

O CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Resumo: O presente estudo objetiva realizar uma análise sobre a extensão da prerrogativa que tem o Poder Judiciário de fiscalizar o conteúdo do processo administrativo disciplinar dos servidores públicos, uma vez provocado nesse sentido, tanto no que diz com o aspecto formal e material desse procedimento. É excluído desse exame apenas o juízo de conveniência e de oportunidade da medida repressiva aplicada ao funcionário, eis que tal apreciação abrange o mérito do ato administrativo disciplinar. Também é vedado ao julgador atenuar ou substituir a pena aplicada, sob a alegação de que a mesma é desproporcional, eis que ele estaria usurpando prerrogativa privativa do gestor público.

Palavras-chave: Processo disciplinar. Exame judicial. Limites.

Abstract: This study aims to analyze the extent of the prerogative of the Judiciary to supervise the content of the administrative disciplinary process of public servants, once provoked in this sense, both with regard to the formal and material aspect of this procedure. Only the judgment on the appropriateness and timeliness of the repressive measure applied to the official is excluded from the examination, since that assessment covers the merits of the administrative disciplinary measure. It is also forbidden for the judge to mitigate or replace the penalty imposed, on the grounds that it is disproportionate, since it would be usurping the prerogative of the public manager.

Keywords: Disciplinary process. Judicial examination. Limits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colocação do problema. 3. Conceito de legalidade do ato disciplinar. 4. Impossibilidade do poder judiciário modificar a pena aplicada. 5. Considerações finais.

* Procurador de Justiça do Estado do RS, integrando o Ministério Público desde 1989. Aprovado como Procurador do INCRA (extinta autarquia federal) e para Professor de Processo Civil da UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS). Colaborador de diversas Revistas Jurídicas, tendo publicações na *Revista de Informação Legislativa*, na *Revista dos Tribunais*, na *Revista Forense*, na *Revista de Processo da RT*, na *Revista de Direito Público da RT*, na *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, na *Revista Jurídica*, na *Revista de Direito Ambiental da RT*, em publicações da Editora Fórum, etc. Especialização em Direito Político pela Unisinos.

1 Introdução

Questão interessante, que tem suscitado controvérsia tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é aquela referente ao limite do exame que o Poder Judiciário poder efetuar no mérito do ato administrativo disciplinar, sem usurpar as prerrogativas de independência e discricionariedade da administração.

Semelhante problemática tem se sobressaído na atualidade, notadamente frente ao aumento da judicialização dos conflitos deflagrados entre a administração e os seus servidores, a ponto de gerar severos debates entre os operadores do direito.

No âmbito de nossas forças, e sempre amparados no melhor entendimento dos doutos, procuraremos fornecer alguma contribuição pessoal para o equacionamento dessa matéria.

2 Colocação do problema

Hoje, há consenso entre os publicistas, a partir do posicionamento do insuperável André de Laubadere,¹ no sentido de que, em sede de processo administrativo disciplinar, a apuração das infrações funcionais é disciplinada por regras obrigatórias, instituídas no interesse dos funcionários, constituindo a sua observância a garantia destes. (*La procédure disciplinaire est caractérisée par l'existence de règles obligatoires établies dans l'intérêt des fonctionnaires pour lesquels elles constituent des garanties*).

Isso em razão do fato de haver, desde longa data, a preocupação de limitar os poderes da administração, evitando abusos, através de uma certa “jurisdicionalização” do processo administrativo disciplinar, fato esse que foi bem apreendido tanto por Laubadère,² quanto por Maurice Hauriou.³

E, no resguardo de tais garantias, cabe ao Poder Judiciário analisar a regularidade do proceder da administração, na tramitação do processo disciplinar, sem se imiscuir no mérito da deliberação emitida ao final deste.

Isso foi o que salientou, e com o costumeiro acerto, o insuperável Santi Romano, em escrito intitulado “*I Poteri Disciplinari Delle Pubbliche Amministrazioni*”, divulgado no já longínquo ano de 1898, na seguinte passagem:

Da tutto ciò si possono trarre le seguenti conseguenze. I tribunali ordinari non possono sindacare i provvedimenti disciplinari della autorità amministrative, a meno che essi non siano viziati da incompetenza

¹ In: *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. v. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1970. p. 99.

² In: opus citatum, p. 100.

³ In: *Precis Élémentaire de Droit Administratif*. Librairie du Recueil Sirey, 1937. p. 74-83.

o da inosservanza di forme e garanzie necessarie, nel qual caso possono dichiarare la loro illegalità e ordinare il risarcimento dei danni che ne siano derivati.⁴

Já na seara do ordenamento jurídico pátrio, quem bem apreendeu a espécie foi o saudoso Seabra Fagundes, um dos nossos maiores publicistas, *verbis*:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.⁵

Tal limitação se dá em respeito ao princípio da separação dos poderes do Estado, tão bem sintetizado por Salemi, inclusive no que diz com as suas exceções, na seguinte passagem citada por Seabra Fagundes, *verbis*:

Il giudice che volesse fare delle valutazioni discrezionali, di natura politica o tecnica, riservate al giudizio esclusivo dell'amministrazione, enterabbe nel merito dell'atto e si arrogherebbe illegittimamente un nuovo potere. Lo stesso, invece, non potrà dirsi, se la discrezione implichi l'apprezzamento di fatti o requisiti, volutabili liberamente da parte di qualsiasi organo o soggetto. La valutazione del giudice è allora legittima ed anche doverosa.⁶

Mais adiante, aquele jurista nacional esclarece o conceito de legalidade para os fins aqui discutidos, ao salientar:

[...] A análise da legalidade (legitimidade, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.⁷

Resta saber, a esta altura, se tal concepção é compatível com o microsistema do direito administrativo disciplinar atual, notadamente no que diz com a restrição a sua análise judicial sobre o mérito do que foi decidido.

3 Conceito de legalidade do ato disciplinar

Quem apreendeu, com rara felicidade, o sentido da expressão “legalidade do ato administrativo disciplinar”, para os efeitos aqui discutidos, foi o Pretório Excelso, notadamente através do julgamento de antiquíssimo aresto, datado de 1944, os Embargos na Apelação Cível nº 7.307, da relatoria do insigne Ministro Castro Nunes, que contou com a seguinte ementa:

⁴ In: *Scritti Minori*, Dott. A. Milão: Giuffrè Editore. v. secondo. 1950. p. 116.

⁵ In: *O controle jurisdicional dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Forense. p. 145.

⁶ In: opus citatum, p. 148, nota 7.

⁷ In: opus citatum, p. 148.

ATOS ADMINISTRATIVOS – EXAME DA SUA VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – CONFRONTO DA PROVA PRODUZIDA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E EM PROCESSO JUDICIAL

- O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida.
- A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente.
- As medidas de caráter discricionário só poderão ser anuladas se incompetente for a autoridade ou preterida houver sido formalidade prescrita na lei.
- A função do Judiciário, no terreno dos fatos, deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato administrativo.
- Aplicação da Lei nº 221, de 1894.⁸

Mais adiante, no corpo do julgado, assinalou o relator o seguinte:

Eu admito, e ainda recentemente assim votei em certo julgamento perante o Tribunal Pleno, que o Judiciário possa rever o ato administrativo no seu conteúdo, no seu merecimento, contanto que o não faça por apreciação da mera conveniência ou oportunidade da medida. É a nossa regra legal, ainda vigente no tocante ao contencioso da legalidade dos atos administrativos.

E assim entendo porque a nossa Lei nº 221, de 1894, adiantada para a sua época sufragou a melhor doutrina, já então esboçada e mais tarde desenvolvida pelo Conselho de Estado, em França, no sentido de que, em se não tratando de ato discricionário da administração, o exame da medida pode descer aos fatos, reexaminá-los, e quando excluídos ou restituídos à sua exata apresentação, autorizar a anulação do ato por ausência de sua base legal ou causa jurídica inexistente.

Ora, a Lei nº 221 conferiu ao Judiciário poderes muito amplos na apreciação dos atos administrativos quando dispõe: “Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente”, acrescentando – “A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos sob o ponto de vista da sua conveniência ou oportunidade”.

Daí resulta que a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral na ilegalidade por “indevida aplicação do direito vigente”.

Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário que não poderá ser o da punição disciplinar do funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autoriza mediante inquérito administrativo.⁹

Entretanto, com a correção de sempre, sua excelência impôs o seguinte limite:

⁸ In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 69 ss.

⁹ In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 75-76.

Mas a função do judiciário no terreno dos fatos deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato da administração.¹⁰

Semelhante posicionamento, e como não poderia deixar de ser, foi amplamente sufragado pelo não menos ilustre Ministro Vitor Nunes Leal, que comentou esse julgado para a Revista de Direito Administrativo, ao ponto de ter assinalado a fl. 94 que “a afirmação de que ao Judiciário é vedado examinar provas ou questões de fato em casos de demissão de funcionários peca por sua excessiva amplitude”.

Tal matéria vem sendo sistematicamente debatida no Supremo Tribunal Federal, sendo reprisada quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 75.421-BA.¹¹

Nessa oportunidade, sobressaiu o gênio do emérito e saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, um dos mais talentosos Juízes provenientes da Magistratura de São Paulo, que ao discorrer sobre a amplitude do exame que o poder judiciário poderia proceder nos processos administrativos disciplinares, sem subverter a noção de separação dos poderes, esclareceu que semelhante análise teria de alcançar, obrigatoriamente, a análise da prova ali produzida.

A certa altura, sua excelência asseverou, *verbis*:

[...] Outra é, portanto, a questão. É a de saber-se se, punido o funcionário em processo administrativo, ao Poder Judiciário cabe apreciar provas para concluir que a punição não se legitima, em face delas. E a isto pretende a recorrente opor que ao Poder Judiciário é vedado examinar o “mérito” do ato administrativo.

Creio que há equívoco terminológico, merecedor de esclarecimento prévio.

Por força, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de “mérito” do ato administrativo, se tenta estender o de *meritum causae*, relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexacta.¹²

Prosseguindo em seu voto, tal Ministro aponta o ponto central da controvérsia aqui deduzida, assinalando:

Eu diria, apenas, que, no caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta: é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a aplicação da sanção.

Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal ou não. O exame da legalidade não se confunde com a apreciação das meras formalidades de processo administrativo. E no ato demissório, não há “mérito” excluído da apreciação judicial.¹³

¹⁰ In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 78.

¹¹ In: RTJ 71/761.

¹² In: RTJ 71/765.

¹³ In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 766.

Desse julgado foi interposto recurso para o Tribunal Pleno, que reexaminou a matéria quando da apreciação dos Embargos no Recurso Extraordinário nº 75.421-BA, *verbis*:

Controle jurisdicional de ato administrativo vinculado. O exame pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende, quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram. Embargos conhecidos e recebidos.¹⁴

Tal entendimento, tornou-se pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira, como se pode constatar, exemplificativamente, da leitura do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 395.831 – AL.¹⁵

4 Impossibilidade do poder judiciário modificar a pena aplicada

Resta saber, a esta altura, se o Poder Judiciário, poderia se imiscuir na apreciação da pena aplicada ao servidor.

Sempre se reconheceu que integra a discricionariedade administrativa tal escolha, em razão da independência e da separação dos poderes do Estado, desde que observada a lei e presente prova suficiente para a punição escolhida.

Não se pode pretender, absolutamente, que apenas o Poder Judiciário aplique sanções, notadamente nas infrações administrativas praticadas nas esferas do Executivo e Legislativo.

Isso foi o que salientou, brilhantemente, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.297-DF, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

- Não há como acolher pleito que acabe por guindar o Judiciário à posição de autoridade administrativa e isto ocorreria caso viesse a caminhar, sob o ângulo estrito da justiça, ou injustiça, para a substituição da pena aplicada.
- Exige-se harmonia entre o ato final de punição e o teor do inquérito, isto quanto aos fatos apurados. A autoridade administrativa a quem cumpre punir o infrator não está compelida a observar o enquadramento jurídico conferido pela comissão que atuou na fase de inquérito.
- O fato de o ato de demissão conter menção a dispositivos legais reveladores de transgressões diversas e para as quais são previstas penas mais brandas não o vicia. Suficiente é que dele conste a alusão àquele que conduz a pena de demissão. O procedimento do servidor pode ensejar a variedade de enfoques, como ocorre relativamente ao policial federal quando o ato praticado provoque escândalo e comprometa a função (VIII), revele descumprimento de leis e regulamentos (XX)...¹⁶

¹⁴ In: RTJ 79/478.

¹⁵ In: RTJ 201/1161.

¹⁶ In: *Revista Forense*, 326/175 e RTJ 138/488.

Semelhante posicionamento foi reiterado quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.256-DF, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que contou com a seguinte ementa:

Administrativo. Processo disciplinar. Lei nº 8.112/90, art. 132, incisos IV e XIII. Demissão de servidora. Ampla defesa. Autoria. Substituição da pena.

Faltas disciplinares apuradas em processo administrativo que correu regularmente, com observância do princípio da ampla defesa, não havendo resultado demonstrado, por outro lado, que os atos punidos eram alheios à competência da servidora, como alegado.

Impossibilidade de substituição da pena imposta sem reexame do mérito do ato administrativo, providência vedada ao Poder Judiciário.¹⁷

Nesse sentido, aliás, e como não poderia deixar de ser, também é o melhor posicionamento de Pietro Virga,¹⁸ ao abordar os poderes do Juiz ordinário na constatação de eventual ilicitude da administração, momento em que assinalou que tal magistrado “non può sostituire la propria volontà a quella dell’ autorità amministrativa, al fine di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, per la cui disciplina si richieda un provvedimento amministrativo”.

O Supremo Tribunal Federal também não vem admitindo a invocação do Princípio da Proporcionalidade para abrandar as sanções impostas aos servidores públicos, sob a alegação de que a autoridade administrativa teria sido muito rigorosa, como se pode constatar da leitura da ementa do Recurso Extraordinário nº 244.158-SP, *verbis*:

Policia militar. Demissão. Abrandamento. Impossibilidade de examinar-se a questão sob o ângulo do princípio da proporcionalidade.

- 1 Não havendo mácula no procedimento administrativo e presente a existência de pena de demissão, no âmbito da competência da autoridade militar, não pode o Poder Judiciário considerar apenas a inadequação da pena para aplicar outra menos severa.
- 2 O princípio da proporcionalidade somente pode ser examinado se é objeto do pedido inicial, o que não ocorre neste feito.
- 3 Em um quadro de generalizada agressão ao princípio da moralidade, princípio constitucional relevante, é necessário exigir comportamento ilibado do servidor público, principalmente no âmbito dos serviços policiais.
- 4 Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁹

Esse também é o entendimento de José Armando da Costa, que ao discorrer sobre esse tema, assinalou:

Questão por demais relevante pertine ao fato de saber se, à vista do não-acatamento ao princípio da proporcionalidade, é permitido ao Poder judiciário dosar a pena disciplinar, aumentando ou diminuindo a

¹⁷ In: RTJ 183/642.

¹⁸ In: *La Tutela Giurisdizionale Nei Confronti Della Pubblica Amministrazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1976. p. 132.

¹⁹ In: RTJ 210/444.

punição que foi imposta no caso concreto. Entendemos que, fazendo tais alterações dosimétricas, estará o Judiciário, obviamente, incursionando no campo do mérito disciplinar, que é reservado constitucionalmente ao Poder Executivo. Tal labor judicante constitui, sem dúvida, intromissão judicial indevida, posto que ao Judiciário compete, no exercício do controle externo, verificar se a pena imposta é legal ou ilegal, devendo, em consequência, ser anulada ou confirmada. Tendo sido imposta de modo proporcional, será a pena considerada como legal, devendo a deduzida pretensão desconstitutiva da sanção ser rejeitada; já na hipótese reversa, será a reprimenda disciplinar definida como ilegal, e, conseqüentemente, poderá a sua invalidez ser decretada pelo Poder Judiciário.

Sendo descumprido o princípio da proporcionalidade, aberto fica ao Judiciário, quando provocado pelo interessado, o poder de anular não a parte excessiva do ato punitivo, e sim a própria sanção imposta, por absoluta incongruência com o nosso *jus positum*.²⁰

5 Considerações finais

Ao encerrar, devemos fazer uma reflexão a respeito do que foi exposto neste trabalho.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que a apreciação judicial do processo administrativo disciplinar não está limitada a legalidade externa da atuação da administração, mas abrange, também, os aspectos materiais, neles inseridos os motivos, os fundamentos e os pressupostos de fato que determinaram a punição.

Aqui, e como magistralmente reconheceu o Ministro Castro Nunes, só existe limitação no que diz com a conveniência ou oportunidade da medida, devendo o Judiciário sindicar se ocorreu uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei, em detrimento do processado.

Também é imperioso o exame da prova produzida pelos litigantes, bem como também dos elementos fáticos apurados no procedimento disciplinar e da correspondência entre esses dados e o resultado do processo, ou seja, a penalização do servidor.

Não pode, entretanto, o magistrado substituir a pena imposta pela administração, muito menos abrandá-la, sob pena de invadir seara privativa do poder processante, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Da mesma forma, também não é aceitável ao julgador se socorrer do princípio constitucional da proporcionalidade para modificar/alterar a sanção imposta ao funcionário, sendo que a ofensa a tal comando constitucional enseja, no máximo, a anulação da penalização, para que a matéria seja reapreciada pela administração.

Para encerrar, deve-se ressaltar a importância do controle judicial nessa área tão sensível do direito, nos limites acima indicados, como é da tradição do nosso ordenamento jurídico e constitui garantia constitucional do jurisdicionado.

²⁰ In: *Teoria e prática do Processo Administrativo Disciplinar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica. p. 57.