

INTENÇÃO TRANSPARENTE DO TEXTO E AFASTAMENTO JUDICIAL DE ESCOLHAS LEGISLATIVAS: O CASO DA DEMISSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

*Tércio Aragão Brilhante**

RESUMO

O regime disciplinar dos servidores públicos, constante dos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90, estabelece, em seu artigo 128 o necessário respeito à individualização e proporcionalidade da penalidade a ser infligida. Por sua vez, o artigo 132 da Lei n.º 8.112/90 estabelece uma relação fechada entre determinadas faltas e a atração da penalidade de demissão. O controle judicial exercido sobre os atos administrativos que veiculam a demissão, segundo orientação jurisprudencial da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, pode afastar o apenamento, por critérios de proporcionalidade, mesmo nos casos em que os fatos apurados sejam daqueles enquadráveis na enumeração do artigo 132. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal possui orientação jurisprudencial que mantém o apenamento, caso seja respeitada a equação fato – tipo – pena, calcada no artigo 132. Neste trabalho, enfrentar-se-á essa questão, analisando criticamente as orientações jurisprudenciais, opinando-se sobre como deve ser interpretada/aplicada a legislação e os princípios da proporcionalidade e individualização da pena. O mote do estudo é a defesa de um controle judicial amplo, mas que não constitua substituição de escolhas legislativas, sem a devida declaração de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Legalidade. Escolhas legislativas. Escolhas judiciais.

1 INTRODUÇÃO

Muito se evoluiu no Brasil em relação à prática administrativa e ao exame judicial dos atos aplicadores de penalidades disciplinares, especialmente após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988. Os círculos de imunidade, entendidos como os atos dos poderes públicos impassíveis de controle judicial, foram sendo restringidos passo a passo, pela atuação do Judiciário.

* Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Professor de Hermenêutica e aplicação do Direito da Faculdade Christus. Procurador Federal.

O paradigma dessa evolução é o acórdão do Mandado de Segurança n.º 20.999, do Plenário do STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Naquela oportunidade, sob os ares da recente redemocratização, a Corte Suprema assentou que:

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 Estado e indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito 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.

Desde então, o controle judicial vêm ganhando em amplitude e intensidade. É justamente essa a questão a ser enfrentada. Até onde pode ir o Judiciário em seu exame da licitude da demissão aplicada? A ferramenta do princípio da proporcionalidade autoriza que forma de tomada de decisão? Esta segunda pergunta se justifica por ser a proporcionalidade ou desproporcionalidade da pena disciplinar argumento recorrente nos arestos sobre a matéria.

Ao longo do texto, serão trazidos para o debate, além dos pertinentes acórdãos do STF e do STJ, autores nacionais e estrangeiros, que tratem do tema específico sob análise e que enfrentem questões outras vinculadas ao estudo.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ORIENTAÇÕES DIVERSAS

O Supremo Tribunal Federal, ao utilizar a proporcionalidade no exame das sanções disciplinares, toma posicionamento mais contido do que o posicionamento da Terceira Seção do STJ, uma vez que labora sob o raciocínio de que a proporcionalidade estaria respeitada se tiver sido respeitada a equação “fato-tipo-penalidade”, tal qual estatuída legalmente.

Cite-se, a título exemplificativo, decisão da Primeira Turma sobre o assunto que foi proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 24.956, Relator Ministro Marco Aurélio. Assentou, então, a Corte Suprema a existência de uma equação entre tipo e pena administrativa, que aponta para a atração de determinada penalidade para determinado tipo disciplinar. Presente a equação, não caberia ao Poder Judiciário, em substituição à autoridade do Poder Executivo

competente para aplicar a pena administrativa, rever demissão fundamentando-se no princípio da proporcionalidade. Eis o trecho pertinente da ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO - ACUSADOS DIVERSOS - PENA - ABSOLVIÇÕES. Uma vez presente, a equação “tipo administrativo e pena aplicada” exclui a tese da ausência de proporcionalidade. Ênfases diversificados, tendo em conta os envolvidos, decorrem da pessoalidade, da conduta administrativa de cada qual.

Outro é, como se demonstrará, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O estudo das decisões do STJ sobre o controle judicial da penalidade disciplinar aponta para o Mandado de Segurança n.º 6.663, Terceira Seção, Relator Ministro Antonio Gonçalves, DJU de 02/10/2000, como acórdão paradigmático da jurisprudência que se firmaria na Terceira Seção do STJ sobre a proporcionalidade como possibilitadora do afastamento, sem declaração de inconstitucionalidade, da penalidade disciplinar. Lê-se na ementa desse aresto que:

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 n.º 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.

No ano de 2009, esse posicionamento ganhou notas de prevalência ampla nos arestos da Terceira Seção do STJ. Mais: o posicionamento do STJ descrito acima vai de encontro ao entendimento adotado pela Advocacia-Geral da União. A Corte se mostrava alheia a essa discordância, até então.

Nesse ano, a orientação jurisprudencial de afastamento da penalidade expulsiva por critérios de proporcionalidade se consolidou na Terceira Seção, o que deve ter ocasionado um trabalho mais atencioso dos membros da AGU na elaboração das informações em mandado de segurança e nos recursos pertinentes. Os pareceres normativos foram invocados expressamente, e, enfim, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre eles. Por exemplo, eis trecho do acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 12.991, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03/08/2009:

3. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam

o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional. 4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar. 5. A conduta do impetrante, que participava de gerência de empresa privada, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com juízo da autoridade impetrada, diversa da demissão.

Os pareceres normativos números GQ – 177 e GQ – 183, da Advocacia-Geral da União, foram afastados expressamente pelo STJ, por considerá-los ilegais. Na dicção da Corte, a ilegalidade apontada caracteriza-se pela injustiça¹ e pela irracionalidade decorrentes da aplicação da pena de demissão em todos os casos enquadráveis no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90. Do corpo do voto do Ministro Relator, colhemos o seguinte:

A fiel observância dos pareceres em discussão não permite que a autoridade julgadora atue de forma racional, justa, no exercício do poder disciplinar. Impede que a Administração observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O ordenamento jurídico pátrio não se alinha com atos administrativos desproporcionais, desprovidos de razoabilidade, que prestigiam soluções incompatíveis com os valores consagrados em nossa legislação e mesmo na Constituição Federal.

Se, conforme estabelecido no âmbito do Poder Executivo, a demissão é compulsória quando caracterizada infração prevista no art. 132 da Lei 8.112/90, parâmetros de valoração equitativa dos atos praticados pelos servidores são desprezados, dando margem ao cometimento de excessos pela Administração.

É oportuno registrar que o princípio da legalidade não se mostra prestigiado quando se busca solução que se harmonize com interpretações isoladas, no caso, do disposto no art. 132 da Lei 8.112/90.

A fiel observância da lei reside na busca de soluções coerentes com o sistema normativo como um todo e, no presente caso, há flagrante contrariedade à regra contida no art. 128 da Lei 8.112/90, conforme exposto.

No mesmo sentido do acórdão acima, inclusive considerando ilegais os pareceres da AGU: MS n.º 13.523, Terceira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 04/06/2009. Ainda no mesmo sentido e com menção farta a precedentes: ROMS n.º 28.487, Quinta Turma, DJe de 30/03/2009.

O Mandado de Segurança n.º 12.991, constitui um caso de controle jurisdicional da substância² mesma do ato administrativo. O Superior Tribunal de Justiça, além dos aspectos formais do processo disciplinar, analisou a essência da decisão, ponderando as variáveis do caso e entendendo - diferentemente do juízo da autoridade administrativa - que não se tratava de infração administrativa atrativa da penalidade de demissão, apesar de estar enumerada no rol do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90.

Não considerar que nesse caso houve controle da essência do ato administrativo, seria laborar em pudor ou respeito a uma noção vetusta da separação de poderes. Afinal, se o que há de mais substancial e decisivo no processo disciplinar é a análise dos fatos para a extração da pena cabível, e é justamente a pena escolhida que é considerada como desproporcional, não haveria razões para se negar que o exame da essência do ato foi efetivado.

Em síntese: a análise é da essência do julgamento administrativo, e pode, sim, o Judiciário, em razão da configuração contemporânea das funções do Estado, por decisões motivadas e racionais, sempre atento à Constituição, proceder a essa espécie de controle. A impossibilidade desse tipo de controle deve compor apenas a historiografia das ideias jurídicas, até porque o controle judicial dos atos administrativos se daria em razão da juridicidade, e não apenas da legalidade estrita. Além dos aspectos legais *stricto sensu*, também os aspectos principiológicos seriam objeto do crivo do Poder Judiciário, o que possibilita revisão mais ampliada.³

Esclareça-se: não há, neste trabalho, qualquer intenção de imunizar os atos administrativos do controle judicial. Não estamos a tratar aqui - e isso nos parece ser depreensível de trechos outros deste estudo - de uma disputa dística entre “pode haver o controle” ou “não pode haver o controle” da penalidade disciplinar. O tema do controle é enfrentado sobre outro aspecto. Está-se a um passo - ou a vários saltos - além dessa disputa, que parece datada e superada.

Não é um trabalho sobre a possibilidade do controle. Enfrenta-se a questão e são propostas ideias sobre como esse controle deve ser exercido. Cuida-se de um trabalho sobre quais seriam os fundamentos do controle, sobre como deve ser seu discurso racional-justificativo, sobre até sobre que ponto o controle deve recair, sobre o avanço do exame sobre o substrato fático subjacente à querela, sobre o crivo sobre as conclusões extraídas administrativamente das provas colhidas. São essas as questões.

Especificamente, o princípio, a regra, a máxima ou o parâmetro da proporcionalidade, a depender de sua intensidade, dá ensejo à reconfiguração plena dos papéis exercidos pelos Poderes do Estado, alçando o julgador ao papel de protagonista, um papel ascendente, como observa Paulo Bonavides:⁴ “Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.”

Afora isso, frise-se que não há discricionariedade na aplicação de pena disci-

plinar prevista no regime da Lei n.º 8.112/90. Não há, portanto, mérito no sentido de oportunidade e conveniência. Não devemos tomar a indeterminação dos tipos e a margem de conformação existente na quantidade de dias da penalidade suspensiva como precedidos por juízo de conveniência. Essa espécie de juízo, no que toca às penalidades disciplinares, só existe na eventual conversão da penalidade suspensiva pela multa, pois eventuais acúmulo de serviço ou capacitação específica do servidor punido podem conduzir à decisão de mantê-lo na prestação de serviço.⁵

Entretanto, não se deve levar a amplitude do controle judicial do ato punitivo disciplinar a paroxismos descabidos, evitando-se a mera substituição da decisão administrativa pela decisão judicial. No caso da anulação judicial de pena de demissão, pode ocorrer a substituição do critério de proporcionalidade da lei pelo critério do órgão julgador, sem que se divise no ato administrativo qualquer pecha suficientemente dimensionada a ocasionar sua nulidade, a conclusão judicial de o julgamento administrativo não estar a cumprir o princípio da proporcionalidade, o bom senso ou o ideal de justiça, pode caracterizar subjetividade exagerada.

Houve uma escolha de ordem legislativa pela pena de demissão para determinados tipos disciplinares. Identificado processualmente o cometimento de condutas enquadráveis nesses tipos, seria desbordar do sistema normativo e aplicar norma específica e sem respaldo no ordenamento.

Exemplo: foi cometida a prática de improbidade administrativa. Todavia, apesar da previsão do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, entende-se que a demissão é desproporcional ou injusta para o caso, anula-se a decisão.

Ora, em um sistema democrático, mesmo com o forte colorido dado às funções jurisdicionais, o afastamento de uma norma, no julgamento de um mandado de segurança, deve ser feito ou pelo resultado de estudo de conflito aparente ou pela declaração de inconstitucionalidade incidental. A leitura dos arestos do STJ, contudo, conduz à caracterização de um controle de proporcionalidade e razoabilidade das escolhas que couberam ao legislador, e cujo afastamento mais se relaciona com preferência de soluções do que com o exame de parâmetros jurídicos.

3 PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE, OU LEGALIDADE CONSTITUCIONAL, OU LEGALIDADE RAZOÁVEL OU PROPORCIONAL

A atuação dos entes públicos, nomeadamente em sua atuação de ordem administrativa, é informada pelo princípio da legalidade. A Constituição da República de 1988 assegurou natureza constitucional ao princípio da legalidade, enumerando-o como princípio da Administração Pública, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último em texto emendado).

A noção do princípio da legalidade como a necessária atuação da administração pública pautada e vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas à lei no sentido mais estrito e formal da expressão, já constava das obras de autores como Miguel Reale,⁶ para quem, ao se tratar de respeito

á legalidade: “Será mais preciso afirmar que a Administração não executa leis, mas sim o ordenamento jurídico, que é a ‘legislação in acto’ [...]”.⁷

Todavia, não é por isso que está autorizada a negação de marcada ressignificação que as noções contemporâneas de legalidade como juridicidade ou legalidade constitucional ou legalidade razoável ou proporcional têm. Mesmo podendo haver uma relação entre ambas as perspectivas, mesmo encontrando autores d’antanho que já mencionavam legalidade como respeito ao ordenamento, e não apenas como respeito à lei formal, não são idênticas as compreensões. É muito menos assemelhadas as práticas administrativas e judiciais. Hoje, se trabalha muito mais com os princípios e normas constitucionais do que antes. A exigência de respeito ao ordenamento é muito mais real e menos livresca do que parece ter sido até o início da redemocratização brasileira e das alterações paradigmáticas que o neoconstitucionalismo proporcionou.

Essa redefinição da legalidade, essa mudança paradigmática, ganha especial repercussão e destacada importância no controle exercido pelo Judiciário sobre os atos da Administração Pública. Como bem anota Germana Oliveira de Moraes:⁸

A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e o de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá diretamente sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa [...].

Todavia, não se perca de vista que a legalidade – ainda e também - é respeito à lei. Decerto que não apenas à lei ou qualquer lei. O respeito a que se deve ser tributário é o respeito à lei constitucional. Mas o alcance de como irão os intérpretes atuar em cima dessa ideia merece alguma atenção. Colhamos um exemplo oriundo de artigo publicado por membro de alto escalão do Poder Judiciário, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon:⁹

O nó górdio da questão está na resposta à seguinte indagação: até que ponto o Judiciário pode avaliar a proporcionalidade e afastar as razões técnicas e concretas do legislador? Não resta dúvida que tem a magistratura de fazer um exame macro da situação para não cometer o erro de privilegiar um princípio em detrimento, tendo sempre a ideia de que o administrador age de acordo com a lei e, no limite do que decida, pode-se sacrificar a lei em nome de um princípio maior, cujo ápice está no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para se considerar juridicamente lícito o sacrifício da lei em nome de um princípio, entende-se que esse sacrifício deve ser o resultado da técnica de controle que o sistema constitucional brasileiro outorga ao Judiciário: o controle de constitucionalidade. Ao resolver uma questão, o julgador deve encontrar

solução que se adéque ao texto legal e ao princípio constitucional aplicáveis. Caso seja impossível tal solução, caso seja necessário o “sacrifício da lei”, essa lei há de ser declarada inconstitucional.¹⁰

Eros Roberto Grau,¹¹ em tom assertivo, escreve que o intérprete, equivocadamente, acaba por excluir situações da esfera de incidência de uma norma, baseado na proporcionalidade. Promovida, assim, a substituição do controle de constitucionalidade pelo controle de proporcionalidade ou razoabilidade:

Aqui a transgressão é escancarada, praticando-a freqüentemente os tribunais para excluir determinadas situações da incidência das normas do sistema. Os textos a que correspondem essas normas, que sobre essas situações incidiriam, são interpretados a partir da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, consumando-se então tal exclusão.

A chamada legalidade razoável ou proporcional é isso mesmo: uma ideia de legalidade sem absurdos ou desmesuras desviantes. Não se deve extrair da legalidade razoável/proporcional quaisquer justificativas para a imposição daquilo que o intérprete/aplicador crê ser razoável em detrimento daquilo que o legislador entendeu sê-lo.

Em um quadro, em uma moldura – para ficarmos com a expressão kelseniana – de possibilidades; cabe ao Legislativo a escolha das repostas ou da resposta que pode vir a ser enquadrada. Ao Judiciário, cabe afastar a entrada indevida do que não pode ser enquadrável. É o verdadeiramente irrazoável ou desproporcional que há de ser coartado. Coartação feita à luz dos parâmetros normativos dados.

O juízo há de ser: essa aplicação é respeitadora dos parâmetros legais e constitucionais do ordenamento. O juízo não há de ser: esta aplicação não me parece ser tão boa quanto aquela. Por isso, prefiro aquela a esta. Para aquela escolha, imponho minha censura. Para esta escolha, rendo meu plácito.

A decisão judicial que anulasse essa penalidade teria que afastar, por inconstitucionalidade, o dispositivo correspondente do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90. Esse afastamento não é encontrado em qualquer dos arestos estudados. O que nos parece mais adequado é que o controle da pena disciplinar, especialmente quando examinada a substância da mesma, seja direcionado para a avaliação de seus motivos. É existentes e juridicamente corretos os motivos legais e fáticos, mantido deve ser o ato.

No caso do regime da Lei n.º 8.112/90, a correlação tipo – pena deve ser respeitada pelo Judiciário como limite ao avanço de seu crivo institucional. Afinal, essa correlação é de ordem legislativa. Seu afastamento é indevido, salvante situações de aplicação timbradas pela pecha de inconstitucionalidade. Essa pecha há de ser motivadamente demonstrada e decisoramente declarada de forma incidental ao caso concreto sob destreame.

A não aplicação do dispositivo legal, por consideração de razoabilidade ou de absurdidade, sem que haja a necessária declaração incidental de inconstitucionalidade, além de incorreta, fere não só o ordenamento em sentido material, como em sentido procedimental, pois fere a necessária cláusula de reserva de plenário.

4 INTENÇÃO TRANSPARENTE DO TEXTO: DEMISSÃO É DEMISSÃO

Mesmo escolas arrojadas de hermenêutica, encontram no texto um dado que não pode ser esquecido. O intérprete o fertilizará, construirá sentidos, criará, enfim. Entretanto, sempre que fizer isso, haverá de fazê-lo em cima do texto, partindo do texto. Na lição de Gadamer,¹² o juiz, ao proceder à “complementação produtiva”, não deixa de se sujeitar à lei.

É o que Friedrich Müller¹³ assevera ao reconhecer ser insubstituível a função explicativa e estabilizadora do texto literal da norma. Umberto Eco,¹⁴ sob perspectiva diversa, vinculada à semiótica, chega à mesma conclusão, apresentando a bela figura da “intenção transparente do texto”:

[...] a intenção do texto é evidente e, se as palavras têm significado convencional, o texto não diz o que aquele leitor – que obedece a algum impulso íntimo – acreditava ter lido. Entre a inacessível intenção do autor e a discutível intenção do Leitor, está a intenção transparente do texto que contesta uma interpretação insustentável.

A palavra demissão possui significado próprio. Dentro da Lei n.º 8.112/90, não há qualquer plurissignificação, vaguidade ou ambigüidade do termo. Demissão é demissão, e só. Não pode significar outra coisa, não pode significar outra penalidade. Não existe demissão pela metade ou demissão e meia, razão pela qual não nos parece correto modular o que a lei não modula. Não parece correto romper a fronteira estabelecida pelo texto normativo.

5 O ARGUMENTO DO ARTIGO 128 DA LEI N.º 8.112/90

Respeitar o texto legal não é se aferrar a um único dispositivo, negando o restante das normas e o caso concreto. Respeitar o texto legal é saber que durante o processo hermenêutico, com atenção aos elementos a serem levados em consideração, pode-se defrontar com uma barreira intransponível ao resultado que supúnhamos, subjetiva e aprioristicamente, mais adequado. Konrad Hesse chamou essa barreira de “limite inultrapassável”.¹⁵ Barreira essa que, em um Estado Democrático de Direito, tem o respaldo de ser fruto das escolhas legislativas. Fruto das escolhas dos representantes eleitos do Povo.

Enriqueça-se a análise, trazendo para o debate alguns outros dispositivos da legislação pertinente. Logo após a enumeração das penalidades disciplinares aplicáveis aos servidores públicos (art. 127), a Lei n. 8.112/90 estabelece critérios a serem levados em consideração pela autoridade administrativa ao tempo

da inflicção da penalidade disciplinar. Reza o artigo 128 da Lei n.º 8.112/90: “Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”

Esse dispositivo é invocado por arestos do STJ, como justificativa legal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de afastar a penalidade demissória, apesar da tipificação em uma das hipóteses do artigo 132. O dispositivo do artigo 128 foi expressamente invocado, por exemplo, no paradigmático acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 6.683, deflagrador do entendimento da aplicação do princípio de proporcionalidade pelo STJ.¹⁶ Seria o artigo 128 o reflexo, “[...] no plano legal, dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade [...]”,¹⁷ para o processo administrativo disciplinar.

À primeira vista, o argumento do artigo 128 parece fazer ruir a tese acima exposta de que a inaplicação da penalidade demissória a casos em que as condutas foram enquadradas nos tipos enumerados no artigo 132 constituiria um afastamento indevido do regime legal aplicável e um desapego às escolhas legislativas. Afinal, também foi escolha legislativa normada a enumeração de critérios condutores da aplicação das penalidades, os quais poderiam servir de razão para a anulação de penalidades expulsivas. Por esse fio condutor de raciocínio, a tese desenvolvida nesta dissertação, sem sombra de dúvida, ser tachada de formalista-litera. Ter-se-ia esquecido de fazer uma necessária leitura total da Lei n.º 8.112/90, aferrando-se em apenas um de seus artigos, esquecendo-se dos demais.

Todavia, essa contra-argumentação não convence. É que a lei estabeleceu uma modalidade de penalidade específica, a qual não pode deixar de ser aplicada pela autoridade administrativa, mesmo tendo em mente os critérios do artigo 128, que podem, em casos tais, servir de guia para a classificação, ou não, dos fatos em tipos passíveis de demissão; mas não podem servir para o afastamento da penalidade relacionada ao tipo disciplinar. Se for a penalidade de advertência o caso, essa penalidade será aplicada. Se for o caso de suspensão, será suspensão a punição, com o juízo sobre a quantidade de apenação, uma vez que é a suspensão a penalidade mais plástica. Da mesma maneira, se o caso for de demissão, se o caso for daqueles previstos no artigo 132, da Lei n.º 8.112/90, será a penalidade de demissão aplicada.

Pense-se analogicamente nos processos criminais. Existe, sem dúvida, o princípio da individualização da pena estatuído legalmente no artigo 59 do Código Penal. Todavia, não é correto defender que, para um crime a que se destina apenas a pena de prisão, seja, em respeito ao princípio da individualização da pena, aplicada uma multa. Ou, ainda, que seja aplicada uma pena de prisão inferior ao mínimo legalmente estabelecido.¹⁸ Válido lembrar que o artigo 59, I, do Código Penal, por termos expressos, limita a individualização às penas cabíveis:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento

da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

O mesmo raciocínio pode ser transposto para a esfera disciplinar. O princípio de individualização da pena, os critérios de apenamento estatuídos no artigo 128 da Lei n.º 8.112/90, devem trafegar dentre as bitolas legais, não podendo implicar o afastamento da correlação entre fato e penalidade. Não se perca de vista que a penalidade de demissão não pode ser graduada. Se for apurado em processo disciplinar a ocorrência dos tipos previstos no artigo 132, é a penalidade de demissão que há de ser aplicada, não outra penalidade.¹⁹

6 CONCLUSÃO

A Lei n.º 8.112/90 estabelece, em seu artigo 132, faltas administrativas que são atrativas da penalidade de demissão. Durante o último lustro, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento que considera possível, em respeito à proporcionalidade, o afastamento dessa sanção, mesmo nos casos em que a lei a destina para os fatos apurados e sem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em que se embasou o ato administrativo.

O Supremo Tribunal Federal, ao utilizar a proporcionalidade no exame das sanções disciplinares, toma posicionamento mais contido do que o posicionamento da Terceira Seção do STJ, uma vez que labora sob o raciocínio de que a proporcionalidade estaria respeitada se tiver sido respeitada a equação “fato-tipo-penalidade”, tal qual estatuída legalmente.

Entende-se que houve uma escolha legislativa sobre a adequação entre os fatos apurados e a penalidade por eles atraída. Apenas se houver a declaração incidental de inconstitucionalidade, respeitada a cláusula de reserva de plenário, o Poder Judiciário pode afastar a aplicação de norma que estabelece a correlação entre falta e a penalidade expulsiva.

Isso não implica o amesquinamento das funções judicantes ou uma tomada de posição autocontida. Entende-se que o escrutínio judicial sobre as penalidades disciplinares deve ser amplo. O juízo de proporcionalidade, sem declaração de inconstitucionalidade, pode servir para afastar a punição, em razão da análise de sua base empírica, acaso não seja encontrada a lesividade necessária para a configuração da falta legalmente estabelecida. Todavia, se essa configuração estiver presente, apenas a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal embasador da punição pode dar margem à sua anulação.

O artigo 128 da Lei n.º 8.112/90, tal qual o artigo 59 do Código Penal, veicula a individualização e proporcionalidade da pena, mas dentro dos demais parâmetros legais. Não há, portanto, sobre posição desse dispositivo sobre a enumeração do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90.1

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALMON, Eliana. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública, de 15 de junho de 2004. **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001114/O%20Princípio%20da%20Proporcionalidade%20Aplicado%20às%20Resoluções%20dos%20Conflitos%20com%20a%20Administração%20Pública.doc>. Acesso em: 5 maio 2009.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1974.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIAS, Márcia Albuquerque Sampaio. **Sanções disciplinares aos servidores públicos**: Discricionariedade e controle judicial da aplicação. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. In: MACHADO, João Baptista (Trad.). **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. São Paulo: Forense, 1962. v. 1.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. **A revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

- 1 O aresto aproxima proporcionalidade, racionalidade e justiça. Além do voto do Ministro Relator, foi pronunciado voto pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que seguiu o do Relator e o elogiou, nos seguintes termos: “Sr. Presidente, o voto do eminente Relator, na minha percepção, foi antológico e pedagógico. Antológico porque põe no cenário devido a cautela que a Administração tem de ter ao exercer esse terrível poder de punir. Pedagógico porque ensinou como deve ser aplicada a sanção pela autoridade administrativa. Gostaria de ter escrito este voto”. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (2009, p. 176) demonstrou coerência com sua produção de ordem doutrinária, em que, também, aproxima proporcionalidade e justiça: “O princípio da proporcionalidade na aplicação da norma é, sobretudo, a realização da justiça no caso concreto.”
- 2 Mais uma vez para evitar confusões conceituais e terminológicas, fez-se a escolha de não se utilizar o termo “mérito do ato administrativo” neste item do trabalho, utilizando os termos substância e essência. A motivação foi a doutrina que considera serem apenas os atos administrativos discricionários aqueles que possuem mérito administrativo. Cf., por exemplo, Fagundes (2005, p. 180). Noutro sentido - que nos parece mais adequado -, há autores que esmaecem a divisão de atos administrativos em vinculados e discricionários, por considerarem que discricionário e vinculação são componentes do ato, existindo aqueles que sejam predominantemente discricionários e aqueles outros que sejam predominantemente vinculados, (MORAES, 1999, p. 37).
- 3 MORAES, op. cit., p. 19-25.
- 4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399
- 5 Conforme artigo 130, § 2º, da Lei n.º 8.112/90: “Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer a prestar o serviço”.
- 6 Na doutrina estrangeira, colha-se o exemplo de Entrena Cuesta (1974, p. 117), para quem também, o respeito à legalidade é o respeito ao ordenamento como um todo. Ao utilizar-se do termo “lei”, o autor faz questão de demarcar que está a se referir ao conceito em seu sentido mais amplo possível.
- 7 Miguel Reale (1968, p. 21).
- 8 MORAES, op. cit., p. 23.
- 9 CALMON, op. cit., p. 8.
- 10 Raciocínio semelhante se colhe do magistério de Germana de Oliveira de Moraes sobre o controle dos atos administrativos, sob o color do princípio da proporcionalidade: “A rigor, no Direito Brasileiro, o controle jurisdicional dos atos administrativos, à luz do princípio da proporcionalidade, corresponde, em última análise, a um controle desconcentrado de constitucionalidade das leis.” (MORAES, op. cit., p. 130.)
- 11 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 299.
- 12 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1, p. 432.
- 13 MÜLLER, Friedrich. In: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de. (Trad.). **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 203.
- 14 Umberto Eco (2008, p. 91).
- 15 HESSE, Konrad. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Trad.). **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117. Referência colhida no texto intitulado “A interpretação constitucional”, traduzida por Inocêncio Mártires Coelho. Mas, o texto da norma como limite da interpretação se encontra em diversas passagens da obra de Konrad Hesse, sendo uma das características de sua doutrina. Por exemplo, a mesma ideia pode ser encontrada em seu livro “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, traduzido por Afonso Heck. (HESSE, 1998, p. 69).
- 16 No mesmo sentido, amalgamando o artigo 128 e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: “[...] no exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coatora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais” (MS n.º 8.693, Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura, DJe de 08/05/2008).
- 17 MS n.º 13.523, Terceira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 04/06/2009.
- 18 Na seara do direito penal, a tese de aplicação de pena abaixo do mínimo legalmente estabelecido, especialmente frente a atenuantes, foi agitada na comunidade jurídica brasileira depois da promulgação da Constituição de 1988. Para sumariar a jurisprudência consolidada sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, em 1999, editou a Súmula n.º 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

- 19 Em sentido contrário, considerando possível o abrandamento da penalidade demissória em razão do artigo 128, da Lei n.º 8.112/90, mesmo percorrendo a mesma senda analógica com o direito penal: Unes, 2007, p. 83-88. Em sentido concorde: Farias, 2004, p. 69-70 e Furtado, 2007, 990-991. Ambos, entretanto, consideram presente a discricionariedade na aplicação da penalidade suspensiva, em razão do artigo 128, da Lei n.º 8.112/90, o que discordamos; por acreditar que a margem eletiva de dias de apenação não será informada pela discricionariedade.

CLEAR INTENTION OF THE LEGAL TEXT AND THE JUDICIAL AVOIDANCE OF LEGISLATIVE CHOICES: THE CASE OF THE DISMISSAL OF FEDERAL CIVIL SERVANTS

ABSTRACT

The disciplinary system of civil servants, found at Titles IV and V of Act 8.112/90, includes, in Section 128, the need of government authorities to respect the principles of individuality and of proportionality as penalties are defined. On the other hand, Section 132 of Act 8.112/90 indicates that it is necessary to exist a close link between certain violations and the possibility of dismissal of civil servants. Judicial control over administrative acts that define the dismissal of civil servants may, however, reject the dismissal penalty, as the Third Panel of the Brazilian Higher Court of Justice (STJ), using proportionality criteria, indicates in their judgements, even when facts deemed as illicit are included in the list presented at Section 132. The Federal Supreme Court (STF), however, stands by the dismissal, every time the relation fact – type of offense – penalty, evident in the content of the Section 132, is respected. In this paper, the author intends to examine the confrontation found in the opinions of Brazilian higher tribunals, critically assessing the case law involved and presenting his own opinions on how the law on the subject should be interpreted and applied and on the principles of proportionality and individualization of penalties. The inspiration of this study is the defense of a broad judicial control regarding the dismissal of civil servants, limited, however, to the obligation of not replacing legislative choices without counting with the relevant unconstitutionality statement.

Keywords: Legality. Legislative choices. Judicial choices.