

MÁRCIO DE AGUIAR RIBEIRO

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR: ENQUADRAMENTO ADMINISTRATIVO E
PARÂMETROS DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

Brasília

2012

MÁRCIO DE AGUIAR RIBEIRO

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR: ENQUADRAMENTO ADMINISTRATIVO E
PARÂMETROS DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Administrativo, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito para obtenção do grau de Especialista.

Brasília

2012

2

TERMO DE APROVAÇÃO

MÁRCIO DE AGUIAR RIBEIRO

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR: ENQUADRAMENTO ADMINISTRATIVO E
PARÂMETROS DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em
Direito Administrativo, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Brasília, ____ / ____ / 2012.

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva proceder a uma análise crítica da possibilidade de um controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo disciplinar, em especial consideração às peculiaridades existentes na teoria do processo administrativo disciplinar, com destaque às noções conceituais e práticas que circundam a técnica do enquadramento administrativo para fins disciplinares. Neste diapasão, busca-se o exame dos conceitos correlatos à discricionariedade, como conveniência e oportunidade, analisando qual a extensão da imprecisão de tais conceitos. O trabalho está dividido basicamente em duas etapas. Na primeira etapa são apresentadas as noções dos dispositivos centrais do estudo desenvolvido, tais como as de ato administrativo, de discricionariedade administrativa e de formas de controle do ato administrativo. A segunda etapa contém um estudo em torno do enquadramento administrativo e parâmetros da dosimetria da pena disciplinar, tomando como base o atual entendimento dos tribunais superiores, bem como o entendimento estampado pela Administração Pública Federal, em especial a partir dos entendimentos consagrados pela Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União.

Palavras-chave: Ato Administrativo Disciplinar; Discricionariedade; Termos Jurídicos Indeterminados; Administração Pública; Controle Jurisdicional; Proporcionalidade.

ABSTRACT

This monograph aims to undertake a critical analysis of the possibility of a judicial review of discretionary administrative act of discipline, particular attention to the peculiarities existing in the theory of administrative disciplinary proceedings, with emphasis on conceptual notions and practices that surround the technique of the administrative for disciplinary purposes. In this vein, we seek to examination of the concepts related to the discretion, as convenience and opportunity, analyzing to what extent the vagueness of such concepts. The work is basically divided in two steps. In the first stage presents the core notions of the study developed devices, such as the administrative act of administrative discretion and control forms of administrative act. The second stage includes a study about the administrative and dosimetric parameters of the disciplinary penalty, based on the current understanding of the higher courts, as well as understanding stamped by the Federal Public Administration, in particular from the understandings established by the Advocacia-Geral da União and the Controladoria-Geral da União.

Keywords: Administrative Disciplinary Act, Discretion; Terms Indeterminate Legal, Public Administration, Judicial Control; Proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. ATO ADMINISTRATIVO	08
2.1 CONCEITO	09
2.2 ATOS VINCULADOS X ATOS DISCRICIONÁRIOS	13
2.2.1 DISCRICIONARIEDADE – EM BUSCA DE UM SENTIDO	16
2.2.2 CONVENIÊNCIA, OPORTUNIDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	18
3 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
3.1 O PRINCÍPIO DA PROPOCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	29
3.2 ENQUADRAMENTO ADMINISTRATIVO E PARÂMETROS DE DOSIMETRIA DA PENA: INCIDÊNCIA CONCRETA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA SEARA DISCIPLINAR	31
4 CONCLUSÃO	40
5 REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que os fundamentos do Direito Moderno experimentam uma evolução nunca antes vivenciada, na qual novos marcos históricos, filosóficos e teóricos remodelam verdades tidas como absolutas e imodificáveis. Dentre as principais mudanças, destacam-se o apogeu do pós-positivismo, que aproximou o direito posto aos valores maiores que devem pautar a atividade administrativa, aproximando o conceito de direito, norma, não apenas ao resultado de uma atividade meramente legislativa, mas ao conceito de justiça. Eis então, dentre as novas tendências, o alargamento do conceito de legalidade. Deve-se destacar, no plano do marco teórico, a consagração da força normativa da Constituição, que não pode ser entendida como instrumento apenas político, mas, sim, como norma efetiva que contempla importantes princípios, verdadeiras regras de valores, que se impõem a todos, principalmente, ao Poder Público e aos seus agentes.

É justamente em tal contexto que dogmas antes incontestáveis passaram a ser novamente objeto do pensamento crítico e dialético dos novos operadores do Direito. Dentre os mencionados dogmas, destaca-se aqueles que sustenta a inoponibilidade do controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, sob o fundamento da iluminada teoria da separação de poderes, um dos marcos principais do pensamento liberal-burguês.

Nos dias atuais, apesar da força de tal postulada no direito moderno, o mesmo já não é entendido pela atual doutrina e jurisprudência como algo absoluto e insuperável. Sabe-se que o Direito Administrativo brasileiro, sob influência, principalmente, da corrente alemã, vem consagrando a técnica da ponderação, tendo por mola impulsora o postulada da proporcionalidade, que não mais se contenta com a atuação administrativa blindada em dogmas obsoletos, mas que vai a fundo na construção de uma atividade administrativa balizada, finalisticamente, na observância da Constituição Federal e dos princípios por ela consagrados.

Diante desta breve elucidação sobre o tema, objetiva-se, portanto, proceder a uma análise crítica da possibilidade de um controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo disciplinar, perquirindo sobre as prerrogativas do Poder Judiciário para ingressar neste tipo de controle.

Descortinando caráter mais pragmático, tem-se como problematização

do presente estudo as recentes discussões que envolvem o caráter vinculado da aplicação das penalidades capitais, nos casos previstos no artigo 132 da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, matéria que já foi objeto de pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União.

A título de exemplo, vale mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (Mandado de Segurança nº 13.523-DF), pelo qual foi declarada a ilegalidade dos pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia Geral da União, sob o entendimento de que a compulsoriedade da aplicação da pena de demissão, no caso das infrações previstas no artigo 132 da lei n 8.112/90, contraria o disposto no artigo 128 do mesmo diploma estatutário, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Com efeito, no primeiro capítulo de desenvolvimento do tema será abordado o ato administrativo, inclusive o disciplinar, e suas principais características. Em seguida, analisar-se-á as distinções e similitudes existentes entre os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários. Depois, inicia-se breves considerações sobre a discricionariedade administrativa, analisando-se quais as justificativas para a sua previsão no ordenamento jurídico.

Em seguida, abordar-se-á a forma como tem se desenvolvido os postulados que justificam o controle judicial da Administração Pública. Dá-se especial atenção ao estudo do princípio da proporcionalidade como critério de controle do ato administrativo punitivo.

Por fim, será apresentado os fundamentos teóricos que justificam o conceito de enquadramento administrativo, sua necessária distinção em relação a outro importante elemento dogmático do Direito Público Punitivo, a tipicidade penal, bem como a exposição de contribuição na tentativa de apresentar solução jurídica plausível à problemática acima aventada.

2 ATO ADMINISTRATIVO E PUNIÇÃO DISCIPLINAR.

A noção de atos administrativos pode ser extraída da noção de atos jurídicos. Estes são os atos ocorridos no mundo fenomênico em detrimento de uma conduta humana, provida de manifestação de vontade, que traz consigo consequências apreciadas pelo Direito como relevante. O ato administrativo, por sua vez, é mais restrito que o ato jurídico, de forma que, imaginando-se ser este um gênero, aquele seria deste uma espécie. Ou seja, os atos administrativos são os atos jurídicos cuja importância foi apreciada pelo Direito Administrativo, um dos ramos do Direito. Devido a esta proximidade de conceituação, podem-se destacar muitos pontos de similitude entre os atos jurídicos e os atos administrativos, ocorrendo tão-somente uma especificidade em relação aos elementos gerais trazidos pelos atos jurídicos para a caracterização dos atos administrativos.

Neste diapasão, pode-se afirmar que se são elementos estruturais do ato jurídico, por exemplo, um sujeito, um objeto e forma, são elementos do ato administrativo um sujeito competente, um objeto lícito, possível e determinado ou, ao menos, determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Como uma modalidade de ato administrativo destaca-se, como objeto de análise do presente estudo, o ato administrativo sancionador, estando, portanto, sujeito à incidência dos mesmos pressupostos conceituais e metodológicos inerentes ao desenvolvimento da teoria dos atos administrativos, a que se faz breve remissão.

2.1 Conceito

O conceito de atos administrativos, dentre eles o punitivo, poderá variar conforme o critério eleito para nortear a forma de apreciação de tal termo. Há alguns critérios, elencados pela doutrina, que podem ser utilizados para se definir o ato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p.193), por exemplo, objetivando conceituar o ato administrativo, faz uso dos critérios subjetivo, que tem como referência o órgão que pratica o ato, e objetivo, que considera o tipo de atividade exercida, conforme segue:

Pelo critério **subjetivo, orgânico** ou **formal**, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os **atos da Administração**, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

[...]

Pelo critério **objetivo, funcional** ou **material**, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da **função administrativa**, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

(Grifos da autora)

A mencionada autora pontua que os doutrinadores, em sua maioria, optam pelo critério objetivo por deste originar um conceito de ato administrativo mais próximo de uma projeção de “conceito ideal” de tais atos.

Contudo, resta salientar que o critério objetivo se aproxima do ideal, mas ideal não é, mostrando-se, por assim dizer, como um conceito ainda não bastante em si próprio. Ademais, esta opção também se faz prevalecer em decorrência do número elevado de falhas trazidas pelo critério subjetivo, tal como igualar os atos administrativos, propriamente ditos, aos atos da Administração sujeitos a regimento jurídico diverso, ou seja, aos atos de direito privado por ela praticado. Pode-se citar também como falha o fato deste critério ignorar a existência dos atos administrativos praticados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, submetidos a mesmo regime jurídico, pelo simples fato de não terem sido expedidos pela Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 92), por sua vez, traz três aspectos para análise prévia e necessária à caracterização de atos administrativos. Segundo o autor, o elemento volitivo deve emanar necessariamente de um agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Além disto, o teor do ato administrativo deve conduzir à produção de efeitos jurídicos com finalidade pública, bem como toda esta gama de atos deve ser orientada basicamente pelas normas de Direito Público. Após tais observações, José dos Santos Carvalho Filho conceitua atos administrativos como sendo “**a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob**

***regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.* (Grifos do autor)**

Para Hely Lopes Meirelles (2008, p. 152), o conceito de ato administrativo é basicamente o mesmo de ato jurídico, havendo uma distinção, contudo, no tocante a finalidade pública apontada pelos atos de ordem administrativa. Neste sentido, afirma que:

[...] podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acentuam os administrativistas mais autorizados.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Hely Lopes Meirelles, contudo, faz uma distinção entre ato administrativo unilateral e o ato administrativo bilateral, destacando que a conceituação em tela diz respeito, tão-somente, aos atos administrativos unilaterais, ou seja, aqueles cujo conteúdo traz a vontade única da Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello, antes mesmo de conceituar os atos administrativos, alerta ao leitor que devido à falta de disposição legal sobre este termo, muitas são as conceituações doutrinárias existentes, aumentando as possibilidades de apreciações divergentes acerca do ato administrativo. Salaria o mencionado autor que, também por esta razão, nenhum doutrinador poderia querer sobrepor o seu entendimento ao de um outro, de forma que a sua definição sobre a expressão em apreço fosse a mais correta ou a mais verdadeira. Ou seja, se nem mesmo o próprio legislador se imiscuiu na prerrogativa de delimitar, de forma unívoca, o alcance da noção de “ato administrativo”, pretensioso seria quem dissesse ter a fórmula para decifrar tal termo.

Continuando em seus ensinamentos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 380) traz à baila o seu entendimento acerca dos atos administrativos como sendo uma:

[...] *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Para Odete Medauar (2008, p. 134), o ato administrativo representa uma das formas de exteriorização das decisões adotadas pela Administração Pública, seja através de seus órgãos, seja através de autoridades que a represente. Ressalta, contudo, a possibilidade dos Poderes Legislativo e Judiciário, no exercício de função atípica, expedirem atos administrativos. A autora também faz menção à relação gênero/espécie entre o ato jurídico e o ato administrativo, razão pela qual afirma, ainda, que a edição de atos administrativos acarreta a produção de efeitos jurídicos, ou seja, reconhecem, modificam e extinguem direitos.

Para Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 100), que também confere ao ato administrativo a noção de espécie do gênero ato jurídico e baseando-se na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, expõe que o ato administrativo é aquele “regido pelo direito público, do qual se vale o Estado ou quem age em nome dele, para exprimir, unilateralmente, uma declaração de vontade, fundada na lei e voltada ao desempenho de funções administrativas na gestão do interesse coletivo.”

Para Marçal Justen Filho (2006, p. 191), ato administrativo é “**uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.**” (Grifos do autor)

Já os atos administrativos punitivos são os que contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordenatórias dos bens ou serviços públicos. Visam punir e reprimir as infrações administrativas ou conduta irregular dos servidores ou dos particulares perante a Administração

Nas lições de Antônio Carlos Alencar Carvalho (2008, p. 745), a punição disciplinar, como ato administrativo que é, deve atender aos seguintes requisitos de validade: 1) deve ser editada pela autoridade ou órgão competente, aquele a quem deferido poder, pela lei, para praticá-lo, desde que o agente decisor não seja sujeito a causas de impedimento e suspeição e demais qualificações pertinentes; 2) deve obedecer à forma legal, editado por escrito, publicação oficial,

precedida do devido processo legal; 3) deve ter motivo existente e idôneo para justificar a punição imposta, isto é, devem estar demonstrados os fatos e as provas do cometimento da infração disciplinar; 4) deve ter por finalidade a satisfação do interesse público na preservação da normalidade, da probidade no meio do funcionalismo e do respeito às normas disciplinares da Administração Pública, não estando contaminado pelo por desvio de poder; 5) seu objeto ou conteúdo deve corresponder a uma penalidade expressamente prevista em lei.

2.2 Atos Vinculados X Atos Discricionários

A Administração Pública se vale de poderes que lhe são próprios, que a colocam à frente dos particulares para, assim, garantir que seus interesses, sempre fincados numa finalidade pública, da mesma forma, fiquem à frente dos interesses particulares.

Tais poderes são os denominados poderes administrativos, que se diferenciam dos poderes políticos, como bem o faz Hely Lopes Meirelles (2008, p. 118) que retrata os poderes administrativos como sendo “verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados *poderes instrumentais*, diversamente dos políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional”.

Os poderes administrativos ou instrumentais se originam concomitantemente à Administração Pública e apresentam-se sob diversas modalidades, dentre as quais podemos citar: o poder vinculado, o poder discricionário, o poder hierárquico, o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder de polícia.

Contribuindo sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles (2008, p. 119) assevera que:

Esses poderes são inerentes à Administração de todas as entidades estatais – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – na proporção e limites de suas competências institucionais, e podem ser usados isolada ou cumulativamente para a consecução do mesmo ato.

Poder vinculado e poder discricionário nada mais são do que formas de expressão dos poderes administrativos. Sendo aqueles, assim, classificados em decorrência do grau de liberdade concedido à Administração Pública para o exercício de sua atividade administrativa.

Para não nos desvirtuarmos do nosso enfoque principal, tomaremos como objetos de estudo, tão-somente, o poder vinculado e o poder discricionário da Administração Pública.

Retomando tudo quanto exposto, foi outorgado por lei à Administração poderes que lhe conferirão uma melhor atuação, uma melhor desenvoltura perante as diversas e imprevisíveis situações possíveis de ocorrer no mundo fenomênico.

Iniciemos, pois, pelo denominado “Poder Discricionário” da Administração Pública.

Poder discricionário ou, simplesmente, discricionariade expressam-se na situação de o administrador, poder valer-se de critérios como os de conveniência e oportunidade, quanto aos seus elementos motivo e objeto, no momento da escolha do ato administrativo a ser por ele praticado. Há, nesta hipótese, portanto, uma menor rigidez quanto ao ato que deverá ser utilizado. Esta menor rigidez é proveniente exatamente desta escolha ser pautada em critérios acentuadamente ampliativos, extensivos, quais sejam, a conveniência e a oportunidade. A dificuldade de se esgotar as possibilidades de adequação da definição destes termos ao caso concreto propicia um maior subjetivismo por parte do administrador. Por isto articular que, de certa forma, a indeterminação, ou a não precisão, dos termos conveniência e oportunidade transmitem, por assim dizer, parte desta indeterminação à eleição do ato administrativo mais adequado à realidade fática.

Ressalta-se, no entanto, que diante de determinadas realidades fáticas, não restará muitas alternativas aceitáveis como convenientes e oportunas, cabendo ao administrador adotar a única alternativa possível, se for este o caso.

Com espeque na doutrina de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 119) atos discricionários são “aqueles que a Administração Pública edita com certa margem de liberdade para decidir acerca dos motivos e do objeto (ou conteúdo) do

ato”. Exemplificando o ato em destaque, o mencionado autor elenca os casos de autorização de uso de bem público, autorização de porte de arma, dentre outros.

Assim como Dirley da Cunha Júnior, muitos doutrinadores apontam que a discricionariedade, de uma forma geral, recai sobre o motivo e o objeto do ato administrativo discricionário.

Neste instante, alguns questionamentos se perfazem no tocante a se a discricionariedade somente poderia ser observada quanto ao mérito administrativo, ou seja, somente em relação aos elementos motivo e objeto do ato administrativo discricionário. Mostra-se, então, imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico, a apuração de tais questionamentos.

Na verdade, o que ocorre é o seguinte: a maioria dos administrativistas reconhece que, indiscutivelmente, o poder discricionário da Administração Pública atinge muito mais “em cheio”, incisivamente, os elementos motivo e objeto do ato administrativo discricionário. Contudo, alguns doutrinadores alertam a possibilidade de haver certa margem de liberdade quanto, por exemplo, à finalidade do ato administrativo, aqui considerada, tão-somente, em seu sentido amplo, bem como quanto à forma. O que, desde já, possibilita extrair que quanto ao sujeito competente e quanto à finalidade específica do ato administrativo, por unanimidade, resta pacificado que os mesmos não possam ser alvos do poder discricionário outorgado à Administração Pública.

Atos administrativos vinculados, também denominados de regrados, por sua vez, são aqueles cujos requisitos a serem preenchidos pelo administrado, assim como as condições para a edição do ato pelo administrador vem determinados no instrumento legal. Sendo esta uma maneira, conforme se evidencia, de a lei tolher, por completo, o campo de liberdade do administrador público.

Na situação acima referida, tendo o administrado atendido a todos os requisitos que lhe foram exigidos, não caberá ao administrador um juízo de valor no sentido de conceder ou não ao administrado o objeto por ele requerido. Até mesmo porque, observadas as condições impostas, o administrador não terá outra postura a adotar senão aquela insculpida na lei. Possibilitando ao administrado, dada a recusa pelo administrador público em praticar o ato devido, de exigir-lhe a edição do ato

administrativo vinculado. Caso contrário, poderá o administrado reclamar-lhe judicialmente para que o faça.

Fernanda Marinela (2007, p. 196), entretanto, observa que a limitação legal imposta aos atos administrativos vinculados não significa que o administrador se converta em cego ou automático executor da lei, pois no tocante a tais atos vinculados, vale destacar que, embora se apresentem em plena observância à disposição legal, pode-se falar, quanto a tais atos, na existência de um pouco de liberdade, embora se trate, tão-somente, de uma liberdade temporal. Ou seja, estando o administrador autorizado à realização, dentro de um determinado prazo legal, referente a determinado ato administrativo vinculado, ele poderá realizá-lo tanto no primeiro dia, quanto no último dia do referente prazo legalmente estabelecido. Daí não se poder falar em absoluta vinculação.

2.2.1 Discricionariedade – Em busca de um sentido

Após feito o exame dos atos administrativos vinculados e discricionários, muitos poderiam se perguntar o porquê de existir a discricionariedade administrativa, perquirindo sobre as razões de a Administração Pública não agir, a todo instante, fazendo uso tão-somente de atos vinculados, afinal, estes demonstrariam mais garantia à segurança dos administrados, mais certeza do alcance ao interesse público.

É neste cenário que intenta-se demonstrar não só que o uso apenas dos atos administrativos vinculados não conseguiriam garantir o alcance do interesse público, como também busca-se demonstrar, ao contrário, a grande necessidade de se haver a denominada discricionariedade administrativa.

Parando, rapidamente, para analisar os acontecimentos do mundo fenomênico, percebe-se que eles se apresentam de maneira extremamente diversificada e, mais extremamente ainda, inumerável. Vê-se, também, que os fatos que eclodem em uma determinada época, recebem uma outra roupagem devido, simplesmente, ao decurso do tempo.

Atentos a isto, pode-se dar o primeiro passo no sentido de se demonstrar a razão da existência dos atos administrativos discricionários. Ora, se não nos foi possível enumerar os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico, por um momento de percepção, muito menor seriam as chances de o legislador prever a imensidão de acontecimentos passíveis de ocorrer na realidade fática.

Portanto, diante da realidade polifacética, formada por diversificados e inumeráveis acontecimentos, seria impossível ao legislador “ditar de modo completo o único comportamento viável à plena satisfação do interesse público.” Daí a necessidade de, mediante lei, conferir-se ao administrador público certa margem de liberdade, para que este, no caso concreto, possa validamente optar pela solução mais ajustada para a satisfação do interesse público, como bem informa Rita Tourinho (2004, p. 11). Ou seja, a discricionariedade é mais um instrumento viável à Administração Pública para a consecução satisfatória dos anseios de toda uma coletividade.

Esta dificuldade, ou melhor, esta impossibilidade de o legislador prever a conduta ideal para o encaixe perfeito com cada uma das inimagináveis situações que podem ocorrer no mundo fenomênico representa o que os administrativistas mais autorizados chamariam por fundamento de ordem material da discricionariedade administrativa.

A doutrina elenca, ainda, outros dois fundamentos, além do material: o fundamento de ordem lógica e o fundamento de ordem jurídica.

O fundamento lógico, conforme explica Rita Tourinho (QUEIRÓ *apud* TOURINHO, 2004, p. 32-33), baseada nas lições de Afonso Rodrigues Queiró:

[...] é utilizado por aqueles que, a exemplo de Queiró, consideram a discricionariedade inserida nos conceitos jurídicos indeterminados. Tal fundamento argumenta a impossibilidade de o legislador fixar o alcance de todos os conceitos utilizados na linguagem normativa. Assim, segundo Queiró, “*é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se, ele próprio, numa das interpretações possíveis, e, tendo-a fixado, deva agir conseqüentemente.*”

Vale ressaltar que a mencionada autora, no decorrer de sua dissertação, deixa claro que se filia à idéia daqueles que diferenciam a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados.

O fundamento jurídico, por sua vez, em continuidade as explicações de Rita Tourinho (2004, p. 33), traz em si o seguinte argumento:

[...] caso fosse possível ao legislativo prever todas as possibilidades de ocorrências, guiando, minuciosamente, o administrador teríamos a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo, comprometendo-se o princípio da separação de poderes, princípio este consagrado na Constituição Federal.

Como pôde-se constatar, a discricionariedade fundamenta-se por diferentes vertentes, mas que se convergem no mesmo objetivo: comprovar a necessidade e importância da discricionariedade para, assim, potencializar a atuação da Administração Pública.

Com maior razão se faz necessária a atuação discricionária da administração em matéria de disciplina interna, de sorte que não poderia o legislador se imiscuir a tal ponto de impor estrita definição sobre todas as inúmeras possibilidades de ocorrências na intimidade da Administração Pública.

Ninguém melhor que o próprio administrador público, tomando como base as diretrizes estabelecidas na lei de regência, para, sopesando todas as circunstâncias e peculiaridades afetas ao caso concreto, indicar, de forma razoável e motivada, quais os mecanismos mais apropriados ao restabelecimento da normalidade administrativa, seja através de simples medidas de gestão, seja através da instauração da instância disciplinar e, em sendo esta instaurada, quais as penalidades administrativas pertinentes ao intento mencionado.

2.2.2 Conveniência, Oportunidade e Conceitos Jurídicos Indeterminados.

Altamente discutido na doutrina e jurisprudência, o tema referente aos termos jurídicos indeterminados não parece estar perto de uma conceituação uniforme.

A questão que se perfaz em torno de tais termos jurídicos, é como torná-los menos fluídos, ou seja, como cingir a abrangência que cada um destes termos pode alcançar.

Outra questão também bastante expressiva diz respeito à conveniência e oportunidade administrativas, sua expansão e limites e o prévio gerenciamento pela lei.

Antes de se perquirir sobre tais questionamentos, faz-se breves considerações introdutórias acerca do tema em perspectiva.

A expressão “conceitos jurídicos indeterminados” advém do ordenamento jurídico alemão. Por isto, não é incomum que muitos dos doutrinadores brasileiros recorram às bases teóricas já formuladas pelos doutrinadores germânicos para a apreciação de tais conceitos. O que, entretanto, não corresponde a dizer que a doutrina brasileira caminha pelo mesmo percurso trilhado pela atual doutrina alemã.

Conforme explica Andreas Krell (2004, p. 31), o número de doutrinadores germânicos adeptos da teoria que não mais reconhece uma rígida distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade aumentou significativamente nas últimas duas décadas, fazendo destes, representantes do entendimento doutrinário prevalente de seu país no tocante a esta questão.

Não obstante ao inestimável pioneirismo da doutrina alemã no estudo do tema, filia-se, ao entendimento daqueles que diferenciam a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados.

Neste diapasão, fazemos nossas as palavras do ilustre José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 46):

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado
[...]

Discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis.

Também neste sentido, preciosas são as lições de Eduardo García de Enterría presentes na brilhante dissertação desenvolvida por Rita Tourinho (ENTERRÍA *apud* TOURINHO, 2004, p. 42-43). Vejamo-las:

[...] nos conceitos jurídicos indeterminados existe somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidades de soluções justas e possíveis, como consequência do seu exercício. Desta maneira, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim, um processo de aplicação e interpretação da lei.

Diante de tais ensinamentos, torna-se um tanto quanto acessível a compreensão de que discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados não se confundem.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo dispositivo legal enseja ao administrador o exercício de uma atividade interpretativa, ao passo que, no manejo de competência discricionária, o administrador desenvolverá uma atividade volitiva. Diga-se: esta vontade não é a do administrador, ou seja, não tem suporte em seus anseios particulares, em suas preferências ou suas desavenças; é a vontade de toda uma coletividade traduzida na lei.

O administrador público, ao se deparar com conceitos ou termos jurídicos indeterminados, irá interpretá-los em perfeita consonância com a realidade fática por ele experimentada, o que acaba por conter, ou melhor, o que acaba por diminuir o grau imprevisibilidade que os atinge.

Neste sentido, Rita Tourinho (2004, p. 45) pontua que nos conceitos jurídicos indeterminados “estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, probidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício de interpretação para o alcance de seu sentido, que poderá variar de acordo com o tempo e o espaço.” Avançando, a autora

assevera que o “intérprete, ao desenvolver o raciocínio de interpretação, chegará a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva.”

Portanto, defende-se a tese de que não há discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, mas sim, interpretação. Mediante esta interpretação, realizada perante o caso concreto, será proporcionada ao administrador a obtenção de sentidos mais restritos para aquele termo. Ao desvendar o sentido daquele termo, em determinado tempo e espaço, enfim, em determinada situação, abrem-se ao administrador algumas possíveis e razoáveis alternativas para que ele solucione o “conflito” experimentado, para que ele alcance, de maneira mais eficiente e segura, o interesse público almejado.

Por exemplo, ao dispor o legislador que constitui infração administrativa a justificar a aplicação de pena de demissão o ato de valimento do cargo em detrimento da dignidade da função pública, não está aberta à autoridade competente ampla discricionariedade na definição do ato de valimento e sua aptidão à ofensa da dignidade da função. Ao contrário, caberá a ela, através dos parâmetros já estabelecidos no ordenamento jurídico, em especial naqueles ramos voltados à tutela da disciplina funcional e patrimônio público, no exercício de ponderada atividade interpretativa, construir o razoável significado do conceito legal.

Sempre que presente desproporções e desvios na mencionada atividade interpretativa e respectiva aplicação da penalidade, descortinar-se-á ilegalidade passível de correção pelo poder judiciário.

Destaque-se que a seara disciplinar, uma vez que estruturada a partir da técnica do enquadramento administrativo, em contraposição à técnica da tipicidade cerrada, cujo tema será ainda melhor analisado, é campo fértil ao desenvolvimento e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Tomando como exemplo as disposições disciplinares da Lei nº 8.112/90, o que seria ato violador do dever de exercer com zelo as atribuições do cargo, ou do dever de ser leal às instituições que servir? Por óbvio, que somente a partir da minuciosa análise de todas as circunstâncias que envolvem a situação concreta é que se poderá extrair elementos suficientes a embasar a atividade interpretativa a ser realizada pela autoridade competente.

3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente, afirma-se que o controle judicial da atividade administrativa procede de modo expansivo no tocante aos atos administrativos vinculados, e, quanto aos discricionários, somente em relação aos elementos que se apresentam tolhidos de liberdade, ou seja, apenas atingiria os elementos sujeito, forma e finalidade do ato administrativo discricionário, restando excluídos da apreciação judiciária, portanto, o binômio motivo e objeto, integrantes do denominado mérito administrativo.

O controle judicial dos atos administrativos vinculados mostra-se um tema absolutamente pacificado. Não há o que se discutir em relação a tais atos, haja vista que todos os seus elementos são igualmente vinculados, ou seja, não há qualquer margem de liberdade conferida ao administrador público para que o mesmo não aja em rigorosa conformidade ao que predispôs a lei. O que implica em dizer que qualquer deslize, ou melhor, qualquer carência de compatibilidade com a lei e o ato por ele praticado estará fadado ao insucesso, à invalidação.

Ora, conforme já exposto, inexoravelmente, todos os elementos dos atos administrativos vinculados estão presos à lei. Por esta razão, doutrina e jurisprudência, não discordam que o Poder Judiciário não só pode como deve intervir no controle de tais atos.

A tão polêmica questão diz respeito aos atos administrativos discricionários.

Sem maiores contratempos, a pergunta que se deseja responder é a seguinte: Até que ponto poderia estar sendo alegados os critérios da conveniência e oportunidade para se camuflar a prática de atos, em verdade, ilegais?

Como pode-se observar, é a partir deste exato instante que se faz pertinente um outro questionamento; desta vez, sobre a possibilidade de um controle judicial mais incisivo dos atos administrativos discricionários.

Enfatiza-se, desde logo, que o controle defendido não é um controle ofensor, mas garantidor do princípio da “tripartição de Poderes”. Refere-se, pois, a um controle judicial negativo dos atos discricionários praticados pela Administração Pública. Em outras palavras: caberá ao Judiciário apreciar se determinado ato

discricionário está ou não amparado pelo ordenamento jurídico como um todo, negando-lhe validade se lhe faltar arrimo.

Deste modo, não há que se falar em usurpação de funções administrativas pelo Poder Judiciário, haja vista que sua atividade, a princípio, não será a de determinar qual ato deverá a Administração praticar. Garante-se, assim, a reverência ao princípio da “tripartição de Poderes” por ambos os lados: seja em não admitir que o Poder Judiciário deixe de exercer a atividade jurisdicional a que se propôs, contemplando, nesta oportunidade, também, o princípio da inafastabilidade da jurisdição; seja pelo fato deste Poder, com o controle negativo, não estar invadindo a área de atuação de outro Poder, qual seja, o Executivo.

Portanto, em não restando dúvidas sobre a conveniência e oportunidade alegadas pelo administrador público, ou melhor, pairando a dúvida, tão-somente, no tocante a qual dentre dois atos discricionários, ambos razoáveis, é o mais adequado, por certo que esta intelecção caberá a própria Administração Pública, não devendo o Poder Judiciário se imiscuir nesta prerrogativa.

Diante do exposto, entende-se ser falho o argumento de ofensa ao princípio da “tripartição de Poderes” alegado por aqueles que se posicionam contrariamente ao exercício do controle judicial da discricionariedade administrativa. Pois, conforme demonstrado, não estará a autoridade judicante decidindo sobre o mérito administrativo, ou seja, não estará substituindo o juízo de valor do administrador público por seu próprio juízo.

Neste mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2008, p. 122-123) salienta que:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites da opção do agente administrativo.

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração Pública. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.

Ademais, não se pode esquecer que uma das metas a que se quis alcançar com a consagração do princípio constitucional em perspectiva foi justamente a de assegurar o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. Afinal, a atividade administrativa não pode ser desenvolvida sem limites; com a possibilidade de o administrador público, a todo instante, afugentar-se ao escudo de um intocável mérito administrativo.

Como bem sinaliza Celso Antônio Bandeira de Mello, (MONTESQUIEU apud BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 12):

[...] todo aquele que detém o poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí a clássica formulação de que, para contê-lo é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.

Diante de tudo quanto exposto, caminha-se no sentido de que é, sim, possível haver um controle judicial da denominada discricionariedade administrativa.

Passa-se, então, a análise das possíveis frentes de defesa para a concretização deste controle.

Primeiramente, há a então mencionada teoria dos motivos determinantes. Pela teoria dos motivos determinantes tem-se que a partir do momento em que são pronunciados os motivos do ato editado pelo administrador, estando ele compelido ou não a fazê-lo, estes deverão ser demonstrados, de modo que, se inverídicos ou inexistentes, estarão submetidos à anulação. Ou seja, não pode o administrador público, dispondo de prerrogativas que lhe foram outorgadas para a incessante busca do interesse coletivo, convertê-las, deliberadamente, em instrumentos para manipular a realidade a seu favor. Se a lei lhe exigir, terá que motivar a sua atuação. E, mesmo que não lhe seja obrigatória a apresentação dos motivos que o levaram a expedir determinado ato, mas se o fizer, a sua atuação fica, imediatamente, atrelada aos motivos por ele declarados. Por fim, sendo estes contrários aos fatos ou ao direito, sua atuação restará inválida.

Assim, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgado, abaixo transcrito:

O Estado do Espírito Santo, com fundamento no artigo 105, III, "c", da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA PROPOSTA POR SOLDADO MILITAR VISANDO REFORMAR ATO ADMINISTRATIVO QUE NEGOU-LHE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. HIPÓTESE QUE TRANSCENDE À MERA AFERIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. PERTINÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Insurge-se o apelante (soldado militar) ao argumento de que faz jus à promoção por ato de bravura (e não apenas o registro de elogio), seja por isonomia a seu parceiro de serviço que obteve essa promoção, seja porque as ações por ele praticadas quando do atendimento à ocorrência policial seriam ajustadas ao conceito da legislação estadual que define ato de bravura; pelo que requereu fosse-lhe judicialmente concedida a promoção então denegada administrativamente.

2. Com efeito, **a discricionariedade** deferida à Comissão Especial de Promoção da Polícia Militar **não implica imunidade absoluta ao controle judicial. Ao Poder Judiciário compete aferir se o auto-governo se adstringe aos limites que lhe são impostos: a lei e a razoabilidade.**

3. As provas coligidas nos autos (folha funcional do apelante e depoimento prestado por testemunhas) estão a revelar que o apelante agiu conjuntamente com seu parceiro, e ambos foram imprescindíveis para o êxito na ação que evitou o suicídio de determinada pessoa, o que contraria a articulação de defesa do Estado do Espírito Santo, onde se argumentou que o apelante só teve a função de imobilizar o pretense suicida, quando ele já havia sido desarmado por seu parceiro, como se o apelante só tivesse participação secundária naquele ato.

4. Nesse passo, os registros lançados na ficha funcional do apelante incorporaram-se ao processo administrativo (**teoria dos motivos determinantes**), **não podendo a Administração negar a afirmação pela própria registrada**, no sentido de que o apelante praticou "ato heróico". Conduta ajustada ao art. 5º, do Decreto Estadual nº 666/64, que regulamenta a Lei Estadual nº 1.142/56.

(Brasil, STJ, RESP n. 1017653/ES, Relator Ministro JORGE MUSSI, Julgamento em: 30/10/2008, Publicado em: 11/11/2008)

Portanto, conforme se evidencia, a teoria dos motivos determinantes corresponde a um importante mecanismo de controle dos atos administrativos praticados a título de discricção.

Sabe-se que para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, não é mais suficiente o atendimento apenas ao princípio da legalidade, estritamente considerado, se outros princípios, com guarida constitucional ou legal, estiverem sendo desrespeitados. Estas idéias remontam uma nova acepção do princípio da legalidade, conforme a qual a legalidade não mais deve ser verificada isoladamente, mas concatenada com os demais princípios do ordenamento jurídico.

Ou seja, na construção de um trajeto evolutivo da legalidade, não há como se conceber que princípios como os da razoabilidade, moralidade e da proporcionalidade, por exemplo, sejam desrespeitados sob a alegação do exercício discricionário da Administração Pública. Não se pode impedir que providências sejam tomadas pelo Poder Judiciário para se restabelecer as bases que sustentam o Estado Democrático de Direito. Portanto, negligenciar a vigilância dos princípios integrantes do arcabouço constitucional é o mesmo que negar aos cidadãos o acesso aos seus direitos; é a própria involução do princípio da legalidade.

Apesar de toda a demora em se despertar a percepção do caminho reverso à lei que se estava trilhando, constrói-se, atualmente, uma nova consciência. A orientação, agora, é de que enquanto não houver uma concepção de lei considerada como um todo indissolúvel, não há como se alcançar o verdadeiro sentido da legalidade. Em detrimento disto, surge, em caráter de complementaridade ao defasado sentido da legalidade, o princípio da juridicidade, ou conforme preferam, o princípio da legalidade amplamente considerado, reformulado.

Lecionando sobre o assunto, Gustavo Binbenojm (2006, p. 144) pontua que a “idéia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo”, a partir da construção de um elo de unidade que costura toda a estrutura normativa que integra o regime jurídico administrativo. (BINENBOJM, 2006, p. 142)

Com efeito, a positivação constitucional dos princípios que regem a Administração Pública conjugada com o princípio da juridicidade, produto da evolução da legalidade, potencializou a função exercida pelo Poder Judiciário, que se antes estava limitado ao controle tímido e parcimonioso da legalidade (diga-se,

em sentido estrito), agora, apresenta-se equipado para exercer um controle mais incisivo sobre os atos administrativos discricionários mediante o inovador controle principiológico. Controle este no qual depositamos as nossas expectativas para uma mudança definitiva na mentalidade daqueles que ainda acham ser admissível uma Administração Pública sem fronteiras.

Neste sentido, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

[...]

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. **O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.**

[...]

Recurso ordinário provido.

(Brasil, STF, 1ª Turma, RMS n. 24699/DF, Relator Ministro EROS GRAU, Julgamento em: 30/11/2004, DJ 01/07/2005). **(Grifos nossos)**

Ainda em análise a este julgado do Supremo Tribunal Federal, podemos coletar importantes lições sobre o assunto, a partir do voto proferido pelo, então, Ministro Eros Grau. Vejamo-las:

5. O sistema que o direito é compreende **princípios e regras.**

A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem que venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

[...]

7. Sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. **Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos**

princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. **Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil.**

[...]

11. **Como a atividade da Administração é infralegal - administrar é aplicar a lei de ofício**, dizia Seabra Fagundes -, a autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar os seus atos. **Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.**

[...]

14. **Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade. (Grifos nossos)**

Também neste caminho, nota-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

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.

(Brasil, STJ, 2ª Turma, RESP n. 429570/GO, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Julgamento em: 10/11/2003, DJ 22/03/2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). **(Grifos nossos)**

Portanto, percebe-se que as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça servem-nos como suporte para a defesa do controle principiológico da Administração Pública. Nossos Tribunais Superiores avançam no sentido de que não somente a legalidade deve ser verificada na edição de atos discricionários, mas também todos os demais princípios, os quais, indistintamente, compõem o significado de um autêntico princípio da legalidade.

3.1 O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Controle do Ato Administrativo Disciplinar.

O fundamento maior do princípio da proporcionalidade é a necessidade de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. O fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa, segundo Carvalho Filho (2008, p. 33), que o “*Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido*”.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (CANOTILHO *apud* BANDEIRA DE MELLO 2009, p. 111), seguindo ensinamento de J.J. Canotilho, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três sub-princípios: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.

Extrai-se das lições do mestre português que o princípio da adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução dos fins a ele subjacentes; o princípio da necessidade (ou da menor ingerência possível) coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível e o princípio da proporcionalidade estrita expressa o sentido de justa medida, ou seja, meios e fins são equacionados perante um juízo de

ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim colimado.

Apesar do mencionado princípio não se apresentar de forma expressa e específica no texto constitucional, reconhece-se sua existência como norma implícita da Carta Maior, noção que se infere de outros princípios que lhe são afins, dentre os quais se acentua o princípio da igualdade, do devido processo legal (em sua acepção substantiva), da razoável duração do processo e da representação proporcional.

Vale mencionar que o critério de proporcionalidade se transformou em regra jurídica, por força do artigo 2º da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que impõe à Administração Pública obediência ao mencionado princípio, bem como a observância, no âmbito dos processos administrativos, dos critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições, e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

No âmbito específico do Processo Administrativo Disciplinar, estipula o artigo 128 da lei nº 8.112/90, que a autoridade competente, no momento de aplicação das penalidades disciplinares, deverá observar 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. Tal disposição legal é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como fundamento do princípio da proporcionalidade em matéria disciplinar.

Sobre o tema, aliás, José Armando da Costa (2008, p. 08) adverte que a desobediência ao plano dosimétrico traçado pelas normas disciplinares não apenas afeta a justiça em sua expressão axiológica, como também estiola o finalismo perseguido pelo poder disciplinar, a saber, a normalidade do serviço público, concluindo que *“a punição desproporcional não configura apenas afronta de ordem moral, como também desacato à ordem jurídica constituída”*.

Percebe-se, portanto, que o princípio em tela, realça o aspecto teleológico da punição disciplinar, agindo como um limite à discricionariedade na avaliação dos motivos determinantes, exigindo, ainda, que sejam eles adequados, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato punitivo atenda à sua finalidade pública específica. Considerando a sua qualidade de princípio constitucional, bem como

seu amparo legal nos diplomas incidentes sobre o processo disciplinar, conclui-se que tal instrumento normativo possui plena aptidão para acautelar, do arbítrio do poder, os cidadãos que se submetem aos procedimentos correccionais do Estado.

3.2 – Enquadramento Administrativo e Parâmetros de Dosimetria da Pena: Incidência Concreta do Princípio da Proporcionalidade na Seara Disciplinar.

Para a real compreensão do tema e uma delimitação mais precisa sobre os momentos em que os ditames da proporcionalidade serão efetivamente aplicados, cabe uma análise sobre as peculiaridades existentes na legislação que rege o processo disciplinar, especialmente quanto as especificidades do enquadramento administrativo e as fases processuais que comportam um juízo de ponderação tendente a balizar a aplicação da medida punitiva.

No âmbito do Direito Penal, em razão das peculiaridades que envolvem a sua natureza punitiva - que em grande parte irá recair sobre o mais precioso bem do cidadão (sua própria liberdade) -, sua dogmática se consolidou em torno do postulado da legalidade estrita e da tipicidade cerrada. Justamente pela possibilidade de que os efeitos da pena venham incidir sobre o bem mais caro ao homem moderno, é que os ilícitos penais são descritos de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo (descrição da conduta), quanto no aspecto subjetivo (seara do ânimo). Requer, também, a infração penal que haja entre o tipo penal e a conduta do agente a quase que absoluta correspondência.

Já o Direito Disciplinar, embora também descortine importante viés do direito público punitivo, diferencia-se consideravelmente dos postulados da tutela penal e, fazendo contraposição ao conceito de tipicidade penal, sua sistemática punitiva se estruturou ao redor do conceito de enquadramento administrativo.

O enquadramento administrativo, ao invés de lançar mão de processo criterioso para a elaboração de tipos cerrados em que todos os aspectos relevantes da conduta devem estar presentes no texto legal, é elaborado através de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica, concebidas propositadamente em termos amplos para abranger um maior número de casos. É a aplicação no Direito Disciplinar da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Um determinado ato irregular em sede administrativa, à vista de diferentes enquadramentos em que a priori ele se encaixa, deve ser enquadrado naquele que melhor o comporta, tendo em vista todos os relevantes aspectos que delineiam o caso concreto. A título de exemplo, faltas ao serviço, a depender das circunstâncias e particularidades presentes, nos termos do regime estatutário federal, podem ser objeto de meros atos de gestão, como o corte de ponto, configuração de infração disciplinar de grau leve ou médio, como a inobservância do dever de assiduidade e pontualidade, ou mesmo hipótese a justificar a aplicação de penalidade expulsiva, como nos casos de inassiduidade habitual.

É este, aliás, o entendimento da Controladoria-Geral da União (2009, p. 285), órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal, ao dispor em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, que na “*sede disciplinar, não se trata de buscar a única definição legal em que o ato se amolda, mas sim de identificar, dentre algumas definições legais porventura cabíveis, aquela que melhor a conduta se adéqua*”.

Essa singularidade do enquadramento administrativo propicia campo fértil à aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, uma vez que impõe que o aplicador do direito analise de forma mais qualificada o caso concreto, em todas as suas particularidades e condicionantes relevantes, antes de enquadrá-lo nas hipóteses generalistas do texto legal.

Considerada tal premissa, analisar-se-á o itinerário procedimental previsto na lei nº 8.112/90, identificando-se, por conseguinte, em quais momentos processuais ocorrerá a manifestação concreta do princípio da proporcionalidade.

O primeiro momento corresponde à reação da autoridade administrativa que tiver ciência de irregularidade no serviço público. Segundo o artigo 143, *caput*, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, é dever dessa autoridade promover a imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar. Esse momento processual corresponde ao juízo de admissibilidade, análise prévia em que a autoridade competente levanta os elementos acerca da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar.

Nesse juízo de ponderação concentra-se a primeira aplicação dos critérios de proporcionalidade, que poderá implicar a escolha do procedimento

adequado (se processo disciplinar ou sindicância) ou, até mesmo, o arquivamento sumário da denúncia. Cabe reconhecer, pois, que o juízo da instauração de medida correcional traz consigo o juízo de proporcionalidade, precário muito embora.

Superado o juízo de admissibilidade e encerrada a instrução probatória, recai a análise sobre a *indiciação*, correspondente ao segundo momento de análise da proporcionalidade, que medeia a instrução e o relatório final da comissão. É o instrumento de acusação formal do servidor, refletindo a convicção preliminar da comissão de que ele cometeu a irregularidade apurada. Apesar de ser uma convicção preliminar e, portanto, sujeita a mudanças, a *indiciação* representa uma avaliação madura em torno da culpa do servidor, à luz de todas as provas e fatos reunidos nos autos, depois de devidamente esclarecido o quadro fático, com a realização dos atos processuais instrutórios pertinentes.

A *indiciação* delimitará a matéria fática envolvida no exame da responsabilidade disciplinar do acusado, os fatos considerados infrações funcionais e seu respectivo enquadramento legal, fixando os limites da acusação e da defesa.

Percebe-se, portanto, que nessa fase ocorrerá a formalização do primeiro juízo envolvendo o enquadramento administrativo dos fatos apurados, trazendo consigo todas as peculiaridades de sua sistemática que foram elucidadas em linhas pretéritas. Assim, a comissão diante de determinado ato noticiado irregular, à vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* ele se encaixe, deve enquadrá-lo naquele que melhor o comporte, tendo em vista todas as circunstâncias que envolvam o caso, tais como agravantes, atenuantes, antecedentes funcionais, ânimo do servidor, dentre outros. O que é isso senão a aplicação concreta de um juízo de proporcionalidade?

O terceiro momento é caracterizado pelo relatório final da comissão processante (artigo 165), peça de caráter dialético, em que as provas colhidas durante a instrução (inquérito), embasadoras da *indiciação*, são conjugadas com os argumentos da defesa escrita ofertada pelo acusado, os quais poderão ser acolhidos ou refutados pela comissão, que deverá posicionar-se conclusivamente quanto à inocência ou responsabilidade do servidor acusado.

Nesse ínterim procedimental, o juízo de proporcionalidade se apresentará com mais assertividade do que na anterior fase de *indiciação*, afinal trata-se de relatório circunstanciado do que se apurou no processo, contendo,

inclusive exame e apreciação detalhada de todos os argumentos da defesa escrita, demonstrando-se que o acusado teve suas alegações levadas em consideração. Tal feição dialética facilitará a análise e aplicação dos critérios de proporcionalidade, uma vez que o posicionamento do conselho instrutor poderá ser corroborado com os argumentos esgrimidos pela defesa.

Nessa oportunidade, quando a comissão é legalmente obrigada a enquadrar o fato, faz-se necessário que ela aplique os parâmetros do artigo 128 da lei nº 8.112/90, dispositivo que fundamenta a adequabilidade da punição sugerida, para que a justa medida seja observada no caso concreto.

Aliás, é este o entendimento consagrado pelo órgão central do sistema de correição federal (2009, p. 419):

“A rigor, os parâmetros do art. 128 da lei nº 8.112, de 11/12/90, atuam apenas de forma horizontal, qualificando a pena para um enquadramento já definido – ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado e de atuar verticalmente na definição do enquadramento. Todavia, como aquela lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível e esses dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em consideração todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc.), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e nesse rumo concluir o seu relatório”.

Não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade assume, nessa fase processual, grande relevância e aplicabilidade destacada.

O quarto momento, clímax da apuração, é o *juízo*, em que a autoridade competente decidirá administrativamente entre a inocência e a responsabilidade do servidor e, nessa última hipótese, determinará a extensão da pena aplicável, à luz da Lei 8.112/90.

Esse é, sem dúvida, o momento em que o juízo de proporcionalidade se apresenta de forma mais intensa e em que, a depender do exame da autoridade, será o servidor simplesmente inocentado ou apenado.

Se for apenado, pode a decisão administrativa espelhar a sugestão da comissão processante, bem como atenuá-la ou mesmo agravá-la, desde que fundamentadamente.

Neste momento, a importância do princípio da proporcionalidade aflora em toda a sua dimensão (embora não mais seja do que o desenvolvimento do juízo que foi-se formando ao longo da apuração). Julga a autoridade competente com liberdade, limitada pelo acervo probatório coligido durante a fase instrutória. Não se vincula nem à indicição nem ao relatório final da comissão processante (artigo 168, parágrafo único), mas às provas dos autos que valorar.

Apesar das considerações aventadas, existe entendimento propugnado pela Administração Pública Federal por meio da sua Advocacia Geral, no sentido da obrigatoriedade da aplicação da demissão sempre que a conduta estiver enquadrada em algumas das hipóteses do art. 132, da lei nº 8.112/90.

Eis o teor dos assemelhados pareceres da Advocacia Pública Federal postos em xeque:

“PARECER Nº GQ-177 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93) - Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato...”

“PARECER Nº GQ-183 (Parecer vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93) - Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.”

Em relação aos opinativos acima, no julgamento do Mandado de Segurança nº 13.523-DF, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, posicionou-se, por unanimidade, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nestes termos:

“4. 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.”

Observa-se que a controvérsia se erige em torno da obrigatoriedade da aplicação de pena de demissão nos casos em que o julgamento concluir pela responsabilização de servidor com fundamento num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

Como visto, postam-se a doutrina e os tribunais contrariamente a essa orientação ventilada pela Advocacia-Geral da União, por entendê-la refratária aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Segundo o STJ, a noção de compulsoriedade veiculada nos pareceres em tela não se coaduna com o disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990, segundo o qual na aplicação da sanção devem ser observados a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Com efeito, na medida em que determinam obrigatoriamente a imposição da pena de demissão nessas circunstâncias, entende o Egrégio Tribunal que os pareceres impedem que a autoridade julgadora observe o contido em tal norma e formulem um juízo adequado à conduta individual de cada servidor público envolvido na prática do ilícito administrativo apurado.

Isso porque, para efeito de cumprimento de tal orientação, pouco importará o ilícito, o dano ao erário, a culpabilidade do servidor público, seus antecedentes funcionais, os agravantes e as atenuantes, tendo em vista que a demissão se apresentará obrigatória. A imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerado para tanto, ainda que inseridos nas hipóteses do mencionado dispositivo legal.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou também que devem ser considerados pela Administração os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que se trate da pena de demissão, consoante se verifica abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. EXCLUSÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO. INVERSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IRRELEVÂNCIA PARA O RESULTADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE AFASTADA. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR. COMPETÊNCIA. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. ATO DEMISSSIONAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PENALIDADE. EXCLUSÃO. DESPROPORCIONALIDADE.

(...) VI - Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena (Precedentes: MS 13.716/DF, Terceira Seção, de minha relatoria, DJe de 13/2/2009 MS nº 8.693 / DF, Terceira Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, Terceira Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001).

VII - Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé. Além do mais, quando da aquisição, as irregularidades de que padecia o veículo "clonado" se mostravam de difícil percepção. Recurso ordinário provido.(RMS 28.487/GO, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, Dje de 30/3/2009).

Se, por um lado, seguir cegamente os opinativos poderia importar automatismo, esvaziando o juízo que necessariamente integra e caracteriza o processo administrativo disciplinar - por outro, também se pode afirmar que obtemperar de forma acrítica o conteúdo das jurisprudências acima colacionadas equivaleria a relativizar o efetivo exercício do Direito Disciplinar, acarretando punições divergentes para infrações similares, expondo a matéria correcional à insegurança jurídica e alegações de arbitrariedade.

Nesse passo, importa verificar se estão realmente em testilha os dois entendimentos ou se seria possível, de alguma forma, lançar luz sobre a questão, buscando conciliá-los.

Nesse sentido, durante o percurso do processo administrativo disciplinar o juízo de proporcionalidade assoma, pelo menos, em quatro momentos, já comentados, indo desde a fase anterior à instauração (juízo de admissibilidade) até o desfecho processual (julgamento).

Assim, a obrigatoriedade esposada pela Advocacia-Geral da União necessita ser considerada em seu momento processual exato, que é posterior às etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade, jamais sucedânea.

Explica-se: a obrigatoriedade de aplicação de pena de demissão, encarada como lei natural definida pela causa (a conduta apurada) e pelo efeito (a punição), só se verificará caso, posteriormente ao juízo de proporcionalidade, a autoridade julgadora se convencer, com base na prova dos autos, de que a conduta sob exame enquadre-se num dos incisos do artigo 132 da Lei 8.112/90.

É, pois, necessário insistir: o juízo de proporcionalidade que se insere em todo itinerário processual não fica, nem poderia ficar, afastado pela obrigatoriedade de aplicação de determinada pena em face de certa conduta censurável.

Assim, a incidência do princípio da proporcionalidade e a conseqüente dosimetria da pena estão presentes na própria determinação do enquadramento (indiciação, relatório final e julgamento) e, uma vez que este corresponda à hipótese de determinada pena, aí sim se mostrará necessária e compulsória a aplicação dessa medida punitiva.

A escolha de determinado enquadramento para dada conduta não é arbitrário, é conseqüência da valoração dos atos e fatos do caso concreto, a qual deve levar em conta a natureza, a gravidade, o risco ou o prejuízo envolvidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A discricionariedade administrativa existente no enquadramento da conduta ilícita à hipótese legal, realizada em plena observância ao devido processo legal substantivo, deve ser exercida de forma prudente e motivada, entretanto, nas hipóteses de penalidades expulsivas, uma vez enquadradas nos termos do art. 132 do diploma legal mencionado, a própria lei impõe de forma vinculada a aplicação da pena de demissão.

O texto legal é claro ao dispor que a demissão será aplicada nas hipóteses então descritas. Vinculado que é o administrador ao princípio da

legalidade deverá agir conforme determinado por lei, inclusive, sob pena de responsabilidade. Percebe-se que o próprio legislador externou seu juízo de ponderação, impondo, por exemplo, que sempre que o servidor incorrer em ato de corrupção ou valimento ilícito do cargo, outra solução não há que a aplicação da penalidade capital.

Insiste-se, uma vez mais: o juízo de ponderação exercido diretamente pelo legislador não implica, necessariamente, afronta aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, afinal são tais postulados que irão nortear a atuação da autoridade administrativa quando da realização do enquadramento administrativo adequado. Entretanto, uma vez enquadrado em uma das ilicitudes estampadas no art. 132, conforme expressa determinação legal, não poderá a autoridade julgadora aplicar outra penalidade que não a pena expulsiva. Trata-se, pois, de ato plenamente vinculado.

Corroborar tal entendimento recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exarada nos autos do RMS nº 30.455/DF, em que restou assentado que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são impassíveis de invocação para banalizar a substituição de pena disciplinar prevista legalmente na norma de regência dos servidores por outra menos grave.

Nas precisas palavras do Relator, o Ministro Luiz Fux, consignou-se que:

O princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado a ponto de acarretar o afastamento de regras legais, mormente porque a Lei nº 8.112 prevê para as condutas praticadas pelos Recorrentes a pena de demissão. Não há outra alternativa. A gravidade das condutas imputadas justificam, ainda que sejam primários, a punição severa. Foi esta a escolha do Legislador federal que não dispensou ao administrador público responsável pela aplicação da sanção um espaço para a escolha discricionária. O artigo 128 da Lei nº 8.112 apontado pelos Recorrentes como violado não tem emprego na hipótese vertente.

O artigo 128 da lei em espeque, sede legal do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar, tem cabimento naquelas situações em que o legislador permitiu uma valoração discricionária da sanção a ser aplicada, circunstâncias em que a natureza e a gravidade da conduta serão avaliadas no âmbito administrativo. Exemplo que é a penalidade de suspensão, em

que a autoridade julgadora considerará todas as nuances do caso concreto, em seus aspectos objetivos e subjetivos, quando da delimitação do *quantum* suspensivo, que poderá variar de um a noventa dias.

No específico caso de demissão, o reconhecimento da gravidade da infração já foi feito pelo Legislador, o que obsta a redução da sanção legalmente prevista, ainda que se reconheça que os indiciados são servidores públicos antigos e com uma boa ficha funcional. O que poderá ocorrer, sendo isso possível, é, através de justificado juízo de ponderação, o reenquadramento da conduta em outra hipótese estabelecida em lei que legitime aplicação de penalidade menos gravosa, como, por exemplo, a suspensão ou advertência.

4 CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa, conforme demonstrado, é o meio capaz de preencher a lacuna gerada pela impossibilidade do legislador prever a conduta ideal para o encaixe perfeito com cada uma das inimagináveis situações que podem ocorrer no mundo fenomênico. Ou seja, a discricionariedade reflete-se na situação de o administrador público valer-se de critérios como os de conveniência e oportunidade, quanto aos seus elementos motivo e objeto, no momento da escolha do ato administrativo a ser por ele praticado. Por esta razão, não há como negar a sua grande importância para a efetividade da atuação da Administração Pública.

Entretanto, discricionariedade com arbitrariedade não se confunde. Neste sentido, a partir do momento que o administrador deixa de perseguir o interesse público estabelecido em lei para a persecução de interesses particulares, seja em benefício próprio, seja em benefício de terceiro, seja em prejuízo a terceiro, ele não mais estará agindo discricionariamente, mas arbitrariamente.

O Direito Administrativo Disciplinar, em decorrência direta de todos os contornos que envolvem a dinâmica da disciplina interna dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, é campo fértil à incidência e desenvolvimento da técnica da discricionariedade administrativa. Expressão maior da mencionada técnica na seara disciplinar é o teor do enquadramento administrativo, em que os ilícitos administrativos são definidos com base em termos jurídicos indeterminados, possibilitando ao administrador, com a necessária observância ao princípio da proporcionalidade, uma maior margem de atuação do enquadramento do fato à hipótese legal, com a aplicação da penalidade correspondente.

Entretanto, como já dito, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, cabendo à administração demonstrar ao longo de todo o processo administrativo, desde de o juízo de admissibilidade da denúncia ou representação até o ato de julgamento, que exerceu seu poder punitivo dentro dos parâmetros da legalidade e proporcionalidade.

Conforme a processualística consagrada nos dispositivos pertinentes da Lei nº 8.112/90, sempre que o ato ilícito estiver enquadrado em uma das hipóteses legais configuradoras da penalidade de demissão, o próprio legislador

afastou a possibilidade de atenuação para outra punição menos severa, dispensando caráter vinculado ao mencionado ato disciplinar.

A técnica adotada, entretanto, não afasta por si só, a incidência dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, cabendo tais juízos em todos os momentos processuais que antecedem o enquadramento administrativo final do ilícito. Entretanto, uma vez enquadrado em uma das hipóteses legais elencadas no art. 132 do diploma de regência, outra solução não há que não a aplicação da penalidade expulsiva.

5 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. I 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1017653** - ES. Relator Ministro JORGE MUSSI, Julgamento em: 30/10/2008, Publicado em: 11/11/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Recurso Especial n. 429570** - GO, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Julgamento em: 10/11/2003, DJ 22/03/2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, **Recurso Especial n. 531349** - RS, Relator Ministro José Delgado, Julgamento em: 02/06/2004, DJ 09/08/2004 p. 174

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso em Mandado de Segurança n. 24699** - DF, Relator Ministro EROS GRAU, Julgamento em: 30/11/2004, DJ 01/07/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso em Mandado de Segurança n. 30.455** - DF, Relator Ministro LUIZ FUX, Julgamento em: 15/05/2012, DJ 25/06/2012.

TÁCITO, Caio. **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar**. Apostila de texto. 2009.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2 ed. Editora Método. São Paulo, 2009.

COSTA, José Armando da. **Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais**. Editora Fórum. 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais: Um Estudo Comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo. **Vade Mecum**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Perspectivas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade Administrativa & Controle Princiológico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.