário público ou proveito pessoal ou enriquecimento ilícito do administrador ou de quem quer que seja, não se pode impor ao prefeito a responsabilidade de ressarcir os cofres públicos, já que não se poderia cogitar de enriquecimento ou de prejuízo de quem quer que seja. Recurso provido.”⁴⁸

Portanto, não havendo a prova do dolo ou da culpa, mas simples afirmações desatreladas de elementos sérios de provas, é natimorta a ação de improbidade administrativa, mormente quando se trata de suposta violação aos princípios da boa administração.

Assim sendo, não são todas as situações que se enquadram nas hipóteses previstas na lei de improbidade administrativa. A aplicação da citada lei deve ser feita com prudência para que ela não se vulgarize em situações que o seu raio de ação é inaplicável.

Destacando que condutas meramente irregulares, efetivadas sob o manto da boa-fé, ficam de fora do enquadramento da Lei de Improbidade

⁴⁷ TJ/MG, Rel. Des. Orlando Carvalho, AP. Cível 1.0459.01.010024-4/001, 1ª C.C., DJ de 25.06.2004.

⁴⁸ TJ/MG, REL. Des. Brandão Teixeira, Ap. Cível 1.0132.03.900009-7/001, 2ª C.C., DJ de 17.09.2004.

Administrativa, o STJ, aduziu que constitui risco para o sistema jurídico, acoirar de ímprobos, condutas constituídas sem a má-fé.⁴⁹

As comissões disciplinares terão que ter cautela quando do uso indevido de acusações de ato de improbidade administrativa, pois a instância interna também terá que ser exercida com seriedade, devendo ter um mínimo de cuidado e verificar se o ato administrativo investigado foi construído com boa ou má-fé.

Deve funcionar o processo administrativo disciplinar como uma garantia de que não haverá perseguições ou montagens de situações, capazes de acobertar uma indevida acusação de ato de improbidade administrativa.

Perseguições de ordem política não poderão ser levadas a efeito, pois a improbidade administrativa não se presta a ser palanque de disputas. Assim, o relatório de despesas de uma viagem do chefe do Executivo Municipal supre a falta dos recibos de comprovação dos gastos, afastando o ato de improbidade administrativa.⁵⁰

“Administrativo - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Viagens do prefeito municipal - Falta de comprovação dos gastos - Desnecessidade - bastante, apenas, a apresentação de relatório. Não há falar-se em ressarcimento ao erário, por isso descaracterizada a hipótese de improbidade administrativa, a justificar o aforamento de ação civil pública contra o Chefe do Executivo Municipal, para efeito de comprovação das viagens que faz, por conta da municipalidade, apresentação, tão-somente de relatórios, não sendo de se exigir a exibição de comprovantes de despesas. Em tais casos, para efeito da ação de improbidade administrativa, há que se provar o abuso de poder, sendo desimportante a alegação de que o Prefeito tenha sido acompanhado, nas aludidas viagens, de seus familiares.”

Assim, os fundamentos de uma apuração disciplinar não podem ser destituídos de um mínimo de indício de irregularidade, pois o direito à intimidade (art. 5º, X, da CF) não pode ser violado ao bel prazer da Administração Pública, que exige um mínimo de provas,⁵¹ sob pena do processo

⁴⁹ STJ, REL. Min. Luiz Fux, RESP 480387/SP, 1ª T., DJ de 24.05.2004, p. 163.

⁵⁰ TJ/MG, Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, Embargos Infringentes 10000.00.246737-1/002, 6ª C.C., DJ de 8.10.2004.

⁵¹ “Ação Civil Pública. Alegações destituídas de provas. Improcedência. Desde que as alegações sobre eventual ato de improbidade administrativa não restaram configuradas nos autos. E nem se evidenciou a existência de prejuízo ao erário, improcedente a pretensão contida na ação civil pública.” (TJ/MG, Rel. Des.

administrativo disciplinar ser trancado na Justiça por falta de uma justa causa.

No mesmo sentido, o afastamento do agente público acusado de prática de ato de improbidade administrativa deve ser criterioso, utilizado em casos excepcionais, pois a presunção de inocência milita em favor do acusado. Sem as figuras do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o afastamento das funções do agente público acusado do ato de improbidade administrativa fica esfacelado, pois é defeso, no uso do poder disciplinar ser cometidos excessos não contemplados pelo texto legal.

À guisa de ilustração, se pode declinar o seguinte aresto que ratifica o que foi dito:⁵²

“Processual civil. Medida cautelar. Prefeito. Afastamento. Art. 20, § 1º, Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

1. Prefeito que recebe de Tribunal de Contas a aprovação das contas apontadas como irregulares.

2. Afastamento, conseqüentemente, da demonstração inequívoca de improbidade administrativa.

3. Possibilidade, contudo, de fatos remanescentes serem apreciados e julgados.

4. Não-caracterização da influência prevista no art. 20, § 1º, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

5. Presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Prefeito afastado do cargo sem motivação suficiente.

6. Medida cautelar procedente.”

Devem, a Comissão Disciplinar, bem como a autoridade responsável pelo julgamento do PAD, ter em mente que o processo administrativo não é foro de disputas ou de promoções, devendo ser utilizado como instrumento sólido da busca da verdade real, para se ter a certeza de um determinado fato jurídico.

Nos casos de ato de improbidade administrativa, temos presenciado acusações genéricas, destituídas de um mínimo de plausibilidade jurídica por parte do Poder Público.

A Lei nº 8.429/92 somente deve ser aplicada nos casos em que ficarem invencivelmente caracterizados que houve má-fé, imoralidade, lesão ao erário, fruto da vontade consciente do agente público. Erros ou equívocos

Geraldo Augusto, Ap. Cível nº 1.0476.04.910510-1/001, 1ª C.C., *DJ* de 3.09.2004).

⁵² STJ, Rel. Min. José Delgado, MC 7325/AL, 1ª T., *DJ* de 4.10.2004, p. 210.

administrativos que não estejam no rol dos atos praticados com a devassidão ficam de fora do raio de ação da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, concluímos que o PAD deve respeitar os princípios da proporcionalidade/razoabilidade para ter a sua validade vistada pelo Poder Judiciário e pela sociedade. Na aplicação da penalidade, se for o caso, também não se pode perder de foco a dosimetria da penalidade.

Qualquer desvio ou abuso de direito de acusar ou de punir certamente será anulado pelo Poder Judiciário, guardião final da legalidade e da moralidade, ambos princípios que deverão estar presentes também no PAD, pois, do contrário, fica viciada a apuração administrativa.

Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 2005.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS
mauro@gomesdemattos.com.br