



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ZAQUEU QUIRINO PINHEIRO

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

SOUSA - PB
2007

ZAQUEU QUIRINO PINHEIRO

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Maria do Carmo Élide Dantas Pereira

SOUSA – PB
2007

ZAQUEU QUIRINO PINHEIRO

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Trabalho de conclusão de curso aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira

Examinador (a)

Examinador (a)

SOUSA - PARAÍBA

2007

Dedico este trabalho, à minha mãe Pedrina que nunca mediu esforços para minha formação, ao meu pai José Quirino, aos meus irmãos Ricardo e Janaina, a minha namorada Fernandinha e principalmente a minha irmã mãe Jakelline que sempre fez de tudo por e para mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus, companheiro inseparável, presente durante toda a minha caminhada.

À minha irmã Jakelline que sempre me ensinou sobre ética na advocacia e pela dedicação em que teve comigo na minha prática.

RESUMO

Os princípios constitucionais possuem atuação determinante na efetivação de todo o ordenamento jurídico, uma vez que atuam como ponto de partida para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O princípio da proporcionalidade, por ser um princípio que pode ser empregado em sentido amplo, possui íntima relação com os outros, dentre os quais pode-se destacar o princípio da isonomia, o princípio da razoabilidade e o princípio da legalidade. A vinculação do princípio da proporcionalidade por via dos direitos fundamentais justifica o entendimento de que qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência, pois se modera pela necessidade que o operador jurídico tem de analisar o caso concreto em cotejo com a norma aplicável, e, ao utilizá-la, deverá adequá-la à realidade vigente em determinado período e para determinada realidade. Por meio deste princípio verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes e, em razão desse motivo que o princípio da proporcionalidade auferiu um grande prestígio. Afinal, o que se almeja é a garantia aos indivíduos de direitos fundamentais que não podem ser menosprezados a qualquer título. A aplicação do princípio da proporcionalidade repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam uma mesma relação jurídica. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma ponderação. O dever de proporcionalidade, deste modo, deve ser resultante de uma decorrência coesa do caráter principal das normas. Assim, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Deste modo, este não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Além da força de limitação da intervenção do Estado o princípio de proporcionalidade também está relacionado à proteção substancial do indivíduo. Ocorrerá violação ao princípio da proporcionalidade sempre que o administrador, tendo dois valores legítimos a sopesar, priorizar um a partir do sacrifício exagerado do outro. A proporcionalidade implica uma adequação axiológica e finalística pelo agente público do poder-dever de hierarquizar princípios e valores de maneira adequada nas relações de administração e no controle delas, sobretudo em relação ao Processo Administrativo Disciplinar. Determina que um meio deva ser adequado, necessário e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma. Portanto, o dever de proporcionalidade deve ter sua aplicação mediante critérios racionais e intersubjetivamente controláveis. Assim sendo, o presente estudo representa alguns subsídios para reflexões sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação quando do processo de infrações disciplinares.

Palavras chave: Proporcionalidade. Processo Administrativo, Disciplinar.

ABSTRACT

The principles constitutional all possess determinative performance in the efetivação of the legal system, a time that act as starting point for the interpretation of the constitutional ruleses and infraconstitutional. The principle of the propoortionalidade, for being a principle that can be used in ample direction, possesss soul relation with the others, amongst which it can be detached the principle of the isonomy, the principle of the razoabilidade and the principle of the legality. The entailing of the principle of the propoortionalidade for saw of the basic rights justifies the agreement of that any manifestation of the public power must relieve obedience to it, therefore if it moderates for the necessity that the legal operator has to analyze the case concrete in cotejo with the applicable norm, and, when using it, the effective reality in determined period and for determined reality will have to adjust it it. For way of this principle it is verified if the taken factors of restriction in consideration are adjusted to the excellent accomplishment of colidentes or competing rights e, in reason of this reason that the principle of the propoortionalidade gains the great prestige. After all, what if it longs for is the guarantee to the individuals of basic rights that cannot be menosprezados to any titulo. The application of the principle of the propoortionalidade rests, therefore, in the necessity to construct the Right for the use of the positivada norm of coherent, harmonizing, that always possible form, the some antagonistic interests that coadjuvam one same legal relationship. When a collision of principles occurs is necessary to verify which of them ahead possesss greater weight of the concrete circumstances, implying rules whose establishment depends on a balance. The propoortionalidade duty, in this way, must be resultant of a coesa result of the main character of the norms. Thus, the principle of the propoortionalidade represents the accurate measure where the State must act, in its specific functions. In this way, this does not have to act with surplus, in the same way that it cannot act in insufficient way in the accomplishment of its objectives. Beyond the force of limitation of the intervention of the State the propoortionalidade principle also it is related to the substantial protection of the individual. Breaking to the principle of the propoortionalidade will always occur that the administrator, having two legitimate values to sopesar, to prioritize one from the sacrifice exaggerated of the other. The propoortionalidade implies a axiológica and finalística adequacy for the public agent of power-having of hierarquizar principles and values in way adjusted in the relations of administration and the control of them, over all in relation to the Administrative proceeding To discipline. It determines that a way must be adjusted, necessary and it does not have to be without relation of propoortionalidade relatively to the end instituted for the norm. Therefore, the propoortionalidade duty must have its application by means of rational and intersubjetivamente controlable criteria. Thus being, the present study it represents some subsidies for reflections on the principle of the propoortionalidade and its application when of the process of infractions to discipline.

Key Words: Proportionality. Administrative proceeding, To discipline.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPITULO I. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	
1.1. Processo e Procedimento.....	12
1.2. Definição.....	12
1.3. Poder Disciplinar.....	12
1.4. Sistema de repressão disciplinar adotado pelo Direito Pátrio.....	13
1.5. Cabimento.....	14
1.6. Fases do Processo Administrativo Disciplinar.....	14
1.7. Verdade Sabida.....	15
1.8. Esferas de Responsabilidade.....	15
1.9. A questão da prescrição aplicada às infrações funcionais.....	17
1.10. A recorribilidade no Processo Administrativo Disciplinar.....	17
1.11. Princípios Constitucionais que norteiam o Processo Administrativo Disciplinar.....	18
1.11.1. Princípio da Publicidade.....	18
1.11.2. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	19
1.11.3. Princípio da Oficialidade.....	19
1.11.4. Princípio da Gratuidade.....	20
1.11.5. Princípio da Atipicidade.....	20
1.11.6. Princípio da Obediência à forma dos procedimentos.....	20
1.11.7. Princípio da Verdade Material ou da Liberdade da Prova.....	21
1.12. Considerações finais sobre o tema.....	21
CAPÍTULO II. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
2.1 O Princípio da Razoabilidade.....	22
2.1.1 Uma introdução Literária.....	22

2.1.2 Histórico.....	24
2.1.3 Conceito de Razoabilidade.....	27
2.1.4 - Sentido Processual e Sentido Substantivo do Devido Processo Legal...	28
2.1.5 - O Princípio da Razoabilidade e a Constituição de 1988.....	29
2.2. Princípio da Proporcionalidade.....	31
2.2.1 - Histórico.....	31
2.2.2 - Conceito de Proporcionalidade.....	33
2.2.3 - O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição de 1988.....	35
CAPÍTULO III. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES.....	39
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUÇÃO

Vivenciando a Constituição Federal/1988, o processo disciplinar reclama uma nova visão. Sem autoridade competente/juiz natural não se viabilizam as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Comissões de exceção, parciais, improvisadas, acidentais, despreparadas, dependentes, e designadas sob encomenda devem ser afastadas de vez dando-se prévia publicidade das autoridades instauradora, instrutora e julgadora, investidas das respectivas competências, com mandato e critérios predefinidos, antes da ocorrência dos fatos que lhes vierem a ser submetidos à análise mediante sindicância ou processo disciplinar.

O processo administrativo disciplinar deve espelhar, pelo desenvolvimento concretizador dos princípios constitucionais na sua prática cotidiana, o Estado Constitucional Democrático de Direito.

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo adequado.

O desiderato maior deste estudo consistirá na abordagem de um dos mais importantes princípios da nossa vigente Carta Política — a Proporcionalidade ou Razoabilidade — como um princípio também de interpretação constitucional, aplicado na resolução de Processos Administrativos Disciplinares.

A origem de tal princípio se encontra no Devido Processo Legal anglo-saxão, esboçado na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215. Todavia, a consagração da idéia de razoabilidade ocorreu realmente nos Estados Unidos, a partir da edição da XIV Emenda Constitucional, em 1868, e da criação jurisprudencial da Suprema Corte a respeito do chamado Substantive Due Process of Law.

Pelo princípio da proporcionalidade procura-se aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionais previstos. Ele não está expresso. Emana do estado de direito, no qual está o exercício do poder subordinado à ordem jurídica que o limita e o impede de agir com arbítrio.

Definido o tema, iniciou-se o estudo mediante investigação bibliográfica de legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes ao tema, bem como exame de revistas e processos, caracterizando a pesquisa bibliográfica.

Inicialmente, houve levantamento do material, seguido de leitura, interpretação e fechamento, com o escopo de facilitar a localização de informações essenciais e necessárias à elaboração da presente pesquisa.

Para tanto, no que concerne ao método de raciocínio, o mesmo foi o dedutivo, vez que a análise deitou primeiramente sobre os aspectos generalizados, para diante de conhecimentos gerais, extrair ilações específicas e conseqüente nível de informação particular.

Com tal método, a partir de enunciados mais gerais, dispostos ordenadamente como premissas ou antecedentes de um raciocínio, chega-se a uma conclusão particular ou menos geral com relação à questão abordada.

CAPÍTULO 1. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

1.1 Processo e Procedimento

Inicialmente é necessário distinguir processo e procedimento. Processo é o método, é a junção de atos sucessivos com o intuito de conseguir um pronunciamento sobre determinada controvérsia, quer seja ela em área judicial, quer seja ela em área administrativa. Procedimento equivale a rito, ou seja como o processo se realiza em cada caso concreto.

Destarte, é de se ressaltar, que existe procedimento sem processo, v.g., os licitatórios, mas não existe processo sem procedimento.

Processo Administrativo Disciplinar configura, como é de se observar, uma categoria especial do gênero Processo.

1.2 Definição

Processo Administrativo Disciplinar na feliz conceituação do Mestre Hely Lopes Meirelles "é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração" (1998, p.567).

Por "falta grave" podemos determinar como um ilícito administrativo que nada mais é que a quebra a um dos interesses públicos da Administração. São as denominadas "infrações funcionais".

1.3 Poder Disciplinar

Abebera-se o Processo Administrativo Disciplinar no Poder existente entre o Estado-Administrador e os Agentes Administrativos.

O Poder Disciplinar tem origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público. O pré-falado pode ser conceituado como a força inerente à Administração Pública de apurar irregularidades e infligir sanções a pessoas adstritas ao regime disciplinar dos órgãos e serviços públicos.

O aludido Poder tem taxinomia discricionária, no que tange estritamente a possibilidade de aplicação de penas. Daí, a possibilidade da Administração, usando do mérito que lhe é dado, analisar qual a punição que é adequada à falta do servidor, desde que dentro da enumeração legal taxativa (advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada).

Não é de se olvidar que na discricionariedade que é dada à Administração não se compreende a possibilidade de não-aplicação da pena pelo superior hierárquico, haja vista o caráter de poder-dever do supracitado, inclusive sujeitando o omissor a sanção criminal.

Porém, é preciso que a Administração Pública siga os princípios do Contraditório e do *due process of law* (devido processo legal) utilizando o bom senso e a *proporcionalidade*, pois, se assim não o fizer na apuração da infração, cometerá forma de desvio de poder denominada arbitrariedade.

Face ao acima exposto, é necessário a motivação da punição disciplinar para a validade do ato "*in foco*", se assim não proceder à autoridade administrativa, o Judiciário sempre pode anulá-lo por evidenciar lesão a direito.

1.4 Sistema de Repressão Disciplinar Adotado pelo Direito Pátrio

O Sistema de repressão disciplinar adotado pelo nosso Direito Administrativo é o Misto ou de Jurisdição Moderada, onde é mantido a discricionariedade na apuração de fatos e escolha da pena aplicável, mitigando de certa forma o princípio do "no bis in idem" por ser possível no caso de reincidência de fato a aplicação de pena superior ao utilizado na apuração do primeiro ilícito.

1.5 Cabimento

Na órbita federal é imprescindível o processo administrativo disciplinar para aplicação das penas de suspensão superior a trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição do cargo em comissão.

1.6 Fases no Processo Administrativo Disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar compreende três fases, a instauração, o inquérito administrativo dividido em instrução, defesa e relatório, e o julgamento. Se a Autoridade Administrativa não tiver elementos suficientes para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, quer por dúvidas quanto à autoria do fato ou por quanto à irregularidade ou não no serviço público procederá à sindicância, que de toda forma estará inclusa nos autos do processo administrativo disciplinar, a sindicância também é utilizada para a aplicação de punição quando o ato não exigir, expressamente, o Processo Administrativo. Vejamos agora sucintamente, fases que compõem o Processo Disciplinar:

a) Instauração

Ocorre com a publicação do ato que constitui a comissão que vai julgar o indigitado servidor. É de suma importância que a peça de início determine de forma clara e precisa o objeto da lide de forma a possibilitar a justificação plena do apontado;

b) Inquérito Administrativo

É dividido em três sub-fases: Instrução, Defesa e Relatório.

c) Instrução

Na instrução são apurados de forma precisa os fatos que deram origem ao Processo Administrativo Disciplinar. A Autoridade Administrativa tem nesta sub-fase do processo a oportunidade de produzir as provas de acusação;

d) Defesa

Garantida de forma expressa na nossa Constituição como princípio que deve reger todos os processos, quer em área federal, quer em área administrativa (art. 5º,

LV da Constituição Federal), como já foi ressaltado, o devido processo legal também deve ser seguido, sob pena de anulação do ato;

e) Relatório

É a apreciação célere e sucinta do que ocorreu no processo, não carrega efeito vinculativo para a Administração Pública, que pode não seguir as conclusões da comissão processante, desde que informe os motivos que levaram a tomar decisão divergente;

f) Julgamento

Com a decisão da Autoridade Administrativa acerca do objeto da lide em questão. Sobredita fase é vinculativa devendo se basear em elementos probatórios existentes, necessariamente, no processo administrativo disciplinar (acusação ou defesa e provas).

Frise-se que, o ilícito hipoteticamente praticado pelo servidor configurar crime será enviada cópia dos autos ao representante ministerial.

1.7 Verdade Sabida

Verdade sabida é o conhecimento direto da infração pela autoridade competente para aplicar a punição. Em que pesem as opiniões contrárias, este dispositivo presente em alguns estatutos de regime estaduais, não mais prevalece "ex vi" do artigo 5, LX, da Carta Magna que impôs a obrigatoriedade do contraditório na aplicação de penas.

1.8 Esferas de Responsabilidade

Problema que traz bastante controvérsia diz respeito as esferas de responsabilidades quanto o ilícito praticado pelo servidor é sancionado também na esfera do direito penal. O que fazer se o juízo criminal absolver o servidor ou condená-lo sentenciando de forma contrária à instância administrativa...? Há ou não comunicabilidade de instâncias..?

Analisando o problema sob o ângulo de condenação no juízo criminal e absolvição na instância administrativa, a solução é bastante simples: Quando o agente for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a Administração Pública não podem divergir da decisão supramencionada, ocorrendo a comunicabilidade de decisões face ao artigo 1.525 da Lei Substantiva Cível.

Quanto a absolvição no juízo criminal a solução se configura de forma mais complicada, no caso de haver condenação na instância administrativa, existem, entretanto, dois casos em que a sentença no juízo penal vincula a autoridade administrativa a decidir de forma idêntica:

I – Estar provada a inexistência do fato (face ao artigo 1.525 do CC);

II – Negativa de Autoria (de acordo com artigo 65 do CPP).

O Mestre Francisco Campos (1960, vol. II, pág. 356), autor de várias das legislações pátrias, já na década de 1960, dizia o referido, *in verbis*;

“Parece-nos fora de dúvida que o funcionário a que se aplicou a sanção administrativa por fato qualificado de delituoso na lei penal, se absolvido na instância criminal, pela inexistência dos fatos, adquire direito a que se declare insubsistente a sanção administrativa que lhe foi aplicada por força ou em virtude da imputação a ele irrogada em inquérito administrativo (Rectius: Processo Administrativo Disciplinar)”

Neste Sentido, o Pretório Excelso já decidiu de forma idêntica: "Se a Decisão absolutória proferida no juízo criminal não deixa resíduo a ser apreciado na instância administrativa, não há como subsistir a pena disciplinar" (STF, in RDA 123/216).

No caso em que a absolvição criminal se dá por não haver prova da existência do fato; não haver prova de ter o réu concorrido para a infração penal, não existir prova suficiente para a condenação; não repercutem na esfera administrativa as decisões pois as provas que não são suficientes para comprovar um ilícito penal, podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.

E no caso de decisão negativa por não constituir o fato infração penal? Tendo em vista que o ilícito administrativo pode corresponder a uma infração disciplinar que não constitui crime, por não afetar os bens fundamentais da vida em sociedade, ainda assim a punição deve subsistir face a autonomia do processo disciplinar.

1.9 A Questão da Prescrição Aplicada às Infrações Funcionais

Prescrição é a perda do direito de ação pela inércia do titular diante de violação por outrem.

É instituto presente em praticamente todos os ramos do direito como princípio de ordem pública que não pode ser relevado pela Administração.

Controversa é a sua natureza, uns acham que se trata de instituto de taxinomia material, outros que possui natureza mista (caráter híbrido de direito material e processual)

Em relação às infrações funcionais, o Regime Jurídico dos Servidores Civis da União (Lei nº 8.112/90) determina o prazo de prescrição da ação disciplinar em seu artigo 142, verbis:

- I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
- II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
- III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

1.10 A Recorribilidade no Processo Administrativo Disciplinar

A recorribilidade no Processo Disciplinar está garantida quanto à órbita administrativa federal no artigo 177 e seguintes do Regime Jurídico Único; quanto à esfera do judiciário ele sempre poderá ser revisto caso for ilegal. É que a decisão administrativa, por o Brasil não seguir o sistema do contencioso administrativo, não tem o que é denominado no direito anglo-americano de "final enforcing power" podendo ser traduzido como "coisa julgada material" no ordenamento jurídico pátrio.

O que não pode o Judiciário é alterar a punição aplicada pela Administração Pública para uma mais gravosa ou mais leve, pois ao Judiciário só cabe analisar da legalidade ou não do ato, senão aviria invasão, não permitida, na discricionariedade administrativa.

1.11 Princípios Constitucionais que Norteiam o Processo Administrativo Disciplinar

Existem sete princípios básicos que norteiam o Processo Administrativo: O da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, e da obediência às formas e procedimentos legais (sendo estes inerentes ao processo como um todo), oficialidade, gratuidade, atipicidade (princípios estes particulares ao Processo Administrativo).

1.11.1 Princípio da Publicidade

Princípio que é inerente aos regimes políticos democráticos, o Princípio da Publicidade abrange toda a atuação estatal, estando os atos concluídos ou em formação.

Destarte, a sua aplicação no Processo Administrativo Disciplinar, nada mais é que uma consequência fundamental da sua essência de conferir transparência aos atos administrativos.

Sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível.

É de se olvidar, ainda, que a publicidade, não é um requisito de forma do ato administrativo, é requisito de eficácia e moralidade. Sendo assim, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exeqüibilidade, quando a lei ou regulamento a exigem.

Ipsis literis, o Princípio da Publicidade no Processo Administrativo Disciplinar pode ser resumido como o direito à discussão probatória, na comunicação de todos os atos do processo, e na necessidade de motivação da decisão, motivação esta, aliás, inerente a todos os atos que compõem o Direito Administrativo.

1.11.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Princípio decorrente do "*due process of law*" (devido processo legal) existente nos Estados democráticos de Direito, o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório é absoluto, não comportando exceções.

Está garantido de forma expressa pela Legislação Constitucional em seu artigo 5º, Incisos LV, e LXI.

Este princípio é inerente a todos os tipos de processos como o Processo Administrativo Disciplinar, pois o mesmo não é inquisitivo, mas puramente acusatório.

O Sobredito requer que seja dada oportunidade ao agente administrativo, hipoteticamente faltoso, de falar a respeito das alegações acusatórias em cada fase do Processo Administrativo Disciplinar, e, logicamente, de fazer prova contrária.

Neste Sentido [diz Hely Lopes Meirelles], "Processo Administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou mais especificadamente, da garantia da defesa." (op. citada, pág. 563)

1.11.3 Princípio da Oficialidade

É Princípio que faz parte da Administração Pública, independentemente de previsão em lei.

A eminente professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. citada, pág. 410) consegue magistralmente resumi-lo:

"O princípio da oficialidade autoriza a Administração Pública a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público".

1.11.4 Princípio da Gratuidade

Pois, seria ilógico que sendo a Administração Pública uma das partes e principal interessada na apuração e aplicação da pena ao suposto infrator, que o processo disciplinar ainda onerasse o Agente Administrativo.

1.11.5 Princípio da Atipicidade

Diferentemente da Legislação Material Penal, no Direito Administrativo a quase totalidade das infrações funcionais não está tipificada na lei, cabe à Administração Pública analisar se o fato constitui ou não "falta grave", por exemplo, daí a decorrência da necessidade da motivação dos atos pelo julgador.

1.11.6 Princípio da Obediência à forma dos procedimentos

Princípio que se apresenta mitigado no Processo Administrativo Disciplinar, porquanto o supracitado deve, apesar de atender aos procedimentos descritos na lei, ser simples, sem exigências formais abusivas e ilógicas.

1.11.7 Princípio da Verdade Material ou da Liberdade da Prova

Deve ser a busca incessante do administrador público que siga a moralidade como conduta.

O Administrador deve conhecer de novas provas que caracterizem a licitude, ilicitude ou inexistência do ato gravoso "in foco" em qualquer tempo do processo, é a busca da verdade material, o que realmente ocorreu, contrapondo-se a verdade formal, existente no Processo Civil.

Pré-falado princípio autoriza no caso de julgamento em 2ª instância administrativa, a "*reformatio in pejus*", com a possibilidade de conduzir ao recorrente a uma decisão pior que a primeira obtida na 1ª Instância.

1.12 Considerações Finais sobre o Tema

A mais conceituada doutrina e recentemente a jurisprudência pátria vem, com base no direito comparado, estendendo o *due process of law* previsto na nossa Constituição a lides não aplicadas no processo civil ordinário, incluindo aí, logicamente, o processo administrativo disciplinar.

Isto e em conjunto com o surgimento de leis administrativas que retiram o puro arbítrio do administrador público (como por exemplo a Lei Federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999) só levam a valorização das decisões emitidas pela Administração Pública levando a uma nova visão do Direito Administrativo consentâneas com a realidade do império da lei (*land of law*) que é o objetivo que perseguimos.

CAPÍTULO 2. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 O Princípio da Razoabilidade

2.1.1 Uma introdução literária

Certamente alguma coisa havia saído errado naquela manhã, pois já passava das oito horas e a sempre pontual senhora Grunbach ainda não havia trazido o café. Josef K. então se levantou e tocou a campainha esperando que a amável locadora surgisse por detrás da porta pedindo-lhe desculpas por tal atraso. Contudo, um homem de feições ríspidas, quase marcial, é quem atende ao chamado e comunica a um já impaciente Josef K. a sua detenção.

Escrito por volta de 1914, O Processo constitui-se na obra-prima do gênio de Franz Kafka, além de representar um dos maiores romances já escritos em todos os tempos. A total ausência de respostas, de uma lógica linear na narrativa kafkaniana encontra na história de Josef K. o seu ponto culminante. Assim como o pobre Gregor Samsa (de A Metamorfose) acorda um belo dia e percebe possuir inúmeras “perninhas”, e uma couraça enorme que mais fazem lembrar o aspecto de besouro gigantesco - como quis Nabokov - o protagonista de O Processo atravessa toda a trama sem descobrir a razão de seu infortúnio, quem o acusa, e qual a acusação que lhe pesa sobre a cabeça.

Freud defende uma tese curiosa sobre a função da lei e esta de certa forma se relaciona com a angústia que permeia a vida dos personagens kafkanianos, pois entende o pai da psicanálise atuar a lei como forma de repressão do poder desmesurado, ou seja, oferecendo ao indivíduo na esfera do inconsciente a proteção de uma figura essencialmente paterna. Considerando, portanto, a lei como um pai substituto - e a complexa relação existente entre o próprio Kafka e seu pai - pode-se entender por este prisma a narrativa kafkaniana, ressalvado o aspecto de que no universo do referido escritor apesar de o homem buscar a lei, esta o oprime, independente de sua constituição forte ou débil, petulante ou resignada.

Ao lado da interpretação psicanalítica, e mais voltado ao escopo do presente trabalho, pode-se pensar nesta falta de respostas obtida por Josef K. como a maior arbitrariedade da qual um sistema instituído pode ser capaz. Sabe-se da existência da acusação, mas não de seu conteúdo, e muito menos de seu autor. O Poder Público, no caso o Judiciário, figura no romance como um enorme Leviatã que instala seus cartórios em meio aos porões da cidade, que estende seus funcionários - sua longa manus - em cada porta gradeada que se abre, em cada escada quebradiça que se sobe; todos os personagens participam de uma forma ou de outra do Tribunal e tudo a este remete: cada pensamento, cada prece ou confissão que se faça.

O tormento em que se transforma a vida de Josef K. não possui precedentes, culminando o seu infortúnio com o seu assassinato ao final da trama - como um cão - pelas mãos de dois senhores taciturnos e bem vestidos, encarregados pelo Tribunal de dar cumprimento a uma sentença da qual nada se sabe.

Não parece haver exemplo melhor da necessidade de se ter dentro dos dispositivos legais uma cláusula que vede o arbítrio do Poder Público contra os seus cidadãos como em tempos totalitários, e muitos são aqueles que lêem a obra de Franz Kafka como uma profecia da nefasta época que estava por vir com as grandes guerras. A máquina de tortura que escreve até a morte nas costas do acusado sua sentença, rasgando-o para que aprenda a não desobedecer os superiores é, sem dúvida, um bom exemplo, encontrado em na Colônia Penal.

Por fim, é notório o fato de que todo o procedimento judicial ao qual submete-se Josef K. em *O Processo* carece de razoabilidade, de racionalidade, e principalmente, de transparência, ou seja, de uma conduta por parte dos agentes públicos pautada por um processo legal justo e conhecido previamente. A lei do universo kafkaniano é quase surrealista, mas ainda assim, correta e, o que é pior, inquestionável. Diz um dos oficiais quando de seu primeiro encontro com K:

“Nossas autoridades, até onde as conheço, e só conheço seus níveis mais baixos, não buscam a culpa na população, mas, conforme consta na lei, são atraídas pela culpa e precisam nos enviar a nós, guardas. Esta é a lei. Onde haveria aí erro?” Após o protagonista afirmar seu total desconhecimento de tal lei, retruca o oficial: “Tanto pior para o senhor.” (1997, p. 15).

Quando da promulgação da Carta Constitucional de 1988, a sociedade brasileira firmou através de sua Assembléia Constituinte o repúdio aos anos de ditadura que haviam assolado o país. Inúmeras foram as conquistas que haviam gradativamente logrado inserção no corpo da Lei Magna, permitindo que o 5 de outubro daquele ano pudesse ser historicamente reconhecido como o marco inaugural de uma nova etapa político-constitucional do país.

Inúmeras foram as críticas logo proferidas contra seu texto, principalmente no que diz respeito ao artigo 5º da Constituição Federal, seja por sua extensa enumeração de incisos a perder-se no horizonte, seja pelo conteúdo de alguma de suas disposições. Contudo, deve-se reconhecer que o Brasil conta hoje com uma das mais belas e completas declarações de direitos de todo o mundo, e dentre todos os ditames de tal artigo, pode-se encontrar o objeto do presente trabalho: o princípio do devido processo legal e seu reflexo direto na teoria constitucional enquanto princípio de razoabilidade. Sua inquestionável relevância pode ser auferida a partir de todo o exposto, constituindo-se tal princípio em instrumento de intensa produtividade para o desenvolvimento de uma interpretação progressista do texto constitucional, municiando a vivência, acadêmica ou forense, de substrato único para que sejam obstadas as ocasionais arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público. A crescente referência feita ao princípio do devido processo legal em sede de decisões prolatadas pela imensa maioria dos juízos e tribunais pátrios bem demonstra a importância do tema ora abordado, mantendo-se desta forma a Carta Constitucional em constante movimento, e não arraigada a uma intransponível paralisia, como aquela que - apesar de esteticamente louvável - permeia os primeiros contos de James Joyce.

2.1.2 Histórico

Um dos primeiros documentos que consolidam uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos é a Magna Carta, conquistada pelos barões ingleses, auxiliados pelo arcebispo de Canterbury, junto ao rei João "Sem Terra", em 15 de junho de 1215. Tem-se, aqui, uma expressão inicial do ímpeto que mais tarde moveria revolucionários tanto em território francês como na própria Inglaterra. Contra

os desmedidos privilégios e atitudes do soberano, garante a Magna Carta os direitos individuais dos nobres detentores de fortuna e propriedades face ao Poder Público.

Dentre as especificações de tal documento, escrito em latim para que tomasse serventia apenas aos barões e não ao povo - como diz Celso de Albuquerque Mello - consta de seu artigo 39 a cláusula do *law of the lands*, onde se institui que

“nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país.”

Desta forma, os direitos pertinentes aos barões ingleses apenas poderiam ser restringidos mediante a observação da lei do país, da lei da terra. Como diz o prof. Carlos Roberto Siqueira Castro:

“Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pela *common law*.”

Todavia, este conceito somente veio a produzir com maior potencialidade seus efeitos quando de sua recepção pela Nova Inglaterra. Utilizado com o fito de obstaculizar a intromissão da Coroa britânica nos negócios das treze colônias da América do Norte, a cláusula de *law of the land* toma a feição pela qual ficará consagrada nos ordenamentos de todo o mundo: a garantia do *due process of law*, mais tarde incorporada ao texto da Constituição resultante das batalhas pela independência americana. A partir de então, diversas foram as decisões da Suprema Corte no sentido de se reconhecer a coincidência entre os termos *law of the land* e *due process of law*.

Mesmo antes do reconhecimento do devido processo legal pelas emendas n.º 5 e 14 da Constituição norte-americana, o princípio do *law of the land* já atuava eficientemente no ato de resistência da cidadania contra o arbítrio governamental,

haja vista as Declarações de Direito estaduais que pontuam toda a história da formação jurídica dos Estados Unidos da América.

Ocorre que, dado o repúdio da nascente América para com as instituições inglesas, a Constituição termina por prever um controle muito rígido sobre o Poder Legislativo, uma vez que na Inglaterra o Parlamento goza de predomínio sobre os demais poderes. A Constituição da Pensilvânia, por exemplo, guarda uma repulsa expressa à primazia do Poder Legislativo. Este fator em muito influenciou o pensamento dos *founding fathers*, como visto no artigo LI de O Federalista, ao ponto de que para evitar a expansão legislativa, veio-se a instituir os instrumentos do judicial review e do veto presidencial incidente no processo de legiferação.

Assim, rompe o constitucionalismo americano com a tradição presente em território europeu, sobretudo na França e na Inglaterra. Outra distinção que pode ser entrevista está no *Bill of Rights* inglês quando comparado a seus equivalentes norte-americanos, pois que enquanto o documento inglês configura-se pragmático e de propósitos concretos e localizados, as declarações de direitos norte-americanas, assemelhando-se ao estilo também encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francês, calcam suas bases no liberalismo econômico e no individualismo então reinante, transmitindo sua mensagem em linguagem universalista, e até mesmo por vezes demais abstrata.

As dez primeiras emendas aportadas ao texto constitucional americano inserem todo o conteúdo das Declarações de Direitos, formando uma espécie de *Bill of Rights* unificado. Deve-se destacar que o princípio do *due process of law* é finalmente revestido de tutela constitucional através da emenda nº 5. Com o fim da guerra civil e a abolição da escravatura são editadas as emendas nº 13, 14 e 15, visando a garantia das liberdades civis.

Entretanto, cumpre ressaltar que a previsão da garantia do *due process of law* fez-se em um enunciado elástico, consoante os moldes do sistema de *common law*, onde a doutrina e principalmente o ato decisório do magistrado assumem papel de enorme relevância para a construção do entendimento e aplicação da norma, pois como bem lembra insistentemente Ronald Dworkin: "It matters how judges decide cases."

Desta forma, pode o princípio, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, descer as águas mais profundas, passando a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, mas

também quanto ao seu conteúdo, quanto ao mérito do ato estatal, pautando-se nos parâmetros de razoabilidade e racionalidade. Hodiernamente, as duas vertentes encontram-se igualmente consagradas, e constituem-se em legado de inequívoco valor do constitucionalismo ianque aos demais sistemas jurídicos contemporâneos.

2.1.3 Conceito de Razoabilidade.

Dispõe o artigo 5º, LIV da Constituição Federal no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Muitas são as implicações deste enunciado, pois que se pode retirar de tal prescrição variados ditames, como a determinação de que ninguém será julgado senão por juízo competente e pré-constituído, além de aplicarem-se ao referido enunciado os brocardos latinos de *nullum crimen sine lege*, ou então *nulla poena sine lege*.

O supracitado inciso, independente das interpretações que lhe sejam atribuídas, regula na Carta Constitucional indubitavelmente o princípio expresso do devido processo legal, inspirando-se de forma notória na redação encontrada no constitucionalismo norte-americano.

O princípio do devido processo legal, aliado à separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual. Incorporado à Constituição norte-americana de 1787 através das emendas 5ª e 14, o referido princípio tornou-se prontamente objeto constante de intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial, principalmente no que tange à interpretação dada pela Suprema Corte americana, pois se hoje o mesmo pôde alcançar o reconhecimento e o prestígio que lhe são devidos, tal se deve ao enunciado flexível sobre o qual foi esculpido e às possibilidades abertas pelo *case system*, emblema maior do sistema da *Common Law*.

2.1.4 Sentido Processual e Sentido Substantivo do Devido Processo Legal.

O uso eminentemente processual do princípio em pauta avançou através dos anos na jurisdição da Suprema Corte americana no sentido de atingir novas áreas de abrangência, o que é evidenciado pela constatação de que a cláusula do devido processo legal expandiu seus efeitos da esfera processual penal, onde primeiramente atuava, para a seara da processualística civil, e posteriormente para todo o complexo de relações entre cidadão e Estado que informa os ditames da Administração Pública.

Cumpra aqui analisar brevemente como se deu esta transição com relação ao entendimento sobre a natureza do direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro, o qual segue a orientação do sistema romano-germânico. Inicialmente, de acordo com a teoria cristalizada no artigo 75 do Código Civil (teoria denominada de “civilista” ou “immanentista”), o direito processual estaria subordinado ao estudo do direito material, operando este como mero aglomerado de normas de ordem prática, que subsidiariamente ao direito substantivo lhe confeririam movimento e aplicação. Seria, portanto, o direito de ação uma reação do direito material quando de sua violação. Posteriormente, a autonomia do direito processual foi alcançada com os trabalhos de Wach e Chiovenda, corifeus da teoria do direito concreto de ação e atingiu sua expressão máxima com trabalhos de Liebman, pioneiro dentro da chamada teoria do direito abstrato de ação .

Resguardado atualmente por prescrição constitucional, pode-se compreender como a garantia do devido processo legal influenciou para o reconhecimento do direito de ação como este direito de se acionar a força jurisdicional do Estado em face do réu, pois a filosofia do princípio em questão basila-se justamente na tentativa de se conter os desmandos do Poder Público, fazendo exercer este de forma correta e prestativa a devida jurisdição. Assim sendo, caso o poder estatal venha a prejudicar o indivíduo de qualquer forma na qual se possa entrever injustiça ou arbítrio desmedido, possui o cidadão direito de ação contra este ato estatal, independente de possuir ou não o direito material, pois isto será averiguado quando do julgamento de mérito do pedido. Cumpra-se notar que a importância desta teoria reside em poder o indivíduo acionar a jurisdição estatal, para, tendo em vista a imagem de freios e contrapesos, fazer cessar ofensa a direito seu.

O poder de polícia estatal vê, desta forma, nos princípios de razoabilidade e racionalidade seus maiores obstáculos no que diz respeito à infração de tais ditames inscritos pela pena do bom senso e da razão humana. Assume, por fim, a cláusula do devido processo legal a função de filtro da atividade estatal, seja normativa ou administrativa, cumprindo destacar o fato de que a garantia processual contida no enunciado do *due process of law* não restou excluída com este avanço para a análise de mérito da atuação do Estado, uma vez que ambos os sentidos (processual e substantivo) podem e devem coexistir para a total aplicação das conquistas aferidas pela afirmação do princípio do devido processo legal.

2.1.5 O Princípio da Razoabilidade e a Constituição de 1988.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto sob esta epígrafe na Constituição de 1988. Isto, contudo, não permite se infira estar este princípio afastado do sistema constitucional pátrio, posto se pode auferi-lo implicitamente de alguns dispositivos, bem como do histórico de sua elaboração.

Em sua face processual, enquanto princípio do devido processo legal, encontra-se positivado no capítulo de direitos e garantias individuais, no artigo 5º, inciso LIV. Nesta mesma esfera, tocante à processualística penal da qual é oriundo, o inciso XXXIX do citado artigo expõe a idéia central do "*nullum crimen, nulla poena, sine lege*".

É, contudo, enquanto princípio conformador de direito material que a ausência de disposição expressa do princípio da razoabilidade é mais sentida. O apego desmedido ao Princípio da Separação dos Poderes tem lhe imposto barreiras a um desenvolvimento mais explícito. Mister é lembrar, todavia, que sua previsão constou dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988. Em certa altura dos trabalhos, lia-se na redação do artigo 44:

"A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade." (texto recolhido da internet).

Ainda que outra tenha sido a redação final do dispositivo, não se pode negar que a razoabilidade e a racionalidade integram de forma cabal o ordenamento constitucional brasileiro e constituem princípios inarredáveis para elaboração de leis e atuação do Poder Executivo, ensejando seu afastamento, em ambos os casos, impugnação pelo Poder Judiciário, sempre que perquirido, por inconstitucionalidade destas medidas.

José Afonso da Silva (São Paulo, Malheiros, 1997) afirma também estar o princípio da “proporcionalidade razoável” consagrado enquanto princípio constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco (artigo 150, IV). É vedado ao Poder Público tributar patrimônio de modo a impossibilitar sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas.

Por último, cumpre destacar que a cada dia torna-se mais freqüente a alusão ao princípio ora em voga em diversos arestos de nossa Egrégia Corte. Assim, em Ação Direta de Inconstitucionalidade relatada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: “ (...) relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da distinção legal das situações de fato”. Veja-se também as luminosas palavras do Ministro Marco Aurélio em despacho: “ (...) Se a Corte de origem não dirimiu a matéria sob o ângulo constitucional, descabe assentar, contrariando até mesmo o princípio da razoabilidade, ou seja, a presunção do ordinário, que, se a Corte enfrentasse o tema, agiria de forma contrária ao que preconizado pela Lei Maior.” Ou, ainda, em sede de mandado de injunção: “ (...)II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade.”

Todavia, é possível notar, a partir das passagens acima citadas, que diversas são as oportunidades em que jurisprudência e doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente. Embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, mister é notar que em todas as oportunidades em que tem-se feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal.

2.2 Princípio da Proporcionalidade

2.2.1 - Histórico.

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

Desta forma, sua origem remonta aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direito imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista - em que o governante tem poderes ilimitados - para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos.

Nesta primeira fase, a doutrina do direito natural buscou garantir os direitos individuais da classe burguesa através da criação de mecanismos de limitação do poder. Tratava-se, sobretudo, de consagrar meios capazes de garantir a não-intervenção do Estado nas esferas em que sua omissão era essencial ao exercício destes direitos. Desde cedo, o juiz da *Common Law* pautou-se na comparação entre a situação de fato e a regra do precedente, tendo por parâmetro a noção do comportamento razoável segundo as circunstâncias, na elaboração de suas decisões.

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade. Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício das suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.

A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, norteadas pela doutrina iluminista principalmente no que concernia à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.

A Constituição Francesa de 1791 previu expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º. A partir daí, a doutrina francesa elaborará instrumentos processuais almejando sua efetivação, em cujos cernes poder-se-á observar implicitamente delineado o princípio da proporcionalidade. Cumpre-se destacar o instituto do *récourse pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.

Coube à Alemanha, após beber na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais. A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica.

Foi, portanto, em consonância com o disposto na Lei Fundamental que o Tribunal Constitucional alemão iniciou a elaboração de jurisprudência no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade leis em seus três aspectos básicos: necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida restritiva. Paradigmática é a decisão proferida pelo Tribunal em processo sobre armazenagem de petróleo em 1971. Assim exprimiu-se: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado”. Desde então, este princípio tem sido largamente utilizado, permitindo-nos afirmar que a trasladação do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã.

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemãs. O artigo 18 da Constituição portuguesa de 1976 apresenta as limitações a serem seguidas

pelos funcionários públicos no exercício de suas funções, explicitando-se a vinculação de todas as entidades públicas e privadas no respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando indubitavelmente, ainda que de forma implícita, os requisitos essenciais do princípio da proporcionalidade. Finalmente, no que tange ao respeito aos direitos fundamentais no Brasil, nossos constituintes seguiram exemplo austríaco ao adotar o controle concentrado da constitucionalidade das leis para reprimir eventuais abusos de poder por parte de nossos legisladores.

Em capítulo posterior teremos a oportunidade de estudar mais detalhadamente como este princípio encontra-se consagrado na Constituição de 1988.

2.2.2 Conceito de Proporcionalidade.

A tradução do conteúdo do princípio da proporcionalidade nem sempre se encontra explicitado sob esta epígrafe, motivo pelo qual procederemos a uma breve explanação acerca de outras denominações porventura utilizadas para transmitir esta mesma noção e a uma análise de seu real conteúdo.

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas proporcionalidade e proibição de excesso. Os americanos são mais caros ao uso do termo razoabilidade, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem, como teremos oportunidade de observar.

Nossa Corte Suprema parece ter adotado a denominação clássica princípio da proporcionalidade, a qual vem sendo reiteradamente usada desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, que dele fez uso como argumento jurídico, em 1993. Trata-se de nosso *leading case* em matéria de proporcionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal considerou que uma lei obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía "violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos".

Quanto ao seu conteúdo, mister é analisar a construção da doutrina alemã, por sua clareza e densidade. Trata-se, sobretudo, da clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área.

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados). CANOTILHO, J. J., (Op. Cit., p. 262)

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.

Além dos três requisitos intrínsecos acima mencionados, pode-se elencar ainda, como pressupostos do princípio da proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade (o órgão de onde emana a decisão judicial deve ser competente e respeitar as hipóteses de limitação previstas pela norma) e da motivação.

Cumpra-se, finalmente, destacar que as constituições costumam traduzir-se em um longo elenco de propósitos e finalidades, mas na maioria das vezes são breves na explicitação dos meios a serem utilizados. Assim, desde cedo a doutrina compreendeu que se uma Constituição define um determinado fim a ser alcançado, ela também lhe defere os meios, daí a importância da interpretação extensiva para a hermenêutica constitucional.

Desta forma, infere-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

2.2.3 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição de 1988.

O princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Uma vez que uma visão sistemática da Constituição permite-nos auferir sua existência de forma implícita, deverá guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, não obstante não se encontrar explicitamente delineado.

O princípio em estudo apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º, II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro à proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais à sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público que seja considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Conectam-se também ao princípio ora abordado, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º., *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º, II) e o

princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º., LXVIII), *mandado de segurança* (artigo 5º.,LXIX), *habeas data* (artigo 5º., LXII), assim como o *direito de petição* (artigo 5º., XXXIV, a), constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público.

Ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos, decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu devam todos os cidadãos ser tratados de forma eqüitativa, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um. O princípio da proporcionalidade tem, portanto, papel indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante letra do artigo 3º, III, de nossa magna Carta. A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia ínsita à concepção de estado democrático de Direito (CRFB/88, artigo 1º, *caput*).

O princípio da proporcionalidade, encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição, conforme ilustração que se segue.

Em relação aos direitos e garantias individuais, no inciso V do artigo 5º, que constitucionaliza o direito de resposta proporcional ao agravo. Em sede de Direito Penal, ao garantir a individualização das penas (artigo 5º, XLVI, *caput*), está implicitamente garantido que estas serão proporcionais ao delito cometido. Quanto aos sociais, observar o que dispõe os incisos IV e V do artigo 7º, em que se explicita que o valor do salário mínimo deve ser compatível com um poder aquisitivo digno, e que o piso salarial deve ser proporcional à espécie de trabalho realizado.

Na organização do Estado, a proporcionalidade está presente dentre os requisitos necessários à decretação de intervenção, uma vez que sua decretação depende do agravo cometido, conforme se observa a partir da análise do § 3º do artigo 36, que exclui a intervenção por considerá-la desarrazoada nas ocasiões ali explicitadas. Sua existência é ainda prevista no tocante à composição da Câmara dos Deputados (artigo 45, *caput* e §1º), ao disciplinar dever esta ser realizada em razão da população.

No âmbito administrativo, o princípio em pauta deve reger a contratação temporária de funcionários, a qual deve obedecer ao critério da necessidade (artigo 37, IX e XXI), assim como a aposentadoria dos servidores públicos, proporcional ao tempo de serviço (artigo 40, III, c e d).

Em relação à utilização do erário público, em caso de irregularidade nas contas, aplicar-se-á, sem prejuízo de outras sanções, multa proporcional ao dano causado, consoante artigo 71, VIII.

Na atuação do Ministério Público, o inciso II do artigo 129 assegura a tomada de medidas necessárias (proporcionais) destinadas a garantir o respeito dos direitos constitucionais pelos Poderes Públicos e serviços de relevância pública. O inciso IX deste mesmo artigo reza ser função do Ministério Público o exercício de outras atividades que sejam compatíveis com sua finalidade, juízo este que se encontra gerido pelo princípio em voga.

Em face do Sistema Tributário, entende-se que a Constituição consagrou a proporcionalidade quando, por exemplo, proibiu a tributação com efeito de confisco (artigo 150, IV), pois a carga tributária não pode ser onerosa a ponto de ocasionar ao particular sua perda. As alíquotas dos tributos devam, sempre que possível, ser proporcionais à capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, §1º).

Nos termos “valorização” e “justiça” incutidos no *caput* do artigo 170 encontra-se embutida a noção de proporcionalidade no âmbito dos princípios gerais da ordem econômica. Ainda dentro do Título VII, o tema ora em análise encontra-se delineado nos artigos 173, *caput* e § 3º, 4º e 5º; 144, § 1º; 175, IV.

Uma vez abordados alguns exemplos de elaboração de normas que com maior clareza mostraram a presença do princípio em estudo na Constituição de 1988, cumpre lembrar que, em se tratando de princípio geral de direito, não está adstrito a atuar nas esferas acima elencadas. Ao revés, norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia a interpretação de cada uma de suas normas.

A inobservância ou lesão a princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito. Portanto, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do §2º. do artigo 5º., o qual, consoante palavras do eminente professor Paulo Bonavides, “abrange a parte não-escrita ou não expressa

dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.”

CAPITULO 3 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo adequado.

Além dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição, presente em toda atividade administrativo, é necessário respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, expressamente previstos na Constituição da República, no art. 5º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Não foi apenas mera coincidência a previsão da necessidade de um devido processo administrativo legal com ampla defesa e contraditório no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em primeiro lugar, o processo deve ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de uma determinada falta. Nesse sentido, o servidor, acusado de uma infração disciplinar, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações no desenvolvimento de um processo administrativo. Este será o ambiente adequado e idôneo em que o acusado poderá defender-se.

Tendo em vista a necessidade de um regular processo administrativo, em que serão assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, o instituto denominado verdade sabida é inconstitucional. A verdade sabida, meio de apuração de faltas e aplicação de penalidades, previsto em determinados estatutos dos servidores públicos, consiste na mera verificação direta e pessoal do cometimento de uma infração administrativa pela autoridade que detém competência para aplicar a sanção e a imediata imposição da respectiva pena. Não existindo ampla defesa e contraditório, qualquer penalidade estabelecida é considerada nula.

Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

Quanto ao princípio da legalidade, apenas em decorrência do exercício da função legislativa pode-se inovar o ordenamento jurídico, estabelecendo tanto a descrição do ilícito administrativo como a própria penalidade respectiva.

Tomando por base a Lei nº 8.112/90, estatuto do servidor público no âmbito federal, o art. 127 prevê as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores estatutários: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. O art. 130, § 2º, desta lei, ainda prevê a possibilidade da pena de suspensão ser convertida em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Cabe à autoridade competente decidir por essa conversão, quando houver conveniência para o serviço.

As fases do processo administrativo disciplinar de procedimento ordinário são, no sistema federal: a) instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento (art. 151 da Lei nº 8.112/90).

A instauração do processo administrativo disciplinar tem início com a publicação da portaria que constituiu a comissão processante, composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente (art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Observa-se, portanto, que, em virtude do princípio da oficialidade, compete à Administração, o impulso de ofício do processo. A autoridade que tiver conhecimento de infração no serviço público está obrigada a realizar a sua apuração imediata.

Eventuais impedimentos e suspeições com relação aos membros da comissão devem ser levantados para evitar a nulidade do processo administrativo. A Lei nº 8.112/90 determina que "não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau" (art. 149, §2º). Outras hipóteses de impedimento ou suspensão estão previstas nos arts. 18 a 21 da Lei nº 9.784/99, que pode ser utilizada subsidiariamente no âmbito federal.

Um processo administrativo disciplinar eficiente depende diretamente da escolha dos membros que irão compor a comissão processante. Assim, deverão ser

indicados servidores responsáveis e conscientes da importante função que irão desempenhar e da verdadeira finalidade desse instituto. Para alcançar o seu desiderato de forma imparcial, a comissão também deverá ser composta por servidores estáveis, buscando reduzir influências externas que possam afetar o resultado dos seus trabalhos.

Cabe destacar ainda a importância de instituir comissões permanentes de sindicância e processo disciplinar no interior da Administração, em respeito ao princípio do juiz natural, conforme expressamente previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, incisos XXXVII – "não haverá juízo ou tribunal de exceção" - e LIII - "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

A determinação prévia dos servidores que poderão compor a Comissão de inquérito administrativo garante a imparcialidade do processamento do feito, bem como a independência do juízo em relação às partes envolvidas, para se alcançar um julgamento objetivo e sem qualquer prejulgamento.

No inquérito administrativo, ocorre, em primeiro lugar, a instrução do feito em que se asseguram os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Após a instrução, se tipificada a infração, o servidor será indiciado com especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. Em seguida, o indivíduo será citado para apresentar defesa. O inquérito administrativo se encerra com o relatório conclusivo de competência da comissão.

O julgamento será proferido pela autoridade instauradora do processo, salvo se a penalidade a ser aplicada exceder a sua alçada. Nesse julgamento a autoridade competente acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário à prova dos autos (art. 168 da Lei nº 8.112/90).

Há incidência do princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades, uma vez que a autoridade julgadora deverá considerar 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 para a escolha da sanção.

Não se deve considerar eficiente um processo disciplinar apenas por ter sido aplicada uma penalidade. A punição não é o objetivo final e necessário do processo administrativo. A finalidade desse instrumento consiste em permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração

Pública, esclarecimentos de fatos e eventual aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente.

O ordenamento jurídico brasileiro, particularmente o processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública direta e indireta dos três Poderes da União, sofreu reflexos dignos de nota com a edição da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), diploma legal alvissareiro e que enseja elogios pelas garantias, princípios e pela indicação de procedimentos a ser observados nos feitos administrativos, inclusive os de natureza punitiva.

Preliminarmente, anote-se que a aplicação das regras elencadas na Lei Federal nº 9.784/99 aos processos administrativos disciplinares (regidos por lei especial - Lei 8.112/90) será subsidiária, vale dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas e sempre que não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, como prevê o art. 69 da Lei 9.784/99.

Cumpra, pois, trazer a lume os dispositivos da Lei nº 9.784/99 (norma geral) que ensejam aplicação subsidiária no processo administrativo disciplinar, regido pela Lei 8.112/90 (norma especial). De início, sublinhe-se que, para os fins da lei geral do processo administrativo, os próprios servidores públicos federais que figurem como acusados em feitos disciplinares são considerados administrados (art. 3º, *caput*, Lei nº 9.784/99), por estarem sujeitos ao poder de império e disciplinar da Administração Pública a que se vinculam, e também interessados, porque se amoldam à figura legal daqueles que têm direitos ou interesses que podem ser afetados pela decisão a ser adotada no processo (art. 9º, II, Lei nº 9.784/99), de sorte que os processados gozam da proteção legal subsidiária da norma genérica em apreço, sem embargo das garantias asseguradas pela Lei nº 8.112/90.

Registre-se: a Lei nº 9.784/99 estabeleceu que os feitos administrativos serão informados pelos consagrados princípios de baldrame constitucional (legalidade, ampla defesa, contraditório, moralidade e eficiência – artigos 37, *caput*, e 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), acrescidos dos preceitos de alicerce infraconstitucional da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público (art. 2º, *caput*, Lei nº 9.784/99), não obstante o princípio da proporcionalidade estar implícito na Constituição, segundo entendimento da doutrina corrente e do colendo Supremo Tribunal Federal (Gilmar Ferreira Mendes, em Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,

págs. 72/87, invoca nesse sentido os precedentes dos RE 18.331, HC 45.232, Rp 1.054, Rp 1.077, ADIN 855 e outros).

A própria Lei nº 9.784/99, conquanto de forma não conclusiva e em *numerus apertus*, indicou os reflexos desses princípios sobre o processo administrativo, inclusive o inquérito disciplinar, intitulando-os de critérios de atuação vinculantes da atividade da Administração (art. 2º, parágrafo único, I a XIII). Assim, o princípio do devido processo legal vem expresso como critério de atuação conforme a lei e o Direito (art. 2º, parágrafo único, I); os da finalidade e do interesse público como o atendimento a fins de interesse geral (art. 2º, parágrafo único, II); os da proporcionalidade e da razoabilidade como a adequação entre meios e fins, vedada à imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias (art. 2º, parágrafo único, VI); o da moralidade e da motivação com a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, parágrafo único, IV) e a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (art. 2º, parágrafo único, VII), dentre outros critérios indicados.

Por corolário, nos feitos punitivos, as formas previstas em lei deverão ser respeitadas pela comissão processante (devido processo legal); as decisões e atos de indiciamento, o relatório, eventual parecer do órgão jurídico e o *decisum* final deverão estar alicerçados nas provas carreadas aos autos (motivação); a sanção porventura aplicada deverá ser moderada e conforme a gravidade ou não do fato (razoabilidade e proporcionalidade). A respeito do princípio da proporcionalidade, alumiando os requisitos inerentes da adequação e da necessidade, pontifica Gilmar Ferreira Mendes:

“Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos (...) o pressuposto da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (1999, p. 192).

Por conseguinte, a aplicação de penalidades disciplinares só se legitimam quando o meio adotado seja o próprio e adequado à suposta infração cometida pelo servidor, sendo de se invocar o princípio da insignificância em sede de defesa, mesmo como reflexo do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, a instrução deverá ser célere no que suficiente para propiciar os elementos necessários de convicção para julgamento da autoridade (eficiência e segurança jurídica); haverá de ser respeitado o direito de o advogado constituído aconselhar o acusado, durante o interrogatório, do direito do processado de não responder a perguntas quaisquer ou aquelas consideradas capazes de produzir auto-incriminação; de o causídico reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceito de lei ou descumprimento de princípio regedor do processo disciplinar ou da Administração Pública; o direito de pedir a palavra pela ordem para fazer esclarecimentos de questões de fato ou para replicar censura ou acusação que lhe seja feita, inclusive com registro em ata, mesmo no curso da inquirição de testemunhas (princípio da legalidade, com os consectários dos incisos X e XI do art. 7º da Lei 8.906/94), além de outras inúmeras garantias conseqüentes. O acusado nos processos disciplinares goza, enquanto administrado (artigo 3º, I a IV, Lei 9.784/99), do direito de ser tratado com respeito pela comissão processante e pela autoridade julgadora, que deverão facilitar o exercício de seus direitos; de ter ciência da tramitação dos feitos em que seja interessado; ter vista dos autos e obter cópias de documentos e ser cientificado das decisões proferidas; de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, que deverão ser analisados pelo órgão processante e pela autoridade julgadora - é o direito de ter suas razões e provas produzidas consideradas, como bem anota o Constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes:

"Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (...) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (...) é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões". (Obra citada, págs. 98/99).

Ademais, as hipóteses de impedimento e suspeição, previstas nos artigos 18 a 20, da Lei 9.784/99, podem ser invocadas pelos acusados em feitos administrativos disciplinares. No que respeita aos prazos para a prática de atos administrativos, estes serão praticados em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição onde tramita o processo (art. 23, Lei nº 9.784/99).

Também foram adotadas regras para comunicação dos atos, prevista a intimação do acusado, na qualidade de interessado (art. 26, *caput*, Lei 9.784/99), observado o prazo mínimo de 03 (três) dias úteis para as intimações (art. 26, § 2º, Lei 9.784/99), sob pena de nulidade, ressalvado o comparecimento espontâneo do interessado (art. 26, § 5º, Lei 9.784/99). Reiterou-se a eficácia do princípio constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, Carta Política de 1988), quando figura que o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art. 27, *caput*, Lei 9.784/99), de modo que o acusado, no interrogatório, pode deixar de se pronunciar sobre os fatos, sem que o silêncio, *de per se*, implique qualquer gravame ao servidor.

No que concerne à instrução, vedou-se o emprego de provas ilícitas (art. 30, Lei nº 9.784/99); à luz dos princípios da oficialidade e da verdade material, impôs-se à comissão processante que diligencie por reunir aos autos do feito disciplinar as provas de fatos e dados constantes na própria Administração apontados pelo acusado (art. 37, Lei nº 9.784/99). O acusado deverá ser intimado de prova ou diligência ordenada com antecedência mínima de três 03 (três) dias úteis (art. 41, Lei nº 9.784/99). Reconheceu-se, de modo expresso, o direito de o acusado juntar documentos, pareceres, requerer diligências e perícias (estas últimas já garantidas na Lei nº 8.112/90), bem como falar da matéria objeto do processo (art. 38, *caput*, Lei nº 9.784/99). Mais ainda, na motivação e do relatório, as provas produzidas deverão ser consideradas, sob pena de arbítrio e vilipêndio ao princípio da motivação (art. 38, § 1º, Lei nº 9.784/99)

A lei disciplina os prazos, que se iniciam a partir da cientificação oficial, excluindo-se o dia de começo e incluindo-se o dia de vencimento (art. 66, Lei nº 9.784/99), prorrogando-se para o primeiro dia útil o vencimento do prazo quando findo em dia que não houver expediente ou quando houver encerramento do expediente antes da hora normal (art. 66, § 1º, Lei nº 9.784/99).

São essas as anotações julgadas dignas de nota a respeito dos reflexos da Lei 9.784/99 sobre os processos administrativos disciplinares no âmbito da

Administração Pública direta e indireta dos três Poderes da União, que continuam regidos pela Lei 8.112/90, mas foram largamente aprimorados com os dispositivos do novel estatuto geral, de aplicação subsidiária. O que importa registrar é o dever de observância pelas comissões processantes e pela autoridade julgadora dos princípios estabelecidos no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, e os seus reflexos nos atos processuais realizados no curso dos feitos administrativos disciplinares, sob pena de ilegalidade que pode tornar nulo o ato praticado e os que dele decorram, afigurando-se oportuno consignar que a Administração Pública deve sempre pautar toda a sua atividade com respeito à lei e aos preceitos do direito positivo e aos princípios gerais do direito, sob pena de controle de ilegalidade perante o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade surge com a filosofia do direito, e seu desenvolvimento até os dias atuais acompanha a história da defesa dos direitos humanos, surgindo como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, com intuito de controlar o poder de coação do monarca (poder de polícia), limitando-o quanto aos fins almejados e os meios empregados.

Portanto, a origem do princípio da proporcionalidade se deu com a idéia de garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração, ou seja, essa noção de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar que tais direitos fossem respeitados.

Aristóteles, na antiguidade, já escrevia sobre o que seria a idéia de proporcionalidade, na sua obra *Ética a Nicômaco*, quando define o princípio da justiça distributiva, no qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de justiça.

Na modernidade é que a proporcionalidade começa a se delinear com as características hoje apresentadas, principalmente, esse fato se mostra mais claramente na obra de Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*, onde o principal é a exigência da proporcionalidade na racionalidade que ele agrega para o Direito Penal, ocorrendo posteriormente uma transposição das idéias surgidas no Direito Penal para o estudo do poder de polícia.

Foi na Alemanha que se desenvolveu a noção mais aceita na atualidade, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, decorrente da constatação de que não basta um ordenamento jurídico prevendo direitos fundamentais para esses sejam efetivamente observados, mas somente na década de 70, é que os julgados alemães trouxeram decisões com a fórmula do princípio de proporcionalidade que é hoje utilizada, ou seja, o meio empregado pelo legislador deve ser necessário e adequado para alcançar o objetivo procurado.

Mesmo não explícito na Constituição brasileira, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado nos ordenamentos em que se consagram os direitos fundamentais e o Estado de Direito, sendo estes dois elementos apontados como sede material do princípio para os que o considera como norma jurídica.

Outros acham que é dispensável uma justificação normativa, e evocando Alexy, os defensores desta corrente dizem que a própria estrutura da norma que são princípios já seria suficiente razão para o reconhecimento do dever de proporcionalidade. Em nosso ordenamento jurídico, esse princípio vem citado no art. XX da Lei nº 9.784/99, que disciplina a processo administrativo.

Iniciado no direito administrativo, o princípio da proporcionalidade nasceu junto com o jusnaturalismo, como idéia de limitação ao poder de polícia, e atualmente se revela como uma possibilidade de controle judicial material, exigindo do legislador a mais restrita possível intervenção na esfera privada dos direitos individuais. Nesse sentido é que se entende ser aplicável na apuração de ilícitos cometidos por servidores públicos.

Tem como subprincípios a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em que o legislador brasileiro deverá observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo à unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução de fins constitucionalmente legítimos.

Em virtude da pluralidade de significado e sentido, o princípio da proporcionalidade, muitas vezes, é utilizado pelo poder judiciário em suas decisões, como razoabilidade, igualdade, entre outros. Deve-se, contudo precisar sua definição e aplicação, para que não se recorra a este princípio de forma desnecessária, vez que se tem, além de outros princípios já dispostos na constituição, como o da igualdade, o devido processo legal, outras formas clássicas de interpretação.

Aconselhando-se, entretanto, que em caso de tensão entre direitos constitucionais, dê-se preferência ao uso do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o equilíbrio desse conflito é sua finalidade, servindo com instrumento de controle de excesso e compatibilizando os interesses envolvidos.

Esse cuidado na utilização do princípio da proporcionalidade para dirimir diferenças, apesar de possível redução do uso do termo, não pode ser visto como restrição de sua aplicação, mas como tentativa de realizar a técnica correta e mais adequada a cada caso concreto, contribuindo assim com o desenvolvimento de sua sistematização, vez que com isso possibilitará a melhor definição de cada termo e com sua utilização específica, o que não significa que dependendo do conteúdo adotado não possa ter atuação abrangente.

O controle e limitação do poder estatal podem ser realizados através de princípios implícitos da Constituição, sejam como normas jurídicas, ou princípios interpretativos, contudo devem ser demonstrados na sua utilização os elementos em que se fundamentou a decisão.

Desta forma os destinatários desta decisão poderão compreender seu percurso até o resultado, não sendo aceitável aquele com grau de subjetividade tal que não se vislumbre sua justificação e, portanto sua verificação tanto na compatibilidade da interpretação como na aplicação do texto constitucional, podendo ser visto, inclusive, como cerceamento de defesa.

É necessário, portanto, sistematizar o uso do princípio da proporcionalidade, definindo-se melhor seus significados e utilização adequada de cada sentido no contexto do caso concreto, e porque não colocá-lo explicitamente na Constituição, já que de forma implícita é considerado como uma garantia aos direitos fundamentais, consagrado hoje principalmente na jurisprudência constitucional, como instrumento de decisão capaz de promover o equilíbrio quando se tem em tensão bens, direitos, ou interesses protegidos e atingidos pelo poder estatal.

Vivenciando a Constituição Federal de 1988, o processo disciplinar reclama uma nova visão. Sem autoridade competente/juiz natural não se viabilizam as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Comissões de exceção, parciais, improvisadas, acidentais, despreparadas, dependentes e designadas sob encomenda devem ser afastadas de vez dando-se prévia publicidade das autoridades instaurados, instrutora e julgadora, investidas das respectivas competências, com mandato e critérios predefinidos, antes da ocorrência dos fatos que lhes vierem a ser submetidos à análise mediante sindicância ou processo disciplinar.

O processo administrativo disciplinar deve espelhar, pelo desenvolvimento concretizador dos princípios constitucionais, sobretudo o da proporcionalidade, na sua prática cotidiana, o Estado Constitucional Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Texto recolhido na Internet.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997.
- Fontes, 1996.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. I e II. Ed. Freitas Bastos, 1960.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. Saraiva, 1999.
- CHÂTELET, François e DUHAMEL, Olivier. *História das Idéias Políticas*. Ed. Jorge Zahar, 1994.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias*. Ed. Agir.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*. Ed. Liber Juris.
- COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesual Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Havard Univesity Press, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.
- HAERBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

- JOYCE, James. *Dublinenses*. Ediouro, Rio de Janeiro.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Forense, 1998.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo, LTr., 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.
- POSNER, Richard. *Law and Literatur -A Misunderstood Relation*. Havard University Press.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1998.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997.
- TOCQUEVILLE, Alexy. *A Democracia na América*. Coleção Os Pensadores, Ed. Abril Cultural, 1973.