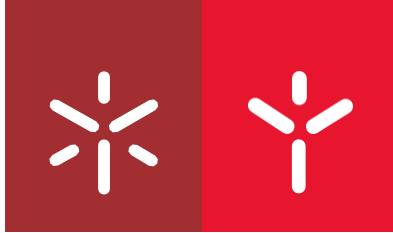


Universidade do Minho
Escola de Direito

Aliny Cristina da Silva Queiroz

**O controle jurisdicional dos limites da
discricionariedade no âmbito das sanções
disciplinares: um estudo comparado entre
Brasil e Portugal**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Aliny Cristina da Silva Queiroz

**O controle jurisdicional dos limites da
discricionariedade no âmbito das sanções
disciplinares: um estudo comparado entre
Brasil e Portugal**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Administrativo Especial

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca e
co-orientação da **Professora Doutora Maria Tereza Fonseca
Dias**

dezembro de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar a autora, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual
CC BY-NC-SA

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Rosa Maria da Silva (*in memoriam*), por me ensinar o valor dos estudos, e pelas repetidas vezes que me incentivou a perseguir o caminho do conhecimento.

Ao meu esposo, Fabrício David de Queiroz, minha inspiração e exemplo de intelectual, agradeço por todo amor e companheirismo, fundamentais para que o percurso solitário da escrita não fosse um momento de desamparo.

Agradeço à Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca pela orientação que, para além dos ensinamentos jurídicos, foi exercida com sensibilidade, compreensão, acolhimento e carinho, tudo isso desde as aulas do primeiro ano do mestrado até a finalização desta dissertação. Destaco a preocupação, o incentivo e a força que a Professora a mim ofereceu, sobretudo nos momentos de incertezas, medo e angústia, ocasionados em decorrência da pandemia da Covid-19.

Agradeço à Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias pela co-orientação realizada de forma atenciosa, gentil e acolhedora diante das minhas dúvidas acadêmicas. Os ensinamentos jurídicos por ela a mim dispensados muito enriqueceram a escrita deste trabalho. Tenho muita alegria por ter desfrutado do conhecimento acadêmico de ambas as Professoras.

Agradeço às amigas Marina Ehlke, Gabrielle Cruz e Helena Santos, desde a companhia durante o percurso acadêmico até a disponibilidade no envio de materiais bibliográficos.

Por fim, agradeço aos demais familiares, Raquelinny Silva, Júlia Silva, Humberto Santos, Débora Silva e Kelle Vieira pela torcida e apoio na conclusão do mestrado.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

O controle jurisdicional dos limites da discricionariedade no âmbito das sanções disciplinares: um estudo comparado entre Brasil e Portugal

RESUMO

A presente dissertação analisou a fiscalização pelos Tribunais¹ dos limites da discricionariedade no âmbito das sanções disciplinares aplicáveis aos trabalhadores públicos, a partir de um estudo comparado entre Brasil e Portugal. Em decorrência da teoria da separação dos poderes, o controle dos atos administrativos, inclusive daqueles dotados de discricionariedade, é exercido com limites, de modo que os Tribunais julgam somente os aspectos de legalidade, pois o mérito só pode ser controlado pela própria Administração Pública. Ocorre que, por vezes, os Tribunais deixam de controlar os excessos praticados no exercício da discricionariedade, ao argumento de mérito administrativo. Assim, este trabalho teve por objetivo demonstrar a necessidade de realizar um controle jurisdicional equilibrado, sem excesso nem omissão, bem como analisar se aos Tribunais é permitido anular a sanção imposta pela Administração e aplicar pena diversa ou se isto configura interferência indevida na discricionariedade e conseqüente violação à separação dos poderes. Destacou-se a função do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle da discricionariedade administrativa. A hipótese de substituição da sanção pelos Tribunais surgiu a partir da verificação de acórdão do Tribunal português, no qual substituiu-se a sanção disciplinar aplicada pela Administração, por violação ao princípio da proporcionalidade. Em relação à metodologia, a pesquisa foi realizada a partir da vertente jurídico-sociológica, tendo em vista que se analisou a aplicação das normas de um ramo do Direito Administrativo pelos Tribunais. Além da análise de conceitos doutrinários, legislações, artigos e trabalhos acadêmicos, realizou-se levantamento de dados primários, que consistem nas jurisprudências dos Tribunais do Brasil e de Portugal, no intuito de verificar o entendimento majoritário e as inovações acerca do controle das sanções disciplinares. O estudo concluiu que a jurisprudência portuguesa majoritária não subscreve a tese de que o controle é admitido somente em casos de erro manifesto ou grosseiro, de modo que se tem admitido um controle mais profundo com a reapreciação dos factos e das provas que ensejaram a imposição da sanção. Por outro lado, a possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais não é amplamente aceita, com base no entendimento de que esta tarefa é exclusiva da Administração. Nos Tribunais brasileiros prevalece o entendimento de que o controle jurisdicional da sanção disciplinar é admitido somente quando há violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, sem possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais.

Palavras-chave: Separação dos poderes; Discricionariedade administrativa; Proporcionalidade; Sanções disciplinares; Controle jurisdicional.

¹ O termo "Tribunais" utilizado neste trabalho refere-se, de forma geral, ao controle jurisdicional realizado em Portugal e no Brasil, de modo que em relação ao último diz respeito ao controle atribuído ao Poder Judiciário, e não abrange o controle externo feito pelos Tribunais de Contas.

The jurisdictional control on the limits of the discretionarity into scope disciplinary sanctions: a comparative study between Brazil and Portugal

ABSTRACT

This dissertation analyzed the inspection on the limits of discretionarity by the Courts into scope of the disciplinary sanctions applicable to civil servant, as from a comparative study between Brazil and Portugal. As a result of the theory of separation of powers, the control of administrative acts, including those endowed with discretion, is exercised with limits, so that the Courts only judge the aspects of legality, because the merits can only be controlled by the Public Administration itself. It so happens that, at times, the Courts fail to control the excesses practiced in the exercise of discretionarity, on the argument about administrative merit. Thus, this study aimed to demonstrate the need to realize a equilbred jurisdictional control, without excess or omission, as well as to analyze whether the Courts are allowed to cancel the sanction imposed by the Administration and apply a different penalty or if this constitutes undue interference in discretionarity and consequent violation at separation of powers. The function of the principle of proportionality as a control parameter for administrative discretion was highlighted. The hypothesis of replacement of the sanction by the Courts arose from the verification of the judgment of the Portuguese Court, in which the disciplinary sanction applied by the Administration was replaced, due to violation of the principle of proportionality. Regarding the methodology, the research was carried out from the legal-sociological perspective, considering that the application of the rules of a branch of Administrative Law by the Courts was analyzed. In addition to the analysis of doctrinal concepts, legislation, articles and academic studies, a survey of primary data was realized, consisting of the jurisprudence of the Courts of Brazil and Portugal, in order to verify the majority understanding and innovations about the control of disciplinary sanctions. The study concluded that the majority Portuguese jurisprudence does not subscribe to the thesis that control is only admitted in cases of manifest or coarse error, so that a deeper control has been admitted with the reconsideration of the facts and evidence that gave rise to the imposition of the sanction. On the other hand, the possibility of replacing the sanction by the Courts is not widely accepted according with the understanding that this task is exclusive to the Administration. In the Brazilian Courts, the understanding prevails that jurisdictional control of disciplinary sanctions is admitted only when there is a violation of the principles of legality and proportionality, with no possibility of replacement of the sanction by the Courts.

Keywords: Separation of powers; Administrative discretionarity; Proportionality; Disciplinary sanctions; Jurisdictional control.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	10
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
1.1 A tripartição dos poderes	8
1.1.1 Origem	8
1.1.2 Objetivo	11
1.2 A submissão da administração pública à lei	13
1.3 A constitucionalização do direito administrativo	15
1.4 Discricionariedade administrativa	16
1.4.1 Conceito e evolução histórica	16
1.4.2 Natureza e fundamento	18
1.5 Controle jurisdicional do exercício discricionário: aspectos comuns entre Portugal e Brasil	21
1.5.1 Controle de legalidade	22
1.5.2 Controle de mérito	24
1.5.3 Motivação	27
1.6 A função dos princípios jurídicos no exercício da discricionariedade administrativa	32
1.6.1 Princípios do direito português	34
1.6.1.1 Princípio da prossecução do interesse público	34
1.6.1.2 Princípio da boa administração	35
1.6.2 Princípios do direito brasileiro	36
1.6.2.1 Supremacia do interesse público	36
1.6.2.2 Princípio da boa administração	38
CAPÍTULO II – CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NAS SANÇÕES DISCIPLINARES	39
2.1 O Poder Disciplinar no âmbito da administração pública: aspectos comuns entre Portugal e Brasil	39
2.1.1 Conceito	39
2.1.2 Fundamento e finalidade	40
2.2 Discricionariedade no exercício do poder disciplinar	41
2.2.1 Lei n. 35/2014 - Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Portugal	42
2.2.1.1 Infrações disciplinares	42
2.2.1.2 Sanções disciplinares	44
2.2.1.3 Escolha e medida das sanções disciplinares	46
2.2.2. Lei n.º 8.112/90 – Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – Brasil.	49
2.2.2.1 Infrações disciplinares	49

2.2.2.2 Sanções disciplinares	50
2.2.2.3 Escolha e medida das sanções disciplinares	52
2.3 Conceitos jurídicos indeterminados <i>versus</i> discricionariedade	53
2.4 Controle jurisdicional da escolha e medida das sanções: aspectos comuns entre Portugal e Brasil	55
2.5 O princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle.....	58
2.5.1 Conceito e previsão legal	58
2.5.2 O princípio da proporcionalidade no direito português	60
2.5.3 O princípio da proporcionalidade no direito brasileiro	60
2.6 Alcance do controle jurisdicional: anulação ou substituição da sanção? Aspectos comuns entre Portugal e Brasil	61
CAPÍTULO III – O CONTROLE DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PELOS TRIBUNAIS PORTUGUESES	66
3.1 Tribunais Centrais Administrativos Norte e Sul	67
3.1.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública	67
3.1.1.1 Processo n.º 1143/13.6BESNT.....	67
3.1.1.2 Processo n.º 62/12.8BEALM	68
3.1.1.3 Processo n.º 439/09.8BECTB.....	69
3.1.1.4 Processo n.º 00001/17.0BEMDL.....	71
3.1.1.5 Processo n.º 00051/12.2BECBR	73
3.1.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública.....	75
3.1.2.1 Processo n.º 121/11.4BEBJA	75
3.1.2.2 Processo n.º 00810/14.1BECBR	76
3.1.2.3 Processo n.º 00968/10.9BEAVR.....	78
3.1.2.4 Processo n.º 2511/14.1BESNT.....	79
3.1.2.5 Processo n.º 1429/13.0 BESNT.....	80
3.2 Supremo Tribunal Administrativo	82
3.2.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública	82
3.2.1.1 Processo n.º 0245/14	82
3.2.1.2 Processo n.º 02831/11.7BEPRT.....	83
3.2.1.3 Processo n.º 0804/11.9BECBR 0228/18	84
3.2.1.4 Processo n.º 0972/16.3BELSB.....	85
3.2.1.5 Processo n.º 022/19.8BALS B.....	86
3.2.1.6 Processo n.º 0714/18.9BALS B.....	87
3.2.1.7 Processo n.º 0431/17.7BALS B.....	87
3.2.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública.....	88
3.2.2.1 Processo n.º 035/12.0BECBR 0812/18	88

3.3 Análise da jurisprudência portuguesa.....	90
CAPÍTULO IV – O CONTROLE DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	91
4.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região.....	92
4.1.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública	92
4.1.1.1 Apelação n.º 2007.34.00.030708-2 - DF.....	92
4.1.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública.....	93
4.1.2.1 Apelação n.º 0004160-79.2014.4.01.3600 - JFMT	93
4.1.2.2 Apelação n.º 2008.31.00.001113-7 - JFAP	94
4.1.2.3 Apelação n.º 2009.35.00.016413-1 - JFGO.....	95
4.2 Superior Tribunal de Justiça	96
4.2.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública	96
4.2.1.1 Mandado de Segurança n.º 20.428 - DF.....	96
4.2.1.2 Mandado de Segurança n.º 19.995 - DF.....	97
4.2.1.3 Mandado de Segurança n.º 24031 - DF.....	98
4.2.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública.....	99
4.2.2.1 Mandado de Segurança n.º MS 17.151/DF	99
4.2.2.2 Mandado de Segurança n.º 15.783/DF.....	100
4.3 Supremo Tribunal Federal	101
4.3.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública	101
4.3.1.1 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 27.934 - DF.....	101
4.3.1.2 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 34.405 – DF.....	102
4.3.1.3 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 33.655 - DF.....	103
4.3.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública.....	103
4.3.2.1 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 28.208 – Distrito Federal.....	104
4.3.2.2 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 35.121 - Distrito Federal	105
4.4 Análise da jurisprudência brasileira.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	116

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

cit. – citada / citado

CPA – Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público

ed. – edição

LTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho

MS – Mandado de segurança

n.º / n.ºs – número / números

p./ pp. – página / páginas

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TAF – Tribunal Administrativo Fiscal

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TRF 1ª Região - Tribunal Regional Federal da 1ª região

Vol. – volume

INTRODUÇÃO

Em decorrência da teoria da tripartição dos poderes as funções estatais legislativa, executiva e jurisdicional são desenvolvidas por órgãos distintos e independentes entre si. De acordo com José Afonso da Silva, “a *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes...”². A legislativa tem por finalidade a edição de normas gerais; a executiva concretiza as atividades em conformidade com as disposições legais; e a jurisdicional julga os litígios decorrentes da violação das leis, tanto no âmbito público quanto no privado³. Atualmente, referida teoria está diretamente relacionada com a ideia de democracia, de modo que em um Estado Democrático de Direito há essencialmente a separação dos poderes.

No contexto do Direito Administrativo a tripartição desdobra-se em três corolários: a separação dos órgãos administrativos e judiciais, a incompatibilidade da magistratura e a independência recíproca da Administração e da Justiça, a qual se subdivide em independência da Justiça perante a Administração e independência da Administração perante a Justiça⁴.

A Administração Pública, embora autônoma, sujeita-se ao controle jurisdicional, o qual alcança todos os atos administrativos, inclusive os discricionários. A discricionariedade existe quando a lei transfere ao administrador público a decisão sobre a conveniência e oportunidade para prática de determinados atos. Nestes, entretanto, o controle é exercido com limites.

Em respeito à tripartição dos poderes, a conveniência e oportunidade, que juntas formam o mérito administrativo, não são passíveis de fiscalização pelos Tribunais. Ao contrário, o mérito só pode ser controlado pela própria Administração. Assim, o controle jurisdicional dos atos discricionários só é admitido diante das seguintes situações: “**i. Violação ostensiva ou intolerável dos princípios jurídicos** que devem nortear a ação administrativa; **ii. Prática de atos discricionários fundada em factos** que se verifica serem **inexistentes ou falseados** (“erro de facto”) **ou fundada numa má avaliação ou qualificação de realidade** (“erro manifesto de apreciação”, pois aqueles factos não suportavam aquela decisão)”⁵.

Ocorre que, por vezes, os Tribunais deixam de controlar os excessos praticados no exercício da discricionariedade, ao argumento de mérito administrativo. Assim, este trabalho analisou o controle jurisdicional dos limites da discricionariedade no âmbito dos atos administrativos sancionatórios,

² SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p.110.

³ Além das funções típicas, cada poder também exerce funções atípicas, como por exemplo, o Poder Judiciário que exerce função executiva quando concede férias aos magistrados,

⁴ Interpretação extraída a partir do entendimento de Diogo Freitas do Amaral na obra *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 15.

⁵ FONSECA, Isabel Celeste M., e PINTO, João Vilas Boas, *Direito Administrativo II – Roteiro Teórico-Prático*, Braga, NEDip/ELSA-UMINHO, 2019, p. 53.

especificamente das sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos⁶, a partir de um estudo comparado entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

No que diz respeito à estrutura estatal, Portugal é uma República cuja forma de estado adotada é a unitária. O texto constitucional português consagra o princípio do Estado de Direito Democrático, bem como a separação e a interdependência dos poderes⁷. No que se refere ao Poder Judiciário, destaca-se o sistema dual de jurisdição (civil e administrativa), cuja organização está descrita no art. 209.º da Constituição⁸. Neste trabalho, entretanto, analisou-se somente a competência da jurisdição administrativa, tendo em vista a pertinência com o tema.

Conforme disposto no n.º 3 do art. 210.º da Constituição da República Portuguesa, “competem aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”. A estrutura dos Tribunais Administrativos e Fiscais compreende, em ordem decrescente de hierarquia, o Supremo Tribunal Administrativo, os Tribunais Centrais Administrativos (Norte e Sul), os Tribunais Administrativos de Círculo e os Tribunais Tributários.

Desta forma, o controle jurisdicional dos atos administrativos é realizado pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, cujos limites encontram-se descritos no art. 3.º do CPTA: “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”⁹. Significa isto que em respeito à tripartição dos poderes, o mérito administrativo não é passível de fiscalização pelos Tribunais.

Os atos administrativos que aplicam sanções disciplinares aos trabalhadores públicos, cujo vínculo empregatício é regulamentado pela Lei n.º 35/2014, denominada Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - LTFP, são dotados de determinado grau de discricionariedade administrativa, sobretudo no que diz respeito à escolha e medida da sanção. As sanções disciplinares, portanto, estão sujeitas à fiscalização pelos Tribunais, porém somente no que diz respeito à conformidade com a lei e princípios jurídicos.

⁶ Neste trabalho será analisada a categoria denominada servidores públicos, cujo termo corresponde ao “trabalhador público” utilizado no direito português.

⁷ Artigo 2.º Estado de direito democrático. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

⁸ 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

⁹ Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/documentacao/legislacao/cpta2019/>, consultado em 29/04/2020.

No que diz respeito ao Brasil, em relação à organização estatal, trata-se de uma República constituída em Estado Democrático de Direito, em que a forma de estado adotada é a federativa. Os entes que compõem a federação são a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, todos dotados de autonomia, mas não de soberania. Esta, por sua vez, é característica somente do Estado Federal como um todo. E, ressalvados os casos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), todos os entes federativos possuem autonomia legislativa para editar normas de direito administrativo.

Do mesmo modo que no direito português, o texto constitucional brasileiro consagra a independência e separação dos poderes¹⁰. Já em relação ao Poder Judiciário, no Brasil não há o sistema dual de jurisdição, de modo que não existem os Tribunais Administrativos e Fiscais, como ocorre em Portugal. Assim, os litígios que versam sobre as relações com a Administração Pública são julgados pelos Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando se tratar de agentes públicos estaduais, distritais e municipais, e pelos Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais no caso de agentes públicos federais¹¹, respeitadas a hierarquia e as atribuições de cada um.

Diferentemente de Portugal, no ordenamento jurídico brasileiro inexistente legislação específica que regulamenta o trâmite dos processos administrativos nos Tribunais, visto que não há jurisdição administrativa. O que existem são normas que regem os processos administrativos no âmbito da própria Administração Pública, editadas por cada ente federativo, de acordo com as respectivas competências. No âmbito federal, o processo administrativo é regulamentado pela Lei n.º 9.784/99.

No Brasil, há uma ampla terminologia de agentes públicos¹², que engloba diversas categorias, cada uma delas com regime jurídico distintos. Assim, existem os servidores públicos e os empregados públicos. Os primeiros são aqueles que ocupam cargos no âmbito das pessoas jurídicas de direito público da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou indireta (Autarquias e Fundações Públicas), são regidos por lei específica, denominada estatuto, semelhante à LTFP aplicável aos trabalhadores públicos do direito português. Considerando, entretanto, que o Brasil se trata de uma federação, cada Estado possui estatuto específico que rege a relação com os respectivos servidores públicos. Por outro lado, os empregados públicos brasileiros são os trabalhadores das empresas estatais

¹⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹¹ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho; V - os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹² A Lei n.º 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, conceitua o significado de agente público: Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, consultada em 26/12/2021.

(empresas públicas e sociedade de economia mista), porém são regidos pela lei trabalhista aplicável à iniciativa privada, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei n.º 5.452/1973), este trabalho limitou-se à análise das sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos federais, cujo vínculo é regulamentado pela Lei n.º 8.112/90.

Embora inexista norma expressa acerca do controle jurisdicional dos limites da discricionariedade dos atos administrativos, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário é no sentido de que ao Judiciário é vedado analisar o mérito administrativo, em respeito à tripartição dos poderes consagrada no texto constitucional.

Denota-se, portanto, que tanto em Portugal quanto no Brasil está consolidado o entendimento de que o controle de atos discricionários ilegais ou abusivos não viola a tripartição dos poderes. Ambos os países admitem que os aspectos discricionários dos atos administrativos sejam controlados pelo Judiciário, porém somente no que diz respeito à legalidade, nunca em relação ao mérito. Por outro lado, importa questionar: quais os limites do controle das sanções disciplinares? Diante de pena disciplinar desproporcional, é permitido ao Judiciário anular a sanção imposta pela Administração e aplicar pena diversa ou isso configura interferência indevida na discricionariedade administrativa?

Neste contexto, este trabalho teve por objetivo analisar o controle jurisdicional dos limites da discricionariedade administrativa no âmbito das sanções disciplinares a fim de demonstrar a necessidade de realizar um controle jurisdicional equilibrado, sem excesso nem omissão. Assim, destacou-se a função do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle da discricionariedade administrativa. Para alcançar o objetivo proposto analisou-se a natureza e o fundamento da discricionariedade, bem como a relação entre esta e a concretização dos princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública.

No que diz respeito à metodologia, a pesquisa foi realizada a partir da vertente jurídico-sociológica, tendo em vista que “propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo”¹³. Trata-se da análise da aplicação das normas de um ramo do Direito Administrativo pelo Judiciário, notadamente quanto ao controle jurisdicional dos limites da discricionariedade no âmbito das sanções disciplinares.

Quanto ao gênero, classifica-se como empírica, tendo em vista que para compreensão do alcance do controle da discricionariedade administrativa, além da análise de conceitos doutrinários, legislações, artigos e trabalhos acadêmicos, tais como dissertação de mestrado e tese de doutorado, realizou-se levantamento

¹³ Interpretação extraída a partir da obra DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 4ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013, p. 24.

de dados primários, que consistem nas jurisprudências dos Tribunais de Portugal e do Brasil, no intuito de verificar o entendimento majoritário e as inovações acerca do controle das sanções disciplinares.

No que diz respeito à jurisprudência portuguesa, a análise limitou-se aos Tribunais Centrais Administrativos Sul (com sede em Lisboa) e Norte (com sede no Porto), cuja escolha ocorreu por serem órgãos de segunda instância, responsáveis pelo julgamento dos recursos de apelação proferidos em sede de primeira instância.

Analisou-se também decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Administrativo, o qual foi escolhido em razão de ser o órgão de hierarquia máxima no âmbito da jurisdição administrativa portuguesa, cuja atribuição compreende todo o território nacional, bem como pelo facto de ser o órgão responsável pelo julgamento de recursos para a uniformização de jurisprudência. Internamente, o STA é subdividido em secção de contencioso administrativo e secção de contencioso tributário. Importa neste trabalho, entretanto, as decisões relativas somente à matéria administrativa.

A pesquisa foi realizada na base de dados *on-line* denominada Base-jurídico-documentais¹⁴, na qual estão reunidos os acórdãos proferidos pelos Tribunais portugueses. A consulta ocorreu principalmente a partir dos termos “discricionariedade administrativa”, “poder disciplinar”, “controle jurisdicional” e “sanções disciplinares”.

No total, foram analisados dezoito acórdãos divididos da seguinte forma:

- Dez decisões dos Tribunais Centrais, das quais cinco favoráveis à anulação da sanção disciplinar imposta pela Administração e outras cinco desfavoráveis;
- Oito decisões do Supremo Tribunal Administrativo, das quais apenas uma favorável à anulação da sanção.

Já em relação à jurisprudência brasileira, analisou-se decisões especificamente do Tribunal Regional Federal da 1^o Região (TRF 1^a região), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), proferidas entre o ano de 2014 e 2019. A escolha do TRF da 1^a região justifica-se por ser o Tribunal de segunda instância competente para julgamento dos litígios relativos aos servidores públicos regidos pela Lei n.º 8.112/90¹⁵, inclusive do Estado de Goiás, local onde reside a mestrandia.

¹⁴ <http://www.dgsi.pt/>

¹⁵ Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Já o Superior Tribunal de Justiça foi escolhido por ser “*a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil*”¹⁶, o que ocorre, principalmente, por meio de Recurso Especial.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de hierarquia máxima do Poder Judiciário brasileiro.

A pesquisa foi realizada no endereço eletrônico de cada um dos Tribunais, no qual estão reunidos os acórdãos proferidos pelos Tribunais brasileiros. A consulta ocorreu principalmente a partir dos termos “proporcionalidade”, “poder disciplinar”, “controle jurisdicional” e “sanções disciplinares”.

As decisões analisadas incluem tanto aquelas que negaram quanto concederam provimento aos recursos interpostos em face de decisões dos Tribunais de primeira instância. No total, foram analisados quinze acórdãos divididos da seguinte forma:

- Cinco decisões do Tribunal Regional Federal da 1º Região, das quais três favoráveis à anulação da sanção disciplinar imposta pela Administração;
- Cinco decisões do Superior Tribunal de Justiça, das quais duas favoráveis à anulação da sanção;
- Cinco decisões do Supremo Tribunal Federal, das quais duas favoráveis à anulação da sanção.

Os critérios utilizados para escolha das decisões analisadas de ambos os países foram os seguintes:

- Consideração das circunstâncias do caso concreto quando da imposição da sanção disciplinar;
- Violação de princípios jurídicos pela Administração Pública;
- Imposição de sanção disciplinar desproporcional;
- Anulação da sanção pelo Judiciário com base em argumentos de discricção administrativa;
- Substituição da sanção pelo Judiciário.

A investigação é do tipo jurídico-comparativo¹⁷, isto porque realizou-se o estudo microcomparado entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, a fim de detectar as semelhanças e diferenças em relação aos seguintes aspectos: (1) adoção da teoria da separação dos poderes; (2) conceituação e significado de discricionabilidade administrativa; (3) discricionabilidade administrativa no poder

¹⁶ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>

¹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica...cit.*, p. 28.

disciplinar, especificamente nas sanções disciplinares aplicáveis aos trabalhadores públicos/servidores públicos; (4) controle jurisdicional das sanções disciplinares.

A comparação entre os países supracitados justifica-se pelo facto deste trabalho ter-se desenvolvido no âmbito do mestrado cursado em uma Universidade portuguesa por aluna brasileira; e também em razão das influências exercidas pelo direito administrativo português no direito administrativo brasileiro que, apesar de semelhantes, diferenciam-se na organização da jurisdição administrativa.

O raciocínio da pesquisa é o dedutivo, de modo que partiu de dados gerais subordinados aos conceitos doutrinários e de legislações que regem o assunto. Assim, as conclusões deste trabalho explicitam o conteúdo apresentado pelos dados gerais.

Quanto à estrutura, o presente trabalho está organizado em quatro capítulos. No primeiro, apresentou-se os conceitos gerais acerca da tripartição dos poderes, bem como de discricionariedade administrativa. Posteriormente, analisou-se como ocorre o controle jurisdicional do exercício discricionário, a partir de uma comparação entre o sistema jurídico português e o brasileiro.

O segundo capítulo trouxe, de forma comparada, os aspectos comuns do poder disciplinar, bem como os diplomas legais que regem os trabalhadores públicos de cada um dos países objeto de estudo. Neste capítulo analisou-se também o alcance do controle jurisdicional da escolha e medida das sanções com base no princípio da proporcionalidade em Portugal e no Brasil.

Já nos capítulos três e quatro realizou-se o levantamento jurisprudencial a fim de verificar como tem ocorrido o controle das sanções disciplinares pelos Tribunais portugueses e brasileiros, respectivamente. Após, realiza-se as conclusões da pesquisa.

CAPÍTULO I – A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 A tripartição dos poderes

1.1.1 Origem

O Estado, enquanto detentor do poder político por meio do qual impõe regras aos indivíduos de modo a regular a vida em sociedade e garantir a manutenção da ordem, desempenha funções mediante seus órgãos. O Estado é unitário, as funções, porém, são divididas em legislativa, executiva e jurisdicional, distinção decorrente da teoria da separação dos poderes.

Adotada no Brasil e em Portugal¹⁸, referida teoria passou por modificações desde a sua criação até a forma presente atualmente nos textos constitucionais. De acordo com as necessidades de cada época fora gradativamente aperfeiçoada, cujos aspectos serão analisados adiante, notadamente quanto aos fundamentos e objetivos que ensejaram as transformações.

A primeira versão da separação dos poderes, instituída no século XVII, em Inglaterra, surgiu a partir da necessidade de separação entre as funções legislativa e jurisdicional (à época denominada executiva, isto porque até o início do século XVIII o termo executivo era utilizado para designar a atividade judicial), as quais eram exercidas pelo mesmo órgão. Assim, as pessoas que elaboravam as leis também aplicava-as. Aquele modelo, entretanto, não era ideal pois propício ao exercício tirânico do poder. Desta forma, “como arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, a necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveriam caber”¹⁹.

Posteriormente, com o objetivo de garantir a aplicação imparcial da lei houve também a separação entre a função legislativa e a executiva (já no sentido moderno do termo). “(...) A separação entre função legislativa e função executiva (do ponto de vista dos órgãos que as exercem e dos respectivos titulares) passou a ser considerada condição *sine qua non* para a realização da *rule of law* (princípio da legalidade)”²⁰.

A instituição da primeira versão da separação dos poderes objetivou evitar que a elaboração e aplicação da lei fossem realizadas pela mesma pessoa, tudo com o fim de proteger a liberdade individual.

¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Constituição da República Portuguesa: “Art. 2.º A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

¹⁹ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 49.

²⁰ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...cit.*, p. 52.

De acordo com Nuno Piçarra “a doutrina da separação dos poderes entrou na História das Ideias e no Direito Constitucional com uma conotação estritamente jurídica (...)”²¹. Não tinha, portanto, sentido político.

A separação dos poderes constou como princípio na primeira constituição escrita da Inglaterra, denominada *Instrument of Government*, de 1653, na qual o Poder Legislativo era exercido pelo Parlamento e o Executivo por um conselho. Em 1657, na constituição inglesa denominada *Humble Petition and Advice* continuou a constar tal princípio, porém com o acréscimo do poder de veto ao Executivo.

Em 1660 ocorreu em Inglaterra a restauração da monarquia com a manutenção da separação entre o Poder Legislativo e o Executivo, entretanto, com a exigência de separação também entre os representantes de cada órgão. Nuno Piçarra aponta que aquela teoria buscava o controle e a limitação de um poder pelo outro e que isso já demonstrava ser uma primeira versão de *checks and balances*²².

Muito discute-se quem foi o autor original da referida teoria, razão pela qual far-se-á breves considerações acerca das influências de John Locke e Montesquieu, respectivamente, sobre o assunto. Antes da instituição do Estado os indivíduos governavam por si próprios sem estabelecer um representante. De acordo com Locke, o homem vivia em *estado de natureza* e era livre para praticar suas ações cuja limitação se dava somente pela lei natural. Além disso, prevalecia entre aqueles a igualdade, sem hierarquia ou subordinação, de modo que competia a todos fiscalizar uns aos outros quanto ao cumprimento da lei natural.

Esta condição de vida em sociedade, contudo, não era ideal pois “pela incerteza das regras a observar e pela falta de um juiz imparcial, não dava segurança suficiente”²³. Assim, as comunidades organizaram-se em sociedades políticas e deixaram de viver segundo a lei natural, a partir daí passaram a submeter-se às leis elaboradas pelo Parlamento.

Aquele novo modelo político, entretanto, ainda que representasse a coletividade necessitava de limites para evitar o abuso do poder, pelo que Locke anteviu a impossibilidade do mesmo órgão elaborar e executar as leis. “Chega-se ao âmago do tema da separação dos poderes”²⁴. Em Locke, entretanto, a separação foi proposta de forma dual. “De toda sorte, observa-se que, embora visualize três tipos de poder, a *separação* que surge como conveniente e viável é a que se operaria entre o Legislativo, de um

²¹ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...cit.*, p. 53.

²² PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...cit.*, p. 62.

²³ CAETANO, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional* – TOMO I, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 191.

²⁴ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...cit.*, p. 71.

lado, e o Executivo e o Federativo, de outro. O que Locke propõe é uma *separação* dual – e não tríplice – entre os três poderes que descreve”²⁵.

Posteriormente, a teoria da separação dos poderes foi aperfeiçoada por Montesquieu na obra denominada O Espírito das Leis (séc. XVIII), cuja versão manteve o sentido tradicional de separação entre as funções legislativa e executiva, mas com o acréscimo da função judicial. Em Montesquieu nota-se a necessidade de separação também entre quem elabora e quem executa as leis, no mesmo sentido da versão da *rule of law*, tudo isso no intuito de conter a tirania e arbitrariedades que possivelmente ocorreriam caso tais funções fossem exercidas pela mesma pessoa²⁶.

O Poder Legislativo tinha por função elaborar as leis e estas deveriam nortear todo o exercício das demais funções. Para Montesquieu, a lei genérica, abstrata e elaborada por órgão independente era o meio de garantir a liberdade e a segurança individual. Além disso, observa-se nesta teoria uma visão de supremacia da lei, “(...) aponta para um sistema jurídico-político em que a legislação é peça essencial ou, mais concretamente, em que a lei tende a ser único modo de constituição do Direito ou a identificar-se com ele”²⁷.

Surge em Montesquieu a separação do poder judicial, ao qual competia punir aqueles que infringiam a lei, cuja função deveria ser desenvolvida por órgão independente no qual os juizes atuassem em estrita conformidade com a legislação, aplicando-a de forma técnica e mecânica, sem poder de inovar no Direito, tarefa atribuída exclusivamente ao Legislativo. Pretendeu-se, assim, o exercício de uma função judicial imparcial.

Já ao Executivo, atribuída a tarefa de administrar o Estado nos assuntos relativos ao direito internacional, Montesquieu ressalta a impossibilidade do exercício da função judicial, isto porque os julgamentos seriam prejudicados por violar “o princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria”²⁸. Verifica-se, assim, em Montesquieu que a lei elaborada pelo Legislativo independente é que deverá reger o funcionamento do Estado, todos deverão sujeitar-se ao princípio da legalidade, ao Estado de Direito, a partir dos quais será possível garantir a liberdade dos indivíduos.

Marcello Caetano acrescenta que “para o autor a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Mas a liberdade política só se acha nos governos moderados em que não se abuse do poder, isto é, em que não force os indivíduos a praticar actos que as leis não imponham ou não se lhes impeça de fazer o que elas permitam”²⁹.

²⁵ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros editores, 2014, p. 225.

²⁶ Interpretação extraída a partir da leitura da obra de PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...*cit., p. 91.

²⁷ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...*cit., p. 95.

²⁸ Interpretação extraída a partir da obra de PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...*cit., p. 100.

²⁹ CAETANO, Marcello, *Manual de ciência política...*cit., p. 192.

Montesquieu, perseguindo a proteção do interesse individual, demonstrava a necessidade de um poder limitar o outro de modo a impedir abusos. Se por um lado limita, por outro garante a harmonia entre aqueles, à medida que algumas funções, embora típicas de determinados órgãos, dependem de atos cuja competência é de outro poder.

Neste sentido, Eros Grau aponta que a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu “sugere não a divisão ou *separação*, mas o *equilíbrio* entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário³⁰. É a instituição do sistema no qual os poderes são independentes e harmônicos entre si, o que significa que admitem interferências de um sobre o outro, de acordo com os limites legais. “Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”³¹.

O sistema de freios e contrapesos estabelece limites e controles recíprocos entre os órgãos, o que só é efetivo se garantida a independência entre os poderes, pois segundo Bolingbroke, “a dependência constitucional (...) consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio (...)”³².

Deste modo, nota-se que ao mesmo tempo em que via-se a necessidade de separação dos poderes para garantir a aplicação imparcial da lei, verificou-se também que a divisão das funções poderia ocasionar práticas arbitrárias. Assim, a separação e o controle recíproco deverão existir simultaneamente.

1.1.2 Objetivo

A teoria da separação dos poderes instituída no século XVII surgiu para enfraquecer o Estado absolutista, de modo a conter práticas arbitrárias decorrentes da concentração do poder. Já em Montesquieu o objetivo exclusivo da separação era a garantia da liberdade individual por meio da

³⁰ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto...*cit., p. 225.

³¹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional...*cit., p.112.

³² PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...*cit., p. 86 *apud The Craftsman*, vol. VII, pp. 85 e 87.

supremacia da lei, pelo que todos os poderes deverão atuar nos limites legalmente estabelecidos. Vincula-se, assim, a submissão à lei à concretização da separação dos poderes.

Nicola Matteuci explica que a versão da separação dos poderes em Montesquieu não pretendeu garantir o equilíbrio constitucional, mas o social, notadamente entre o rei, a nobreza e a burguesia, “(...) confundindo o poder de sentido jurídico com o poder de sentido sociológico, Montesquieu identifica um órgão do Estado com uma classe ou camada social”³³.

Já no século XIX, além de instrumento para conter governos absolutistas, atrelou-se à separação dos poderes a ideia de constitucionalismo e, posteriormente, a de democracia, pelo que atualmente sustenta-se que em um Estado Democrático de Direito há essencialmente a separação dos poderes, porém a teoria assumiu outro sentido, “apenas pode referir-se a funções estaduais e não, directamente, a forças ou potências político-sociais, como em Montesquieu”³⁴. Tendo em vista que tanto Portugal quanto o Brasil estão constituídos em Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes está consagrada no texto constitucional de ambos países como princípio fundamental³⁵.

Neste sentido, percebe-se que a postulação originária da separação dos poderes surgiu numa conjuntura histórico-social em que justificava a redução da atuação estatal de modo a conter as interferências na liberdade individual impostas pelo absolutismo. Atualmente, todavia, aquele modelo não é mais eficaz, tendo em vista que a evolução da sociedade exige cada vez mais a atuação do Estado³⁶.

Em um sistema democrático, portanto, o qual tem por característica a soberania popular, importa questionar: para que serve a separação dos poderes? De acordo com José Afonso da Silva, atualmente, a separação juridicamente organizada tem por fundamento a especialização funcional (divisão de funções), e a independência orgânica, com o objetivo de aumentar a eficiência estatal e garantir a independência entre os órgãos³⁷.

Por outro lado, o autor Dalmo de Abreu Dallari sustenta que, na prática, o sistema da separação dos poderes nunca existiu. Primeiramente porque “(...) ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação”³⁸.

O segundo motivo, de acordo com o mesmo autor, reside no facto de que a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o carácter democrático do Estado, pois “houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam *de facto* com o Poder Legislativo, sem quebra das

³³ BOBBIO, Norberto, *et al.*, *Dicionário de política*, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1.986, p. 248.

³⁴ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...cit.*, p. 245.

³⁵ Art. 2.º da CRP e art. 2º da CRFB/88.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998, p. 219.

³⁷ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito...cit.*, p.112.

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado...cit.*,p. 218.

normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo”³⁹.

Nuno Piçarra ensina que atualmente a teoria da separação dos poderes possui novas abordagens constitucionais. A primeira refere-se ao facto de que por ter a característica de delimitar as funções de cada poder, o princípio assumiu grande relevância no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. O segundo aspecto diz respeito à divisão das funções estatais, de modo que atualmente o princípio vem sendo formulado a partir das realidades constitucionais, e não as constituições a partir dele⁴⁰. Importa neste trabalho o estudo quanto ao primeiro aspecto, isto é, acerca das implicações da teoria da separação dos poderes no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

1.2 A submissão da administração pública à lei

Na versão originária do Estado de Direito englobavam-se três elementos: submissão à lei, separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais. Durante este período consagrou-se o princípio da legalidade, o qual constou expressamente no artigo 5.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, bem como no artigo 3.º da Constituição da França de 1791.

A partir de então a Administração Pública tornou-se submissa à lei, de modo que “só o legislativo pode editar leis, sendo-lhe vedado delegar esse poder. Além disso, as leis devem ser iguais para todos vedado qualquer tipo de discriminação”⁴¹. Nesta versão o princípio foi instituído com uma vertente negativa, no sentido de limitar as ações do Estado na vida dos indivíduos. Visava a proteção dos direitos dos particulares tanto nas relações individuais quanto entre aqueles e o Estado.

José Afonso da Silva escreve que a expressão Estado de Direito, todavia, passou por concepções que distorceram o seu sentido, isto porque o conceito está diretamente relacionado com a ideia que se tem sobre Direito. Assim sendo, houve uma tendência em adotar o Estado de Direito somente no sentido formal da lei, vazia de conteúdo material. O autor chama a atenção para o facto de que embora o princípio da legalidade seja importante no Estado de Direito, este não se reduz ao Estado de Legalidade. “Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”⁴².

³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado...*cit., p. 219.

⁴⁰ PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes...*cit., p. 262.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 10.

⁴² SILVA, José Afonso, *Curso de Direito...*cit., p. 116

Neste contexto, José Afonso da Silva aponta para a importância da norma possuir além de conteúdo formal o material, “pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial”⁴³.

O Estado de Direito originado no contexto liberal, portanto, deixou de ser suficiente, pois voltado para garantias individualistas propiciava injustiças sociais, razão pela qual surgiu o Estado Social (séc. XIX), com a inserção de direitos econômicos e sociais nas Constituições da Alemanha e Espanha.

Durante o Estado Social ampliou-se o alcance do princípio da legalidade e toda a atividade da Administração Pública tornou-se vinculada à lei. Este modelo, entretanto, também foi insuficiente, pois ainda que fundamentado na lei, diversas eram as interpretações para o termo “social”, o que permitia incluí-lo em muitas ideologias, porém sem garantia de justiça social.

Tendo em vista as deficiências do Estado de Direito e do Estado Social surgiu uma nova forma de organização do poder denominado de Estado Democrático de Direito, no qual a principal característica é a soberania popular como forma de garantir a igualdade entre todos os cidadãos. Diversamente do Estado Liberal em que sustentava-se a liberdade individual, no Estado Democrático, além da participação popular, “visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana”⁴⁴.

Assim sendo, no Estado Democrático de Direito a atuação estatal permanece integralmente adstrita à lei, pois “(...) a aplicação do direito de acordo com as leis é a garantia de um tratamento igual para todos os que pertencem à categoria definida na lei, liberta, pois, do perigo de existir um tratamento preferencial ou prejudicial para este ou aquele indivíduo, este ou aquele grupo, o que aconteceria num julgamento casuístico”⁴⁵. Acrescenta-se, contudo, a ideia de justiça, pelo que a lei deverá preencher não só aspectos formais, mas também materiais. “Daí hoje falar-se em *Estado Democrático de Direito*, que abrange os dois aspectos: o da *participação popular* (Estado Democrático) e o da *justiça material* (Estado de Direito). Pretende-se que a lei seja destinada a fazer justiça”⁴⁶.

Diogo Freitas do Amaral aponta que o princípio da legalidade atua não só como limite, mas também como fundamento da atividade administrativa. “Quer isto dizer que, hoje em dia, não há um

⁴³ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito...*cit., pp. 116-117.

⁴⁴ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito...*cit., p. 119

⁴⁵ BOBBIO, Norberto, *et al.*, *Dicionário de...*cit., p. 675.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 26.

poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça”⁴⁷.

Os representantes eleitos devem, portanto, obrigatoriamente assegurar não somente o cumprimento formal da lei, mas sobretudo garantir o atendimento ao interesse público, não apenas retoricamente.

1.3 A constitucionalização do direito administrativo

Com a instituição do Estado Democrático de Direito, o modelo de lei formal aplicada mecanicamente por juízes no sentido concebido por Montesquieu não mais vigora, pois reduziria a função administrativa ao vazio do positivismo jurídico sem garantir a concretização de valores de igualdade e justiça. Deste modo, um sistema jurídico alicerçado apenas em regras deixou de ser suficiente. É a sucessão de um sentido estrito do princípio da legalidade para um “(...) sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito”⁴⁸.

Neste sentido, o autor Gustavo Binbenojm escreve sobre a crise da lei, segundo o qual trata-se de um fenômeno universal atual em que “(...) não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada”⁴⁹. Ao descrever as cinco razões para a denominada crise o autor destaca o constitucionalismo, no qual a lei deixa de ser a protagonista no mundo jurídico e a Constituição passa ser a principal fonte do direito.

Di Pietro acrescenta que no âmbito do direito administrativo ocorreu a “constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado”⁵⁰, isso significa que a partir de então o administrador público se orientará pela Constituição, a qual definirá também as competências administrativas. A este fenômeno dar-se-á o nome de constitucionalização do direito administrativo, momento em que a Administração Pública tornou-se diretamente ligada aos princípios constitucionais.

No contexto do Direito Administrativo brasileiro, Luís Roberto Barroso escreve que a constitucionalização ocorreu em decorrência dos seguintes motivos: “a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência

⁴⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 40.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 162.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3.ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 131.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 39.

de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito”⁵¹.

A ideia de legalidade administrativa ampliou-se para incluir a de juridicidade administrativa, “traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição”⁵². “Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineados na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular”⁵³. Conseqüentemente, a discricionariedade administrativa que anteriormente vinculava-se somente à lei, tornou-se vinculada também aos princípios jurídicos expressos e implicitamente consagrados.

1.4 Discricionariedade administrativa

1.4.1 Conceito e evolução histórica

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello “fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”⁵⁴.

Para Di Pietro discricionariedade administrativa é “(...) a *faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*”⁵⁵.

Ao explicar a discricionariedade Almiro Couto e Silva ensina que “ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta”⁵⁶.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto, *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2012. pp. 31-63, disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf, consultado em 21/12/2021.

⁵² BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 149.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 138.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 990.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 61.

⁵⁶ SILVA, Almiro e Couto, *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, Rev. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1990, p. 54.

O conceito de discricionariedade passou por alterações substanciais no decorrer das modificações dos sistemas políticos, sobretudo no que se refere à submissão do Estado à lei e ao controle da Administração pelos Tribunais. Neste trabalho importa a análise a partir do Estado Moderno, período que se dividiu em dois momentos: Estado de Polícia e Estado de Direito (ou Estado Liberal de Direito). No primeiro, a forma de governo era a monarquia absoluta caracterizada pela ideia de soberania e de polícia, de modo que o poder se concentrava no príncipe, sem limitação pela lei e também sem sujeitar-se a qualquer tipo de controle. Prevalencia a arbitrariedade.

Em contrapartida ao absolutismo surgiu a teoria do fisco, “em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais”⁵⁷. Nesta fase, o controle judicial incidia somente nas relações entre o fisco e os particulares.

No segundo momento do Estado Moderno, período do Estado de Direito, o princípio da legalidade que foi inicialmente instituído para garantir a proteção das liberdades individuais e a igualdade entre os cidadãos, passou a reger também a atividade da Administração Pública, porém de modo limitado. À época, a ideia de legalidade significava permitir à Administração fazer o que a lei autorizava e também tudo o que ela não proibia, de modo que somente parte da atividade estatal submetia-se à lei e ao controle judicial, a outra parte denominava-se discricionariedade administrativa. “*A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial. (...) Pode-se afirmar que a discricionariedade, nesse período, não era vista como um poder jurídico, mas como poder político*”⁵⁸.

Já no período do Estado Social de Direito o princípio da legalidade ampliou o seu alcance em relação à atividade administrativa, de modo que “o anterior princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele segundo o qual ela só pode fazer o que a lei permite”⁵⁹. A partir daí a discricionariedade assumiu outra versão. Aquela que antes não estava vinculada legalmente passou a existir somente por concessão da lei. “A própria discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico”⁶⁰.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 6.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 14.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 24.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 24

Com a instituição do Estado Democrático de Direito a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade não era suficiente para a concretização dos valores inerentes a um sistema que tem por finalidade garantir a igualdade entre os cidadãos e a promoção da justiça. Assim, novos princípios foram instituídos para que além do dever de atender aos aspectos formais impostos pela lei, a função estatal seja desempenhada para garantir a boa administração, a justiça, a moralidade, a eficiência, a prossecução do interesse público, dentre outros. Deste modo, juntamente com o princípio da legalidade, diversos outros princípios desempenham também a função de limite ao exercício da atividade discricionária, o que será objeto de estudo no decorrer deste trabalho.

Pode-se dizer, portanto, que a evolução do conceito de discricionariedade ocorreu conforme as transformações do princípio da legalidade, pois este é a medida daquela. Sobre o tema, Di Pietro ensina que “com a ampliação do princípio da legalidade, a consequência inevitável foi a redução da discricionariedade administrativa. Se esta envolve certa margem de apreciação nos limites da lei e se o conceito de lei (e de legalidade) foi se ampliando com a evolução do Estado de Direito, o resultado foi a redução do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida da ampliação do controle judicial”⁶¹. No intuito de entender os limites do controle faz-se necessário, primeiramente, compreender a natureza da discricionariedade.

1.4.2 Natureza e fundamento

O significado e objeto da discricionariedade administrativa evoluíram conforme as modificações ocorridas no conceito de legalidade. Freitas do Amaral ensina que “para haver discricionariedade é necessário que a lei atribua à Administração o poder de escolha entre várias alternativas diferentes de decisão (...)”⁶². O poder discricionário da administração pública não é originário, “(...) é *um poder derivado da lei*. Só existe quando a lei o confere e na medida em que a lei o configura”⁶³. A natureza da discricionariedade, portanto, reside na lei. Embora inicialmente considerada como um poder político, hoje não há dúvidas que se trata de um poder jurídico.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade diz que “a discricionariedade é uma *concessão* legislativa, determinada por interpretação da norma, e não um poder originário da Administração ou um resto, limitados pela lei e pelo juiz”⁶⁴.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 40.

⁶² AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 70.

⁶³ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 78.

⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019, p. 62.

A teoria ensina que o fundamento desta concessão baseia-se em critérios práticos e em critérios jurídicos. O primeiro reside no facto de que ao legislador é impossível prever e determinar todas as condutas a serem adotadas no decorrer do exercício da atividade administrativa, pois a valoração da decisão mais adequada só será possível após a análise das peculiaridades de cada caso concreto.

Assim, o legislador confia ao administrador a decisão acerca da escolha mais adequada, pois na qualidade de quem exerce a função administrativa possui melhores condições de fazê-la. Neste sentido, Di Pietro acrescenta que “(...) a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”⁶⁵.

Quanto aos critérios jurídicos, Freitas do Amaral ao citar Sérvulo Correia, escreve que “juridicamente, o poder discricionário fundamenta-se, afinal, quer no princípio da separação dos poderes, quer na própria concepção do Estado Social de Direito, enquanto Estado prestador e constitutivo de deveres positivos para a Administração, bem como os direitos ou interesses legítimos para os particulares, concepção essa que não prescinde, antes pressupõe, uma margem jurídica de autonomia decisória”⁶⁶. Esta autonomia, entretanto, desde que respeitados os limites legais, é livre? Melhor dizendo, entre condutas igualmente legais todas possuem igual valor jurídico ou somente uma será capaz de atender a finalidade legal?

Florivaldo Dutra de Araújo, a partir da expressão utilizada por Garcia de Enterría, ensina que diante de uma atividade discricionária, as opções disponíveis tratam-se de *indiferentes jurídicos*, “(...) quer-se dizer ou que a lei concedeu determinadas opções, atribuindo a todas o *mesmo valor*, expressamente, pelo que qualquer decisão a ser depois tomada estará previamente avalizada como juridicamente perfeita; ou que a regra legal deu ao administrador balizas dentro das quais se abre um leque de indeterminadas opções, em relação às quais a escolha a ser feita deverá levar à edição de um ato que se contenha nos parâmetros prefixados. Qualquer escolha a ser feita discricionariamente terá, diante do direito, igual valor (daí dizerem-se *indiferentes jurídicos*)”⁶⁷. Acrescenta o autor que se a regra exigir apenas uma decisão como mais adequada, não se estará diante de atuação discricionária.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a discricção administrativa existe justamente para possibilitar a escolha da opção que atenderá perfeitamente a finalidade legal, o que só será possível após a análise das circunstâncias do caso concreto. Para o autor, portanto, o agente público tem a capacidade e o dever de adotar a opção ótima, e se assim não for o ato será inválido. Assim

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 63.

⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 77.

⁶⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 85.

conclui: “Logo, *discrição administrativa* não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses *abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto*. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que *a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta*. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento de sua finalidade”⁶⁸.

No mesmo sentido é o entendimento do doutrinador português Diogo Freitas do Amaral: “Portanto, a lei, ao conferir a determinado órgão um poder discricionário, não contemporiza com qualquer escolha que respeite a competência e o fim, antes deliberadamente pretende e espera que seja procurada e perfilhada *aquela* que, ponderados todos os factos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos, e observados os imperativos que decorrem dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da boa fé e da imparcialidade, o órgão administrativo tiver por mais ajustada”⁶⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita ainda que a discrição em abstrato é diferente da discrição em concreto, pois aparentemente mais ampla na norma, na prática a discricionariedade poderá ser consideravelmente reduzida quando constatado que somente uma providência será capaz de atender a finalidade legal. “O campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato, é muito maior do que o campo de liberdade existente perante a situação concreta, já que a norma se faz ampla ou com certa liberdade, *precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade*”⁷⁰.

Juarez Freitas reforça a ideia do dever de escolher a melhor solução diante do exercício discricionário: “Em conexão, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”⁷¹.

Conclui-se que a justificativa para a existência da discricionariedade está na impossibilidade de o legislador prever e traçar todas as formas da conduta estatal, razão pela qual esta tarefa foi transferida

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 36

⁶⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 70 *apud* V. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 219 e 220.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...*cit., pp. 39-40.

⁷¹ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 22.

ao agente público, pois é quem terá conhecimento das circunstâncias do caso e, portanto, estará na condição de melhor decidir. Assim sendo, entende-se, neste trabalho, que o agente público tem o dever de escolher a opção que melhor atenda ao interesse público, ainda que todas as outras sejam igualmente legais.

1.5 Controle jurisdicional do exercício discricionário: aspectos comuns entre Portugal e Brasil

Atualmente, a discricionariedade administrativa é, por diversas vezes, vista de modo negativo ou até mesmo como um mal necessário⁷² em razão das distorções no conceito e dos desvios de poder praticados em seu nome, bem como pelo facto do Judiciário invocá-la constantemente para excusar-se do controle de atos ilegais. O problema, contudo, não está na discricionariedade, mas sim no uso desvirtuado e, portanto, arbitrário. Daí por que ao invés de atacá-la ou até mesmo reduzi-la (a zero?), necessário e urgente a intensificação do controle, pois “poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válido e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente”.

Ressalta-se que há discussão acerca da nomenclatura adotada sobre a discricionariedade, de modo que há autores que entendem incorreta a dicotomia ato vinculado e ato discricionário, isto porque vinculação e discricionariedade dizem respeito aos aspectos do ato, pois ainda que discricionário estará sempre vinculado ao fim e competência legalmente definidos. Assim, conclui-se que não há ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário, daí por que atos discricionários não são imunes ao controle judicial, sobretudo no que diz respeito aos aspectos de legalidade (competência, forma e finalidade). “Então, a discricionário não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”⁷³.

Importa, assim, primeiramente diferenciar controle de legalidade e de mérito e, adiante, compreender os impactos da principalização do direito administrativo na discricionariedade administrativa, na pretensão de desconstruir o (ultrapassado?) argumento de que o controle efetivo implica em violação da teoria da separação dos poderes.

⁷² Expressão utilizada por ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo...cit.*, p. 62.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...cit.*, p. 8.

1.5.1 Controle de legalidade

Igualmente a discricionariedade, o controle do seu exercício evoluiu em conformidade com a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade. Desta forma, a atuação conforme a lei tornou-se pressuposto e objetivo da atuação estatal, razão pela qual inexistiu espaço para práticas arbitrárias, sobretudo quando do exercício da discricionariedade pois, conforme expressado por Bobbio, “o princípio da Legalidade tolera o exercício discricionário do poder, mas exclui o exercício arbitrário, entendendo-se arbitrário todo ato emitido com base numa análise e num juízo estritamente pessoal da situação”⁷⁴. Liberdade de atuação não mais significa ausência de controle.

Assim sendo, a discricionariedade administrativa, como poder jurídico que é, sujeita-se ao controle judicial, admitido, porém, somente quanto aos aspectos de legalidade, sem a possibilidade de análise do mérito (oportunidade e conveniência) pelos Tribunais. O entendimento acerca do exame de mérito, entretanto, evoluiu, consoante será demonstrado a seguir.

No Brasil e igualmente em Portugal o controle de legalidade foi diretamente influenciado pela teoria do desvio do poder instituída no século XIX pelo Conselho de Estado Francês, momento em que o exame da legalidade passou a compreender também a finalidade do ato. De acordo com tal teoria o desvio do poder ocorre quando o agente público pratica ato visando o atendimento de finalidade diversa daquela definida em lei. “Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravie-se da finalidade cabível em face da lei”⁷⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o desvio de poder a partir de cada um dos aspectos/elementos do ato administrativo. Destaca-se neste trabalho, contudo, o vício quanto à finalidade por possuir mais relevância no controle da discricionariedade. De acordo com o referido autor o desvio de poder em relação à finalidade subdivide-se em duas modalidades: desvio de poder alheio a qualquer finalidade pública e desvio de poder praticado por agente que atua com vistas a uma finalidade legal.

O primeiro ocorre quando o agente público no exercício de sua competência pratica ato para atender interesses estranhos ao fim legal. “No desvio de poder, praticado com fins alheios ao interesse público, a autoridade, invocando sua discricionariedade administrativa, arroja-se à busca de objetivos inconfessáveis”⁷⁶. No segundo caso, o objetivo é o atendimento ao interesse público, porém o meio utilizado para alcançar o resultado é diverso daquele definido em lei. “Em tal caso a autoridade incorre

⁷⁴ BOBBIO, Norberto, *et al.*, *Dicionário de...*cit., p. 674.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...*cit., p. 57.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...*cit., p. 63.

em desvio de poder por haver-se valido de um meio jurídico inidôneo para servir ao fim que buscou, já que a via utilizada era – de direito – preordenada a satisfazer outro escopo normativo e não aquele para o qual foi manejado”⁷⁷.

Verifica-se, assim, que a teoria do desvio do poder tem por objetivo a proteção do interesse público, de modo que sempre que violada enseja a fiscalização pelo Poder Judiciário. Ocorre que, nestes casos, o controle não é facilmente exercido devido a dificuldade de se provar o desvio de poder, visto que envolve a análise da intenção do agente por vezes exteriorizada com a aparência de legalidade, como no caso de remoção de trabalhador público por perseguição política a pretexto de atendimento ao interesse público, por exemplo.

A dificuldade de prova, entretanto, não é motivo para controle deficitário, tampouco liberta o Judiciário de cumprir sua função julgadora, o qual ao argumento de discricionariedade administrativa, por diversas vezes, recusa-se a fazê-lo. Deve o julgador, portanto, realizar uma ampla análise probatória com o aprofundamento da investigação acerca das razões para a prática do ato, do contexto em que foi emitido, a relação entre o objetivo externado e a concretização do interesse público, a razoabilidade e proporcionalidade da medida, dentre outros meios possíveis. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “em síntese: para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o conjunto de circunstâncias que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se correspondeu apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais”⁷⁸.

Outrossim, “obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo. Logo, o Poder Judiciário, para conferir se um ato administrativo é legítimo, não se pode lavar de aprofundar seu exame até a intimidade do ato. Nisto não há ofensa à liberdade que o agente dispõe no exercício da discricção, pois esta o agente a possui tão-só para poder atender, deveras, àquilo que a lei almeja no caso concreto. Donde, não há discricção e sim ilegalidade quando o agente se desvia do fim legal”⁷⁹.

Ademais, todo ato, independente se vinculado ou discricionário, tem por finalidade única: a prossecução do interesse público. O dever de atender tal finalidade está para o agente público assim como o dever de corrigir eventual ilegalidade está para o Poder Judiciário. Um complementa o outro. Esquivar-se disto é, direta ou indiretamente, reforçar a violação do interesse público.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...cit.*, pp. 64-65.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...cit.*, p. 80

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...cit.*, p. 82.

1.5.2 Controle de mérito

Enquanto o controle de legalidade é exercido pelos Tribunais, o mérito administrativo só pode ser controlado pela própria Administração⁸⁰, isto porque trata-se do núcleo do ato por meio do qual concretiza-se a atividade discricionária, portanto, restrito à análise do agente público. Assim, o limite do controle judicial da discricionariedade é tema controverso, pois está diretamente relacionado com a noção que se tem acerca do mérito.

Desta forma, o controle jurisdicional da discricionariedade é constantemente aplicado de modo deficiente e equivocado devido a diversos fatores, dentre os quais, (1) a compreensão equivocada acerca da diferença entre legalidade e mérito, de modo que transformam os aspectos vinculados do ato em discricionário; e (2) o apego ao formalismo legal, o que, conforme bem expressado por Di Pietro, “levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido como “mérito” da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei”⁸¹. O que entende-se, todavia, por mérito?

Para Diógenes Gasparini “mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade”⁸². Para o autor o mérito está diretamente relacionado com a discricionariedade, porém não o reconhece como requisito do ato administrativo.

Já para Miguel Seabra Fagundes “o mérito está no sentido político do ato administrativo”⁸³. No mesmo sentido de Diógenes Gasparini, o autor não considera o mérito como elemento do ato: “E, além de só pertinente aos atos praticados no exercício de competência discricionária, não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração dos ato administrativo. Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação da vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e objeto. Relaciona-se com eles⁸⁴”. O autor relaciona, portanto, o mérito com a discricionariedade, razão pela qual sustenta inadmissível o controle pelo Judiciário, restrito somente quanto aos aspectos de legalidade.

⁸⁰ Conforme previsto no n.º 1 do art. 3.º do Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos, Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro: 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação. Disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/documentacao/legislacao/pta2019/>, consultado em 14/04/2021.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...cit.*, p. 25.

⁸² GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 9.ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 94.

⁸³ SEABRA FAGUNDES, Miguel, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 8.ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 180.

⁸⁴ SEABRA FAGUNDES, Miguel, *Conceito de mérito no Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, V. 23, 1951, p. 6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830>, consultada em 16/04/21.

Compreende-se, assim, que o mérito administrativo se situa no âmbito de dois elementos do ato: motivo e objeto, isto significa que admitirão o juízo de análise do agente público. “Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”⁸⁵.

Importa, adiante, compreender o significado de motivo e objeto, pois a partir de então verificar-se-á a extensão do controle da atividade discricionária. Miguel Seabra Fagundes ensina que “no *motivo* se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que ele se baseia. Pela natureza mesma da atividade administrativa, esses motivos não são livres como no campo das relações privadas”⁸⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia o motivo de móvel. Segundo o doutrinador (...) A realidade do motivo é exterior ao agente, por ser algo que reside na lei (motivo de direito) ou na realidade empírica (motivo de fato). O móvel corresponde ao intento, ao propósito do agente a sua finalidade subjetiva, pessoal – e por isso sua perquirição ganha relevo na teoria do desvio de poder com intenção viciada – ao passo que o motivo é realidade objetiva cuja existência precede o ato e é condição de sua validade”⁸⁷.

Já o objeto, também chamado de conteúdo, “é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Significa, como informa o próprio termo, o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vistas a determinado alvo”⁸⁸.

E no que importa a discricção presente nos elementos motivos e objeto? “No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender”⁸⁹. A valoração quanto ao motivo e objeto, entretanto, não afasta o dever de concretizar o fim legal, pois ainda quando discricionária a atividade da Administração Pública é vinculada ao interesse público.

Assim, os atos discricionários sujeitam-se ao controle jurisdicional, o qual inicialmente era admitido somente quanto aos aspectos formais (competência, finalidade e forma), vedada a análise do que se compreendia por mérito da decisão. “As razões pelas quais esta ou aquela medida houvessem sido adotadas refugiria ao exame próprio do Poder Judiciário, por fazerem parte da discricionarieidade

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 31.ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 119.

⁸⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel, *O controle dos atos...*cit., p. 31.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionarieidade...*cit., p. 87.

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Direito...*cit., p. 114.

⁸⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel, *O controle dos atos...*, cit., p. 92.

outorgada à autoridade administrativa, consubstanciando-se, tais razões, no próprio *mérito* do ato. Considerava-se este o limite naturalmente imposto pelo princípio da separação dos poderes do Estado ao controle judicial dos atos da Administração”⁹⁰.

Atualmente, entretanto, a compreensão sobre o mérito evoluiu e, conseqüentemente, a sindicabilidade dos aspectos discricionários também. A teoria do desvio de poder, já analisada anteriormente, foi a primeira a influenciar a ampliação do controle com a possibilidade de apreciação judicial da finalidade, isto é, passou-se a controlar a relação entre a prática do ato e o atendimento do fim legal. Este avanço, contudo, não foi suficiente para conter as arbitrariedades praticadas em nome do exercício discricionário.

Posteriormente, o controle foi novamente influenciado com o desenvolvimento da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato está diretamente relacionada com a veracidade do motivo apresentado, de modo que uma vez expostos deverão obrigatoriamente ser condizentes com a realidade dos fatos. “Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”⁹¹.

Di Pietro destaca que juntamente com as teorias do desvio do poder e dos motivos determinantes, a motivação do ato e os princípios da Administração Pública (ambos assuntos serão estudados em tópicos seguintes) contribuíram para a evolução acerca do que se entendia por exame do mérito, de modo que aspectos antes considerados insindicáveis passaram a englobar o conceito de controle de legalidade, sem considerar isto violação da separação dos poderes.

Este conceito, entretanto, continua a ser constantemente utilizado de modo equivocado, propositalmente ou não, tanto para acobertar práticas arbitrárias quanto para afastar o controle de legalidade. Esta confusão, entretanto, não tem mais razão de existir, pois ainda que vedada a análise do mérito, o Judiciário tem o dever de analisar se a conduta não ultrapassou os limites da discricionariedade, sem que isto signifique interferência indevida nas funções administrativas.

Neste sentido, de Di Pietro descreve sobre o atual significado do exame de mérito: “Verifica-se que as decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência dos motivos ou de

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 214.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito...cit.*, p. 412.

motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Poder-se-ia afirmar que estão controlando o mérito, no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. Não se pode confundir controle do mérito com controle dos limites legais da discricionariedade”⁹².

Dessarte, o esforço para um controle efetivo não se confunde com invasão do mérito administrativo e, em consequência, não significa interferência indevida na atuação estatal. Trata-se especificamente de controle de legalidade. Entender diferente significa privilegiar o positivismo jurídico, o que é incompatível em um Estado Democrático de Direito e, ainda, com a teoria da separação dos poderes no sentido atual que lhe é conferido, conforme explanado por Gustavo Binbenojm ao citar Andreas Krell, segundo o qual “o enfoque jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*) parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, na atualidade, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou de alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os *códigos dogmáticos* próprios de atuação da Administração e dos órgãos jurisdicionais”⁹³.

Ademais, se ao Judiciário é vedado dizer o que a administração deve fazer, pois os agentes políticos é que têm legitimidade, já que eleitos pelo povo, igualmente os agentes políticos têm o dever de obedecer a lei, vez que elaborada por representantes do povo.

1.5.3 Motivação

Em que pese a aparência de significado semelhante entre motivo e motivação, em nada se confundem. Conceitualmente, motivação é a exposição das razões que fundamentam a prática do ato. Ocorre quando o agente exterioriza o motivo que originou determinada ação. “A motivação é, pois, a

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 137.

⁹³ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 240 *apud* KRELL, Andreas J., 2004, p. 45.

justificativa do ato”⁹⁴. Em linguagem informal, seria uma espécie de satisfação concedida pela Administração Pública aos administrados.

Florivaldo Dutra de Araújo aponta que há entendimento comum entre doutrinadores sobre um conceito mais amplo de motivação, no sentido de que não alcança somente a análise do motivo, mas “(...) nele incluindo os pressupostos fáticos do ato e todas as circunstâncias e considerações capazes de justificá-lo, de demonstrar sua correspondência ao direito”⁹⁵. Este conceito condiz melhor com a ideia da motivação como técnica de controle da discricionariedade, pois amplia a análise da legalidade do ato.

Inicialmente, a doutrina majoritária não considerava obrigatória a motivação em atos discricionários. Cretella Júnior expõe que a falta de motivação implica em invalidez do ato, porém defende que é dispensável naqueles discricionários: “dispensa-se a *motivação*, nos atos administrativos precedidos de parecer fundamentado de órgão consultivo, como também nos *atos discricionários*, em que a lei faculta à autoridade administrativa a apreciação da oportunidade e conveniência (...)”⁹⁶. José dos Santos Carvalho Filho, embora reconheça a relevância da motivação, diz ser dispensável nos atos discricionários por entender inexistir norma constitucional que preveja tal comportamento.

Por outro lado, Diógenes Gasparini assevera que a discussão acerca da obrigatoriedade de motivação resolveu-se com a edição da Lei n.º 9.784/99 que regula o processo administrativo federal no Brasil, cujo art. 50 prevê que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”⁹⁷.

A partir desta previsão legal o autor conclui que a motivação é obrigatória em todos os atos, bem como que “o fato desse artigo elencar as situações em que os atos administrativos devem ser motivados não elide esse entendimento, pois o rol apresentado engloba atos discricionários e vinculados”⁹⁸. Atualmente, a doutrina majoritária brasileira e portuguesa reconhecem a obrigatoriedade de motivação em todos os atos. O Código do Procedimento Administrativo Português igualmente estabelece os casos

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...*cit., p. 99.

⁹⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit., p. 90.

⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José, *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 231

⁹⁷ Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, consultada em 29/03/2021.

⁹⁸ GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 9.ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 66.

em que há dever de fundamentação do ato, de forma muito semelhante à norma brasileira, com pequenas diferenças na redação⁹⁹.

Verifica-se que não restam razões para limitar a motivação aos casos expressamente previstos em lei formal, isto porque a atividade discricionária antes vinculada somente à lei, após a constitucionalização do direito administrativo¹⁰⁰ tornou-se vinculada também aos princípios jurídicos, os quais impõem o dever de motivar todos os atos. O fundamento da motivação, portanto, reside no regime jurídico-administrativo¹⁰¹. Neste contexto, pontua Gustavo Binbenojm: “A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional”¹⁰².

No mesmo sentido é o posicionamento de Raquel Carvalho, segundo a qual “ (...) o fato de o artigo 50 da Lei Federal nº 9.784/99 enumerar atos administrativos que devem ser necessariamente motivados em nada afeta a obrigatoriedade de motivação, que decorre dos princípios expressos e implícitos da Constituição. Independentemente de um ato estar elencado no rol do artigo 50 da Lei nº 9.784, o mesmo deve ter indicados os fatos e fundamentos jurídicos que serviram de base à sua prática”¹⁰³.

Desta forma, ainda que não previstos taxativamente em lei deverão ser motivados também os atos discricionários por força dos princípios da boa administração, da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da eficiência, da ampla defesa, do devido processo legal, dentre outros (objeto de estudo no capítulo seguinte), dos quais é possível extrair o dever do agente público de explicar e justificar a escolha. “A exigência de motivação tem, aliás, raízes mais profundas, pois liga-se ao devido processo legal e à democracia como direito exercitável pelo cidadão individualmente”¹⁰⁴. No Brasil, inclusive, a motivação consta prevista como princípio a ser observado pela Administração Pública, conforme expresso no art. 2º da lei n.º 9784/99.

⁹⁹ Artigo 152.º Dever de fundamentação

1 - Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente:

- a) Neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções;
- b) Decidam reclamação ou recurso;
- c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;
- d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;
- e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

¹⁰⁰ Expressão utilizada por BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 36.

¹⁰¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle* ...cit., p. 196.

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 38.

¹⁰³ CARVALHO, Raquel, *A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LINDB*, disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/#_ftnref3, consultado em 03/05/2021.

¹⁰⁴ MOREIRA, João Batista Gomes, *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 256.

Para que serve, contudo, a motivação? Diogo Freitas do Amaral¹⁰⁵ aponta quatro razões do dever de fundamentar: (a) permitir a defesa dos particulares; (2) controle da administração; (3) pacificação das relações entre a Administração e os particulares e (4) clarificação e prova dos factos sobre os quais assenta a decisão. Interessa-nos, neste trabalho, aprofundar sobre a importância da motivação como instrumento para o controle dos atos discricionários.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que a motivação é necessária para averiguar a adequação da conduta administrativa para a prossecução do interesse público. “Em suma, a motivação deve ensejar que se confira nos casos em que o agente disponha de alguma discricção (seja sobre o aspecto que for), se a decisão foi adequada, proporcional ao demandado para cumprir a finalidade pública específica que deveria atender ante o espoco legal”¹⁰⁶. Assevera, ainda, que em um Estado de Direito decisões imotivadas são incompatíveis. Por fim, conclui que “se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória”¹⁰⁷.

No mesmo sentido, João Batista Gomes Moreira descreve a motivação como complemento ao exercício seguro da discricionariade administrativa, pois a partir dela é possível realizar o controle do ato: “Para compensar o déficit de segurança, resultante dessa orientação, e reforçar o controle é indispensável que todos os atos administrativos, principalmente aqueles em que predomine a discricionariade, sejam adequadamente motivados”¹⁰⁸.

Se durante o exercício da discricionariade é quando a Administração possui maior liberdade de agir justifica-se ainda mais a necessidade da motivação para verificação da legalidade da conduta. A motivação em atos discricionários é, portanto, meio de concretização do controle judicial, conforme bem explanado por Florivaldo Dutra de Araújo: “Veja-se, então, que, embora haja sempre *controle* dos aspectos discricionários do ato, isso só se dá na medida necessária da verificação de sua restrição aos limites impostos à discricionariade pelo direito positivo. E a motivação é elemento indispensável a essa análise pelo Judiciário. Daí concluímos que, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação faz-se necessária ao seu controle e, pois, à sua validade”¹⁰⁹.

Sobre o assunto, recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo dever de motivação dos atos de dispensa de empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO

¹⁰⁵ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 322.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariade...*cit.,p. 101.

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariade...*cit.,p. 68.

¹⁰⁸ MOREIRA, João Batista Gomes, *Direito administrativo...*cit., p. 256.

¹⁰⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit.,p. 135.

EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. (...) **5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.** (Grifo da autora). (RE 589.998, Rel. Ministro Roberto Barroso, Plenário, julgado em 10/10/2018, DJe 05/12/2018)¹¹⁰.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela obrigatoriedade de motivação de ato que determinou o retorno de servidor público ao cargo de origem justamente para possibilitar o controle quanto aos aspectos de legalidade: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. FIXAÇÃO DE EXERCÍCIO JUNTO AO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. RETORNO À RECEITA FEDERAL DO BRASIL. POSSIBILIDADE. ATO PRECÁRIO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE. ARTS. 2º E 50 DA LEI 9.784/1999. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social que determinou o retorno do impetrante, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Sustenta o impetrante a arbitrariedade e ilegalidade do ato coator, por ausência de razoabilidade, proporcionalidade, motivação e por ser contrário aos interesses públicos. **2. O ato administrativo que determina o retorno do servidor ao seu órgão de origem, mesmo ostentando natureza discricionária, exige a regular motivação, a fim de possibilitar o seu controle de legalidade. Inteligência dos arts. 2º, parágrafo único, inc. I, e 50, I e § 1º, todos da Lei 9.784/1999. Precedentes do STJ. 3. Carecendo de motivação o ato coator, padece de ilegalidade.** 4. Segurança concedida, ressalvado o direito da Administração de proferir nova decisão, devidamente motivada, para determinar o retorno do servidor ao órgão de origem. (MS 19.449/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 04/09/2014)¹¹¹.

¹¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de dezembro de 2018, RE 589998 (ac. disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>, consultado no dia 03/05/2021).

¹¹¹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 04 de setembro de 2014, MS 19449 / DF. (ac. disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, consultado no dia 03/05/2021).

Florivaldo Dutra de Araújo acrescenta que o fundamento da motivação está no princípio da legalidade, tanto para os atos vinculados quanto para os discricionários: “portanto, também nas hipóteses de exercício de faculdades discricionárias, é de inegável utilidade a invocação do princípio da legalidade como fundamento da exigência de motivação. Esta será imprescindível para que o administrador demonstre ter usado bem tais faculdades, legitimando a ação, porque contida dentro dos parâmetros limitadores da discricção¹¹²”.

Conclui-se, com segurança, impossível dispensar a motivação sem sacrificar a verificação da legalidade da atuação discricionária, o que não se confunde com exame do mérito. Não implica, portanto, em exclusão ou redução da discricionariedade, pois “(...) a motivação não precisa demonstrar “por que estou decidindo desta determinada maneira, e não de outra”, mas basta deixar claro que “esta maneira” pela qual se decide é acobertada previamente pela lei, ou seja, que se contém nos limites da regulação legal”¹¹³.

Ocorre que, ainda assim, os agentes públicos continuam a extrapolar o mérito e a invocar a discricionariedade como pretexto para práticas arbitrárias. Não resta outra alternativa, portanto, senão a intensificação do controle jurisdicional do exercício discricionário, o que de acordo com alguns doutrinadores pode ser feito por meio da vinculação dos atos aos princípios jurídicos.

1.6 A função dos princípios jurídicos no exercício da discricionariedade administrativa

Enquanto as regras preveem objetivamente as condutas, os princípios permitem a complementação e desenvolvimento das normas, de modo a solucionar conflitos e balancear valores e interesses de uma sociedade. “O princípio aponta a direção, o sentido em que devem ser entendidas as normas que nele se apóiam, e ressalta não poder o intérprete extrair conclusão que contrarie um princípio, lhe comprometa as exigências ou lhe negue as naturais consequências”¹¹⁴.

No âmbito do Direito Administrativo os princípios desempenham importante função em razão da ausência de codificação das normas, “e também devido à flexibilidade e constante mutabilidade das leis administrativas para atendimento do interesse público, sempre dinâmico”¹¹⁵. De acordo com Di Pietro, os princípios previstos no texto constitucional possuem grau de hierarquia superior ao das leis ordinárias, já aqueles consagrados em leis infraconstitucionais são de aplicação subsidiária¹¹⁶. A Administração

¹¹² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit., p. 96.

¹¹³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit., p. 135.

¹¹⁴ ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 34.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 156.

¹¹⁶ Interpretação extraída a partir da obra de Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, já referenciada supra.

Pública, no entanto, deverá obrigatoriamente observá-los nos três poderes, independente da natureza da norma que o consagrou.

No exercício da discricionariedade os princípios assumem ainda mais relevância em razão das características próprias desta concessão legislativa que se concretiza a partir da aferição das circunstâncias do caso concreto. A lei, neste caso, embora estabeleça que a função administrativa deverá ser desempenhada sempre com vistas à proteção do interesse público, não descreve qual a conduta a ser adotada deixando ao agente público esta tarefa. Assim sendo, os diversos princípios informadores do direito administrativo, em maior ou menor grau, orientam, definem e limitam a valoração acerca do que é conveniente e oportuno para o interesse público. Como bem descreve Di Pietro, “quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito”¹¹⁷.

No mesmo sentido é o entendimento no ordenamento jurídico português explanado por Diogo Freitas do Amaral, segundo o qual “o exercício do poder discricionário é, com efeito, condicionado pela ordem jurídica. Como deve ser ele exercido? Diz-nos a CRP, no n.º 2 do referido artigo 266.º, que esse poder deve ser exercido com igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé: daqui decorrem, pois, o princípio da *igualdade*, o princípio da *proporcionalidade*, o princípio da justiça, o princípio da *imparcialidade*, e o princípio da *boa-fé*”¹¹⁸.

José Eduardo Figueiredo e Fernanda Paula comungam do mesmo entendimento. “Quando pratica atos administrativos discricionários a Administração está limitada pelo fim definido pela norma e sujeita ao direito, nomeadamente a princípios jurídicos gerais reguladores da atividade administrativa (igualdade, imparcialidade, justiça, proporcionalidade, etc.), devendo naturalmente tomar em consideração os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. (...) Quando a administração decide com base em poderes discricionários ela é norteadada por tais princípios jurídicos que lhe fornecem os parâmetros ou critérios da decisão que, deste modo, se mostram como limites da decisão administrativa discricionária (princípio da juridicidade)”¹¹⁹.

Neste contexto, Gustavo Binenbojm destaca a nova concepção que se tem acerca da extensão do controle de mérito a partir dos princípios: “O mérito – núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) *atos*

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 161.

¹¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 32.

¹¹⁹ DIAS, José Eduardo Figueiredo, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções fundamentais de direito administrativo*, 3ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2013, pp. 136-137.

vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* (constitucionais, legais ou regulamentares); c) *atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais ou regulamentares)¹²⁰.

Não tem mais lugar, portanto, a invocação de mérito administrativo a pretexto de afastar o controle de atos arbitrários, visto que além da teoria do desvio do poder e da teoria dos motivos determinantes, os princípios jurídicos possibilitaram a extensão do controle, de modo que impõem ao julgador verificar e corrigir o ato que extrapolou os limites da discricionariedade, pois “se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios jurídicos”¹²¹.

Por fim, a intensificação do controle não implica invasão do mérito. Conforme pontuado por Florivaldo Dutra de Araújo, “trata-se, então, de assumir, com todas as forças, a defesa do direito administrativo mais de Estado regulador e prestacional redistributivo de oportunidades que “de governo” e vocacionado ao efêmero particularista. Força, nesse desiderato, aprofundar consideravelmente a sindicabilidade, com os olhos fitos nos princípios constitucionais, tomados como diretrizes efetivamente superiores”¹²².

Em que pese a existência de diversos princípios gerais que regem o direito administrativo, este trabalho restringir-se-á aos mais relevantes à discricionariedade administrativa, de modo que neste capítulo serão estudados o princípio da prossecução do interesse público e o da boa administração. Já no capítulo seguinte a análise será do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle das sanções disciplinares.

1.6.1 Princípios do direito português

1.6.1.1 Princípio da prossecução do interesse público

Consagrado como princípio fundamental da Administração Pública portuguesa o dever de prossecução do interesse público está disposto no art. 266.º do texto constitucional: “1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”¹²³.

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., pp. 221-222.

¹²¹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 224.

¹²² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit., p. 19.

¹²³ Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202104071909/73938824/diploma/indice>, consultado em 07/04/2021.

De acordo com tal mandamento tem-se que a função administrativa deve ser exercida sempre com a finalidade de atender o interesse público. Diogo Freitas do Amaral ao descrever os corolários deste princípio destaca que “definido o interesse público pela lei, a sua prossecução pela Administração é obrigatória, visto ser essa mesma atividade que justifica a autonomização da administração no quadro das funções do Estado e a razão de ser da existência de uma Administração em sentido orgânico”¹²⁴.

O doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade ao definir as características da Administração Pública apresenta a noção acerca de interesse público: “Por um lado, a administração pública implica a existência necessária de *finis públicos*, isto é, visa directamente a *satisfação daquelas necessidades colectivas* que sejam qualificadas como *interesses públicos* por referência ao entendimento, *em cada época*, do que é indispensável ou adequado à realização das *finalidades últimas da comunidade política*”¹²⁵.

Destarte, a noção de interesse público está directamente relacionada com a de bem coletivo, portanto, os interesses do conjunto social. Acrescenta-se que os interesses públicos são definidos pela lei e que seu conteúdo é variável em razão da necessidade de acompanhar as evoluções da vida em sociedade. Conclui-se, assim, que o princípio da prossecução do interesse público está directamente relacionado com o objetivo da Administração Pública que é assegurar o bem coletivo.

O significado de interesse público, portanto, corresponde ao fundamento da discricionariedade, à medida que a liberdade de escolha concedida à Administração justifica-se para, após verificar as circunstâncias do caso concreto, decidir qual a opção que melhor atenda àquele. “Daí a ideia de que o interesse público, ao invés de implicar, necessariamente, discricionariedade administrativa, constitui um dos princípios limitadores dessa discricionariedade”¹²⁶.

1.6.1.2 Princípio da boa administração

A definição de boa administração constou primeiramente no Tratado sobre Funcionamento da União Europeia¹²⁷. Posteriormente à evolução no âmbito da jurisprudência, a boa administração passou a constar expressamente na Carta dos Direitos Fundamentais, o qual desde o Tratado de Lisboa possui o status de direito fundamental.

¹²⁴ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 34.

¹²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo...*cit., p. 13.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 261.

¹²⁷ Art. 298.º, n.º 1. No desempenho das suas atribuições, as instituições, órgãos e organismos da União apoiam-se numa administração europeia aberta, eficaz e independente.

Tal direito, ainda, se desdobra em algumas dimensões. Segundo Joana Covelo Abreu “A inovação deste artigo 41 não se resume a ter plasmado este princípio como direito fundamental, mas sobretudo ao fato de determinar que as várias dimensões da boa administração passem a figurar como direitos subjetivos públicos”¹²⁸. Assim, destaca-se a dimensão descrita no artigo 41.º, n.º 2, alínea c), da Carta, a qual estabelece “a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões”¹²⁹.

Já no contexto do direito administrativo português o princípio da boa administração, com significado mais amplo, está previsto no art. 5.º, n.º 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo: “1- A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada”¹³⁰.

A boa administração é, portanto, um conceito geral que compreende as diretrizes da função administrativa, isto é, aponta como deverá ser exercida e impõe o dever de observância aos diversos outros princípios jurídicos.

Diogo Freitas do Amaral, embora entenda que a boa administração seja um dever jurídico, defende que esta não é diretamente passível de proteção jurisdicional, pois “os tribunais só podem pronunciar-se sobre a legalidade das decisões administrativas, e não sobre o mérito dessas decisões”¹³¹.

No que diz respeito à discricionariedade administrativa o princípio da boa administração, reconhecido como dever jurídico¹³², destaca-se como parâmetro para o correto exercício daquela, pois orienta o agente público como deverá agir para atingir a finalidade legal, de modo que coíbe excessos e omissões. Em suma, a boa administração significa aquela que é exercida visando a prossecução do interesse público.

1.6.2 Princípios do direito brasileiro

1.6.2.1 Supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público possui no direito brasileiro a mesma importância que o princípio da prossecução do interesse público para o direito português. Embora não esteja expressamente consagrado no texto constitucional, “*o princípio da supremacia do interesse público está*

¹²⁸ Trecho da aula da professora Joana Covelo de Abreu, na disciplina de Direito Administrativo Global, no programa de Mestrado em Direito Administrativo da Universidade do Minho, Braga, em novembro de 2019.

¹²⁹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>, consultada em 14/04/2021.

¹³⁰ Código do Procedimento Administrativo. DL. n.º 4/2015, de 07 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis, consultado em 13/04/2021.

¹³¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., pp. 36 e 37.

¹³² Entendimento de Diogo Freitas do Amaral, na obra *Curso de Direito...*cit., p. 36.

*na base de praticamente todas as funções do Estado e de todos os ramos do direito público. Está presente nos quatro tipos de funções administrativas: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção*¹³³.

De acordo com referido princípio, a atuação estatal deve visar o atendimento do interesse público. No contexto do ordenamento jurídico brasileiro o interesse público é reconhecido como princípio no art. 2.º da Lei n. 9.784/99¹³⁴. O que se entende, todavia, por interesse público? Embora exista na doutrina grande discussão acerca da indeterminação de seu conceito, este trabalho limita-se a compreender a noção geral que se tem do termo.

De início, divide-se o interesse público entre primário e secundário, entendimento inserido no direito brasileiro a partir de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “(...) o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”¹³⁵. Estes são os interesses primários. Já os secundários são os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, os quais não se confundem com o interesse público.

Florivaldo Dutra de Araújo destaca que a finalidade do interesse público é a coletividade: “Ocorre que só faz sentido pensar em Estado, em Administração Pública, se se tiver em vista a coletividade. Aquele só existe e só pode mesmo existir em função desta, perseguindo interesses que não são seus, senão da coletividade”¹³⁶.

Igualmente, Odete Medauar atrela a ideia de interesse público ao de bem da coletividade: “Se é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”¹³⁷.

Dessa maneira, a fim de viabilizar sua concretização, a administração pública dispõe de determinadas prerrogativas, as quais lhe confere posição privilegiada, notadamente, impor aos terceiros obrigações por meio de atos unilaterais, que são imperativos e exigíveis, além da possibilidade de revogar os próprios atos quando inconvenientes ou inoportunos, bem como anular aqueles inválidos, dentre outras.

Tal posição, todavia, não lhe autoriza dispor do poder que lhe é conferido para agir em seu proveito, na medida em que a administração exerce função. A atividade administrativa é o desempenho de função e, para o seu exercício, ao agente público são conferidos poderes que possibilitam a satisfação

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 30ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017, p. 84.

¹³⁴ Art. 2.º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito...*cit., p. 62.

¹³⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle...*cit., p. 35.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo moderno*, 21.ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 138.

do interesse da coletividade. Destarte, esses poderes somente serão legítimos quando dirigidos a atender o fim a que se destinam.

Verifica-se, assim, que aqueles que desempenham funções possuem dever-poder e não simplesmente poder, já que seu uso está adstrito ao cumprimento de determinadas finalidades e não poderão ser utilizadas conforme suas vontades, ao contrário, estão associadas ao atendimento do interesse público.

De todo o exposto, depreende-se a prevalência do interesse público em detrimento do particular, não sendo facultado ao administrador utilizar-se dos poderes que lhe são conferidos para satisfação de interesses próprios ou da entidade governamental que representa. As prerrogativas que lhe são atribuídas somente serão consideradas legítimas quando destinadas ao atendimento daquilo a que se destina, o interesse público, oposto ao interesse das estatais e dos interesses privados do agente público.

1.6.2.2 Princípio da boa administração

Diferentemente do direito português, no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da boa administração não tem previsão legal. É considerado, entretanto, como um direito fundamental que impõe ao administrador público o dever de atender sempre o interesse público.

Neste sentido, a boa administração destaca-se no exercício da discricionariedade administrativa, isto porque, “é que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar; nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”¹³⁸.

Deste modo, a boa administração está diretamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, pois impõe ao gestor público o dever de adotar sempre a melhor conduta para o interesse público, sobretudo quando diante do exercício da discricionariedade administrativa.

Será objeto de análise no capítulo seguinte o princípio da proporcionalidade como limite ao controle jurisdicional da atividade discricionária no âmbito das sanções disciplinares a partir de um estudo comparado entre Portugal e Brasil.

¹³⁸ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 20.

CAPÍTULO II – CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NAS SANÇÕES DISCIPLINARES

2.1 O Poder Disciplinar no âmbito da administração pública: aspectos comuns entre Portugal e Brasil

2.1.1 Conceito

Diversamente do poder penal, que é exercido pelo Judiciário, o poder disciplinar é atribuído à Administração Pública, por meio do qual impõe-se sanções àqueles que estão submetidos à disciplina administrativa. Segundo Hely Lopes Meirelles “*poder disciplinar* é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”¹³⁹.

Referido poder é chamado por alguns doutrinadores de sancionatório, como no caso de Diogo Freitas do Amaral: “podemos definir o poder sancionatório da Administração como *poder público de autoridade, conferido por lei a uma pessoa colectiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um acto administrativo*”¹⁴⁰.

No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar relaciona o poder disciplinar com a manutenção da disciplina no âmbito da atividade administrativa. Destaca que referido poder decorre de uma imposição constitucional “de manter a disciplina de seu corpo diretivo e em toda a sua atividade funcional, utilizando sua força coercitiva dentro de limites juridicamente estabelecidos”¹⁴¹.

Pode-se dizer, portanto, que se trata de um poder administrativo que, por meio da aplicação de sanções em razão da prática de ilícitos administrativos, visa o restabelecimento da disciplina com o fim de “(...) preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura”¹⁴².

Para Diogo Freitas do Amaral, “(...) a ideia essencial é a de que a Administração tem de manter uma certa disciplina, um certo funcionamento regrado, sem comportamentos ilícitos, dentro do próprio espaço físico em que estão instalados os serviços públicos; e esse poder exerce-se fundamentalmente ou sobre os trabalhadores públicos da própria Administração, ou sobre os utentes dos serviços que a Administração mantém a funcionar, abertos ao público”¹⁴³.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, e FILHO, José Emmanuel Burle, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2016, p. 145.

¹⁴⁰ AMARAL, Freitas do, *O Poder Sancionatório da administração pública*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 216.

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 32.

¹⁴² MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo moderno...cit.*, p. 112.

¹⁴³ AMARAL, Freitas do, *O Poder Sancionatório da administração pública...cit.*, p. 220.

Como visto, o poder disciplinar alcança tanto os trabalhadores públicos como demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Este trabalho, entretanto, limita-se ao estudo do poder disciplinar aplicável ao primeiro caso.

2.1.2 Fundamento e finalidade

No que diz respeito aos trabalhadores públicos o poder disciplinar está diretamente relacionado com o poder hierárquico. Objetivamente, o poder disciplinar tem por finalidade impor a determinado grupo de pessoas, nomeadamente os trabalhadores públicos, o cumprimento de deveres funcionais, isto é, visa a disciplina e obediência daqueles, sob pena de sofrerem sanções.

De acordo com Ana Neves “o poder disciplinar do empregador público funda-se na relação jurídica de emprego público”¹⁴⁴, de modo que a partir do início deste vínculo o trabalhador deverá cumprir com os diversos deveres previstos na respectiva lei.

Já para Carlos Alberto Fraga o fundamento do poder disciplinar está na necessidade de garantir a organização e a prestação do serviço: “portanto o único elemento comum susceptível de fundamentar o poder sancionador atribuído a uma entidade é a necessidade de uma estrutura organizada que lhe permita realizar os seus fins para o que dispõe do poder de sancionar aqueles seus elementos que perturbem o bom funcionamento da organização prejudicando os seus objectivos”¹⁴⁵.

No mesmo sentido, Marcelo Caetano destaca que “ (...) o fundamento da disciplina a que estão sujeitos os agentes administrativos está na necessidade de assegurar a sua integração nos serviços e a prestação da colaboração que lhes compete nos termos mais convenientes à realização dos objetivos desses serviços, mediante a observância de certos deveres”¹⁴⁶.

O fundamento do poder disciplinar é, portanto, impedir que o bom funcionamento do serviço público seja prejudicado por práticas ilegais, de modo que aqueles que violarem as regras impostas com vistas a garantir a disciplina administrativa sofrerão sanção. A punição, portanto, não é o objetivo do poder disciplinar, mas consequência, conforme explanado por Garcia de Enterría: “por sanção entendemos aqui um mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal”¹⁴⁷.

Raquel Carvalho descreve que “a sanção disciplinar é um ato administrativo de natureza

¹⁴⁴ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Tese de Doutoramento, Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, vol. II, p. 38.

¹⁴⁵ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *O poder disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2.ª ed., Petrony Editora, 2013, p. 33.

¹⁴⁶ CAETANO, Marcelo, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 388.

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, Vol. II, p. 187.

sancionatória. Tem um objetivo repressivo (prevenção especial), mas sobretudo é um ato administrativo destinado a repor o equilíbrio da relação jurídica de emprego, perturbado pela violação dos deveres funcionais gerais ou especiais”¹⁴⁸. Assim sendo, dele decorre a possibilidade de aplicação de sanções quando verificada a violação de deveres funcionais. Qual seria, entretanto, a finalidade das sanções? Prevenção, reparação ou apenas punição?

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a sanção administrativa tem finalidade preventiva: “Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade”¹⁴⁹. O objetivo principal da sanção seria, portanto, obrigar o cumprimento das normas legais, as quais quando violadas resultam em punição.

Flávio Unes Pereira destaca que a sanção tem como primeira finalidade a prevenção, e também a recuperação da boa imagem da Administração: “ (...) a prevenção é a finalidade essencial das sanções disciplinares, o que, como visto, não desconsidera o eventual fim reparador da imagem pública da Administração”¹⁵⁰.

Marcelo Caetano refere que a sanção disciplinar, além da prevenção, tem por objetivo a correção da conduta ilícita. Para o Autor, entretanto, tudo isto está diretamente relacionado com a finalidade de garantir o bom funcionamento do serviço público: “Desta forma, através da ação imediata sobre os agentes, a aplicação das penas disciplinares tem por fim defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-o fiel aos seus fins”¹⁵¹.

Quais seriam, entretanto, estes fins? Parece ser garantir que a função administrativa seja desempenhada de maneira a atender o princípio fundamental da prossecução do interesse público e, conseqüentemente, a concretização do princípio da boa administração, o que se desdobra na observância de diversos deveres funcionais. A imposição de sanções visa, assim, o restabelecimento da boa prestação do serviço prejudicado diante da prática de uma conduta ilegal, conquanto tipificada como infração disciplinar.

2.2 Discricionariedade no exercício do poder disciplinar

Uma das principais questões que se coloca neste trabalho é verificar se existe discricionariedade

¹⁴⁸ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 179.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito...*cit., p. 873.

¹⁵⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 46.

¹⁵¹ CAETANO, Marcelo, *Princípios fundamentais...*cit., p. 402.

no âmbito do exercício do poder disciplinar. Quanto à decisão de instauração ou não do procedimento, seria uma faculdade ou um dever? Hely Lopes Meirelles entende ser uma faculdade punitiva da administração, de modo que compete ao superior hierárquico decidir sobre a instauração ou não do procedimento disciplinar. Entende, entretanto, a aplicação da pena como um poder-dever.

Já Odete Medauar expõe que se trata de um dever em razão da previsão constante no art. 143 da Lei n.º 8.112/90¹⁵², que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais do Brasil. Igualmente, para Di Pietro o poder disciplinar é um dever, pois a administração não tem opção para decidir entre punir ou não.

Segundo Marcelo Caetano a discricionariedade do poder disciplinar reside no que diz respeito às infrações e escolha das sanções: “ (...) na lei disciplinar não se estabelece a correspondência rígida de certas sanções para cada tipo de infração, deixando-se a quem haja de decidir amplo poder discricionário para punir as infrações verificadas”¹⁵³.

A partir destas considerações far-se-á adiante o estudo comparado entre os diplomas legais que regulamentam o regime jurídico dos trabalhadores públicos em Portugal e no Brasil, especificamente no que diz respeito às infrações e as respectivas sanções disciplinares a fim de compreender se e, em qual medida, existe discricionariedade, e a partir de então verificar o alcance do controle jurisdicional.

2.2.1 Lei n. 35/2014 - Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Portugal

2.2.1.1 Infrações disciplinares

No que diz respeito às infrações importa verificar como ocorre a tipificação no âmbito do regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas em Portugal, regulamentado pela Lei n.º 35/2014. No art. 183.º do anexo do referido diploma consta que “considera-se infração disciplinar o comportamento do trabalhador, por ação ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce”¹⁵⁴.

Nota-se que no âmbito do poder disciplinar não há tipificação acerca dos comportamentos infracionais. A norma descreve tão somente que por infrações entende-se aquelas que violem os deveres funcionais, os quais encontram-se descritos no art. 73.º do mesmo diploma¹⁵⁵. O conceito de infração

¹⁵² Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

¹⁵³ CAETANO, Marcelo, *Princípios fundamentais...*cit., p. 403.

¹⁵⁴ Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis, consultada em 10/06/2021.

¹⁵⁵ Art. 73.º Deveres do trabalhador

1 - O trabalhador está sujeito aos deveres previstos na presente lei, noutros diplomas legais e regulamentos e no instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que lhe seja aplicável.

está, portanto, atrelado aos deveres a que estão obrigados os trabalhadores públicos.

Ana Neves destaca, entretanto, que tal conceito não se limita a verificar se ocorreu a violação de deveres, pois “o conceito de infracção disciplinar não prescinde do “facto”, da descrição da conduta que corporize a violação deste ou daquele dever”¹⁵⁶. Significa isto que a imputação de infracção a alguém impõe antes a subsunção dos factos à norma de modo a demonstrar como ocorreu a violação de determinado dever. Esta exigência parece possuir ainda mais relevância no direito disciplinar em razão da generalidade do conceito de infracção, o que exige do empregador público a atividade de enquadramento do comportamento ilícito.

Raquel Carvalho reforça o entendimento de que no poder disciplinar não ocorre a tipificação das condutas: “as infracções disciplinares não são típicas. O legislador, e bem, apenas enuncia tipologia de factos (e não factos típicos) que podem guiar o superior hierárquico na densificação dos conceitos legais. Optou, portanto, e em consequência o legislador por conceder poderes discricionários ao órgão competente para este efeito”¹⁵⁷.

Ainda de acordo com Raquel Carvalho, “a formulação mais genérica da infracção disciplinar revela-se um instrumento dúctil que acompanha bem a tutela dos interesses públicos associados à existência do direito disciplinar. Por isso, na previsão das infracções disciplinares, o legislador utiliza amiúde o instrumento da discricionariedade”¹⁵⁸. Para referida Autora, a discricionariedade nas infracções disciplinares revela-se “ (...) na consagração exemplificativa dos comportamentos que podem conduzir à aplicação das sanções e, de seguida, na descrição discricionária de alguns desses comportamentos”¹⁵⁹.

Por outro lado, para Carlos Alberto Fraga a atipicidade nas infracções disciplinares constitui violação ao princípio da segurança jurídica: “é evidente que não se sabendo a que tipo de comportamento pode ser aplicada uma pena tal não garante minimamente a segurança jurídica – artigo 2.º CRP – e o espaço de liberdade – artigo 1.º CRP – ”¹⁶⁰.

O motivo para atipicidade das infracções parece residir no próprio fundamento de existência da discricionariedade: “trata-se de matéria em que os titulares dos órgãos administrativos é que estão melhor posicionados para avaliar do comportamento do trabalhador perante os deveres funcionais gerais e em particular, perante os deveres funcionais especiais. Cria então o legislador um domínio de reserva

2 - São deveres gerais dos trabalhadores: a) O dever de prossecução do interesse público; b) O dever de isenção; c) O dever de imparcialidade; d) O dever de informação; e) O dever de zelo; f) O dever de obediência; g) O dever de lealdade; h) O dever de correção; i) O dever de assiduidade; j) O dever de pontualidade.

¹⁵⁶ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública...*, p. 175.

¹⁵⁷ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...*, p. 195.

¹⁵⁸ CARVALHO, Raquel, *Poder disciplinar, discricionariedade e controlo judicial*, Caderno de Justiça Administrativa n.º 130, p. 59.

¹⁵⁹ CARVALHO, Raquel, *Poder disciplinar, discricionariedade e controlo judicial...*, p. 60.

¹⁶⁰ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *O poder disciplinar...*, p. 431.

da Administração”¹⁶¹.

Assim, a impossibilidade de o legislador prever e traçar todas as formas de condutas infracionais transferiu ao empregador público a tarefa de analisar o comportamento ilícito juntamente com todas as circunstâncias relacionadas ao caso, de modo a realizar o correto e justo enquadramento da conduta e, conseqüentemente, impor a respectiva sanção.

2.2.1.2 Sanções disciplinares

Diferentemente das infrações, nas sanções disciplinares vigora o princípio da tipicidade. Ocorre que, ainda que tipificadas, em todas as sanções previstas na LTFP existe determinado grau de abstração, em maior ou menor medida. Neste contexto, o art. 180.º do anexo da lei n.º 35/2014 descreve, em escala de gravidade, as sanções aplicáveis aos trabalhadores públicos: repreensão escrita; multa; suspensão e despedimento disciplinar ou demissão¹⁶², as quais serão analisadas adiante.

No art. 184.º consta que “a sanção disciplinar de repreensão escrita é aplicável a infrações leves de serviço”¹⁶³. Verifica-se que além de não exemplificar os comportamentos puníveis com tal penalidade, a norma utiliza-se do conceito indeterminado “infrações leves” para definir os casos de aplicação.

Já no que se refere à sanção de multa, ao associar a imposição da pena a comportamentos negligentes e omissos o legislador também utiliza-se de conceitos indeterminados: “art. 185.º A sanção disciplinar de multa é aplicável a casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais, nomeadamente aos trabalhadores que (...)”, seguido de um rol exemplificativo de condutas puníveis com a referida sanção.

A utilização de conceitos indeterminados e a descrição exemplificativa dos comportamentos igualmente ocorrem quanto à pena de suspensão: “a sanção disciplinar de suspensão é aplicável aos trabalhadores que atuem com grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres funcionais e àqueles cujos comportamentos atentem gravemente contra a dignidade e o prestígio da função, nomeadamente quando (...)”.

Por último, quanto ao despedimento disciplinar ou demissão o art. 187.º estabelece que “(...) são aplicáveis em caso de infração que inviabilize a manutenção do vínculo de emprego público nos termos previstos na presente lei”. Neste caso, não há um rol com a descrição dos comportamentos a

¹⁶¹ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...cit.*, p. 195.

¹⁶² Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis, consultada em 10/06/2021.

¹⁶³ Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis, consultada em 10/06/2021.

que se aplicam a referida sanção.

Destaca-se que as sanções de multa e suspensão possuem maior grau de abstração, tendo em vista que a norma estabelece apenas os limites mínimo e máximo para aplicação (art. 181.º, n.º 2 e 4 da LTFP). Compete ao empregador público, portanto, definir a medida exata da sanção. Neste sentido, tem-se o Acórdão do STA de 03/11/2004, P. n. 0329/04, acerca do carácter discricionário da sanção de suspensão: “É verdade, em primeiro lugar, que no domínio da fixação concreta de uma sanção disciplinar, variável (com um limite máximo e um limite mínimo) como é o caso das penas de suspensão, a Administração age no exercício do poder discricionário. I - A graduação da sanção disciplinar de suspensão, dentro dos limites legalmente estabelecidos, é uma actividade incluída na discricionariedade imprópria (justiça administrativa), podendo sofrer os vícios típicos do exercício do poder discricionário, designadamente o desrespeito pelo princípio da proporcionalidade, na sua vertente da adequação. II - Nas hipóteses em que a medida tomada se situa dentro de um círculo de medidas possíveis, deve considerar-se proporcionada e adequada aquela de que a Administração se serviu”¹⁶⁴.

Do teor dos artigos acima destacados nota-se que na LTFP não há correspondência exata entre as infrações e as respectivas sanções disciplinares, isto porque, conforme já referia Marcelo Caetano, “(...) as faltas disciplinares não podem ser enumeradas e definidas, donde a impossibilidade para o legislador de estabelecer a relação de causalidade entre cada infracção e a respectiva pena. Há, pois, na aplicação desta, uma larga zona de discricionariedade superior”¹⁶⁵.

Ana Neves destaca, entretanto, que “as infracções disciplinares, apesar de não definidas, em regra, pelo legislador com precisão, não se confundem. A qualificação jurídica da conduta infractora, implicando embora, frequentemente, a interpretação e aplicação de conceitos vagos ou com elevado grau de indeterminado, é determinada e, portanto, limitada, pelos factos e pela identidade jurídica de cada infracção. Apurada a infracção praticada, obtém-se a sanção abstractamente aplicável, a que lhe corresponde na respectiva definição normativa”¹⁶⁶.

Assim, conclui-se que a atipicidade das infracções disciplinares provoca determinada abstração no âmbito das sanções disciplinares. Esta abstração, entretanto, significa discricionariedade na escolha da sanção? Tal questionamento será objeto de estudo no tópico seguinte.

¹⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de novembro de 2004, processo n.º 0714/18.9, (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bcda8d3fd3038a4380256f56004bee5f?OpenDocument&ExpandSection=1>), consulta do no dia 17/08/2021.

¹⁶⁵ CAETANO, Marcelo, *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932, p. 97.

¹⁶⁶ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública...cit.*, p. 515.

2.2.1.3 Escolha e medida das sanções disciplinares

No que diz respeito à medida das sanções o art. 189.º do anexo da LTFP estabelece as diretrizes a serem observadas: “na aplicação das sanções disciplinares atende-se aos critérios gerais enunciados nos artigos 184.º a 188.º, à natureza, à missão e às atribuições do órgão ou serviço, ao cargo ou categoria do trabalhador, às particulares responsabilidades inerentes à modalidade do seu vínculo de emprego público, ao grau de culpa, à sua personalidade e a todas as circunstâncias em que a infração tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele”¹⁶⁷.

Verifica-se que o respectivo diploma legal prevê os critérios a serem observados, porém sem especificar o valor de cada um, o que demonstra que o juízo valorativo acerca da medida das sanções será realizado pelo agente competente para a imposição daquelas. Neste contexto, Marcelo Caetano refere que sobre a gravidade da pena a ser aplicada “ (...) a apreciação desta está entregue ao critério dos titulares do poder disciplinar, que a avaliarão de acordo com o conhecimento da personalidade do infrator e das circunstâncias em que agia”¹⁶⁸.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Fraga pontua que, “não obstante o EDTEFP estabelecer critérios para a escolha e medida da pena a aplicar, e se faça apelo como vimos aos princípios da proporcionalidade e da justiça, a pena concreta resulta do exercício de um poder discricionário que tem sido em larga medida isento de controlo jurisdicional”¹⁶⁹.

Deste modo, a LTFP estabelece circunstâncias a serem consideradas no âmbito do processo disciplinar. Neste ponto, importa verificar se são de aplicação obrigatória ou discricionária. O art. 190.º apresenta as circunstâncias dirimentes (n.º 1) e atenuantes especiais (n.º 2)¹⁷⁰ da responsabilidade disciplinar. De acordo com Raquel Carvalho, quanto às atenuantes especiais, “o elenco de circunstâncias parece ser taxativo. Todavia, entendemos que se a legislação subsidiária, em particular o direito penal e processual penal, contiver outras circunstâncias para este efeito, será as de ponderar em sede de decisão disciplinar”¹⁷¹.

¹⁶⁷ Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articula.do.php?nid=2171&tabela=leis, consultada em 10/06/2021.

¹⁶⁸ CAETANO, Marcelo, *Princípios fundamentais...*cit., p. 402.

¹⁶⁹ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *O poder disciplinar...*cit., p. 442. Embora o autor faça referência ao Estatuto Disciplinar já revogado, nota-se que o entendimento é aplicável também ao diploma vigente.

¹⁷⁰ Artigo 190.º Circunstâncias dirimentes e atenuantes da responsabilidade disciplinar: 1 - São circunstâncias dirimentes da responsabilidade disciplinar: a) A coação física; b) A privação accidental e involuntária do exercício das faculdades intelectuais no momento da prática da infração; c) A legítima defesa, própria ou alheia; d) A não exigibilidade de conduta diversa; e) O exercício de um direito ou o cumprimento de um dever. 2 - São circunstâncias atenuantes especiais da infração disciplinar: a) A prestação de mais de 10 anos de serviço com exemplar comportamento e zelo; b) A confissão espontânea da infração; c) A prestação de serviços relevantes ao povo português e a atuação com mérito na defesa da liberdade e da democracia; d) A provocação; e) O acatamento bem intencionado de ordem ou instrução de superior hierárquico, nos casos em que não fosse devida obediência.

¹⁷¹ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...*cit., p. 219.

Em seguida, consta no n.º 3 do mesmo artigo que “quando existam circunstâncias atenuantes que diminuam substancialmente a culpa do trabalhador, a sanção disciplinar pode ser atenuada, aplicando-se sanção disciplinar inferior”¹⁷². Nota-se que além das circunstâncias descritas como especiais, a lei permite considerar outras que eventualmente existam no caso concreto para atenuação da sanção. Trata-se, portanto, de uma possibilidade, logo, está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa. É, pois, como descrito por Raquel Carvalho, “o legislador consagrou poderes discricionários nesta matéria: circunstâncias que conduzam a uma diminuição substancial da culpa, podendo (ou não) ser tidas em consideração”¹⁷³. Quanto às circunstâncias agravantes, estas encontram-se descritas no art. 191.º da LTFP e parece tratar-se de um rol taxativo.

A jurisprudência portuguesa tem, reiteradamente, reforçado a discricionariedade na escolha e medida das sanções, conforme acórdãos abaixo: Acórdão do STA de 31/10/2019, P. n. 0714/18.9: (...) VIII - A escolha e medida da pena disciplinar é domínio fortemente marcado pelo poder discricionário atribuído à entidade sancionadora; IX - A esta compete, na verdade, proceder aos juízos de apreciação e avaliação necessários à escolha e determinação da pena disciplinar que - dentro do quadro legal permitido - deverá ter lugar no caso concreto; X - Aí, onde é exercido esse efectivo poder de avaliação, os tribunais não devem entrar, a não ser - e isso se lhes exige - através do controlo externo sobre o correcto exercício desse poder discricionário - discricionariedade imprópria - que lhe é atribuído; XI - Caberá ao tribunal, assim, no âmbito desse controlo externo, apreciar casos de «erro grosseiro, desvio de poder, erro de facto, falta de fundamentação», e, de modo geral, de «incompatibilidade do juízo condenatório com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e princípios fundamentais cujo cumprimento se imponha à Administração»¹⁷⁴.

Acórdão do STA de 18/02/2021, P. n. 0162/17.8: (...) II - No âmbito da escolha e determinação da medida da pena disciplinar, não cabe ao poder judicial substituir-se à competente entidade administrativa, caber-lhe-á apenas o controlo externo de legalidade, apreciando casos de erro grosseiro, desvio de poder, erro de facto, falta de fundamentação, e, de um modo geral, de compatibilidade do respectivo juízo condenatório com os direitos, liberdades e garantias e com princípios fundamentais cujo cumprimento se imponha à Administração (...) ¹⁷⁵.

¹⁷² Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis, consultada em 10/06/2021.

¹⁷³ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...*cit., p. 220.

¹⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de outubro de 2019, processo n.º 0714/18.9 (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7d483d201ff1aabb802584aa00405b26?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar,discrecionalidade#_Section1), consultado no dia 22/06/2021.

¹⁷⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18 de fevereiro de 2021, processo n.º 0162/17.8 (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0f28a5efe91415a48025868500626787?OpenDocument&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar>), consultado no dia 22/06/2021).

Outro aspecto que merece ser destacado é quanto à suspensão das penas prevista no art. 192.º da LTFP, segundo o qual “1 - As sanções disciplinares previstas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 180.º podem ser suspensas quando (...)”. Nota-se que a suspensão é uma possibilidade, ou seja, a aplicação é possível quando verificadas circunstâncias que permitem aplicá-la. Trata-se de mais um ponto dotado de discricionariedade, consoante entendimento explicitado por Raquel Carvalho: “a possibilidade de suspensão da execução da sanção está formalizada de modo discricionário, permitindo ao órgão competente avaliar da sua necessidade, estabelecendo depois a lei limites de duração da suspensão”¹⁷⁶. Apesar de a suspensão ser uma faculdade, a jurisprudência portuguesa admite o controle quando verificada violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, os quais serão analisados no decorrer deste trabalho. Neste contexto, tem-se os seguintes acórdãos:

Acórdão do STA de 12/03/2015, P. 0245/14, I - Muito embora seja certo caber dentro dos poderes judiciais analisar se os factos que justificaram a punição tiveram lugar e se eles constituem a infracção disciplinar que a determinou já lhe escapa, salvo em casos de erro manifesto e grosseiro, a competência para apreciar se a medida concreta da pena foi bem doseada por esta ser uma tarefa da Administração inserida dentro dos seus poderes discricionários. II - Por ser assim a sindicância judicial incidente sobre o exercício dos poderes disciplinares da Administração não abarca a possibilidade do Tribunal se lhe substituir e ser ele próprio a fixar a pena. III - O uso do poder de suspensão de execução da pena insere-se no exercício de poderes discricionário, contenciosamente insindicável para além do erro grosseiro, desvio de poderes ou violação dos princípios constitucionais ligados ao exercício de actividade administrativa, designadamente, da proporcionalidade e justiça¹⁷⁷.

Acórdão do STA de 03/11/2016, P. n.º 0548/16: (...) VIII – A suspensão da pena constitui uma opção atribuída à Administração, a ser ou não utilizada ponderados o grau de culpabilidade e o comportamento do arguido, bem como as circunstâncias da infracção, que ainda cabe dentro do poder de discricionariedade imprópria¹⁷⁸.

Verifica-se que embora tipificadas as sanções disciplinares possuem determinado grau de abstracção, os quais variam de acordo com a gravidade da pena. Esta abstracção ocorre em razão da necessidade de considerar todas as circunstâncias relevantes para o caso concreto, tais como atenuantes e agravantes, dentre outras. Neste sentido, Ana Neves ensina que “a tipologia das sanções e a sanção a

¹⁷⁶ CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...*cit., p. 227.

¹⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de março de 2015, processo n.º 0245/14. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bdb080b7639c24e180257e0c0059150b?OpenDocument&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar,discrecionalidade>), consultado no dia 22/06/2021.

¹⁷⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03 de novembro de 2016, processo n.º 0548/16. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/eb37114101a8be3f8025808b003d5423?OpenDocument&Highlight=0,lftp>), consultado no dia 22/06/2021.

aplicar em concreto devem afeiçoar-se à natureza e gravidade das infrações, segundo postulado pelo princípio da proporcionalidade, da justiça e pelo princípio da eficácia ou utilidade punitiva. Regem em primeira linha, a “previsão legal” das sanções e, em segunda lugar, a sua aplicação (artigos 18.º, 165.º, n.º 1, alínea d), e 266.º da CRP), vinculando o legislador, a Administração e os tribunais”¹⁷⁹.

O dispositivo legal descreve as premissas básicas para a imposição da sanção, cuja complementação ocorrerá na prática pelo empregador público competente, pois é quem terá o necessário conhecimento dos factos, e, portanto, poderá proceder à correta subsunção.

Os entendimentos doutrinário e jurisprudencial demonstram que tanto a escolha quanto a medida das sanções são consideradas tarefas inseridas no âmbito da discricionariedade administrativa. Esta concessão legal, entretanto, não se confunde, nem autoriza a aplicação desproporcional das sanções, daí por que a necessidade de observância aos critérios descritos no art. 189.º do anexo da LTFP.

2.2.2. Lei n.º 8.112/90 – Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – Brasil.

2.2.2.1 Infrações disciplinares

No contexto do direito brasileiro, dentre os vários regulamentos disciplinares, foi selecionado para análise o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regulamentado pela Lei n. 8.112/90.

De modo semelhante ao sistema português, no regime disciplinar supracitado também não ocorre a exata tipificação de todas as infrações. José Armando da Costa ensina que quanto às infrações disciplinares, “não se exige, assim, que a conduta do servidor se enquadre precisamente num tipo disciplinar previamente definido pelo legislador. A menos que se trate de punições mais severas”¹⁸⁰.

Neste sentido, o art. 121 da Lei n.º 8.112/90 estabelece que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”. Pelo teor do texto legal parece que a definição de infração está vinculada à violação dos deveres e proibições constantes na referida lei e demais normas a que estão submetidos os servidores públicos. Di Pietro ensina que “a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular,

¹⁷⁹ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública...cit.*, p. 491.

¹⁸⁰ COSTA, José Armando da, *Direito disciplinar: temas substantivos e processuais*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 128-129.

incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções”¹⁸¹.

Flávio Unes Pereira descreve que no contexto da Lei n.º 8.112/90 a tipicidade das infrações ocorre de duas formas: ora a própria lei tipifica o ato infracional, ora impõe a interpretação conjunta com outras normas, como no caso do inciso I do art. 116, o qual estabelece, entre diversos deveres, “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”. Deste modo, “a tipicidade das infrações disciplinares, portanto, é alcançada por meio da análise conjunta da Lei n.º 8.112/90 com os demais atos normativos que disponham sobre a organização administrativa”¹⁸².

O que importa verificar é se esta atipicidade (relativa) significa discricionariedade. Hely Lopes Meirelles destaca, dentre as características do poder disciplinar, a discricionariedade e a ausência de correlação entre a infração e sanção, razão pela qual “o administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas”¹⁸³.

José Armando da Costa diz que a indefinição das infrações significa discricionariedade: “daí a margem da discricção deixada pelo legislador em favor da administração”¹⁸⁴. Destaca-se, contudo, que em razão da ausência de tipificação rigorosa das infrações, imprescindível a observância da Teoria da Adequabilidade Normativa, “a qual revela que o julgador está vinculado a todas as peculiaridades que o caso concreto apresente – juízo de aplicação das normas – com vistas a adotar decisão adequada para a solução da questão controvertida (...)”¹⁸⁵.

Nota-se, portanto, que no âmbito do poder disciplinar brasileiro também ocorre a atipicidade das infrações disciplinares, exceto naquelas consideradas graves, o que permite concluir que a decisão acerca da sanção a ser aplicada compete ao empregador público, tendo em vista que é quem terá melhor condições de, após a análise de todas as circunstâncias que envolvam o caso concreto, fazer o correto e justo enquadramento da conduta infracional e aplicar a respectiva sanção.

2.2.2.2 Sanções disciplinares

No âmbito da lei n.º 8.112/90 também ocorre a tipificação das sanções, assim como no direito

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa...*cit., p. 834.

¹⁸² PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...*cit., pp. 69-70.

¹⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes, e FILHO, José Emmanuel Burle, *Direito Administrativo Brasileiro...*cit., p. 146.

¹⁸⁴ COSTA, José Armando da, *Direito disciplinar...*cit., p. 128.

¹⁸⁵ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...*cit., p. 73.

português, de modo que as penalidades estão previstas no art. 127, também escalonadas conforme o grau de gravidade, sendo as seguintes: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

Quanto à pena de advertência, o art. 129 descreve os casos de aplicação, notadamente quando ocorrer “violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”. Nota-se que na primeira parte do artigo há expressamente as condutas puníveis com advertência. Por outro lado, a parte final é genérica e também residual, de modo que a imposição da pena ocorrerá somente se não passível de punição mais severa.

No que se refere à suspensão a lei não apresenta rol taxativo nem exemplificativo. O art. 130 descreve que a aplicação está vinculada às hipóteses de reincidências puníveis com advertência, bem como em todas as demais violações não passíveis de demissão, ou seja, neste último, referida penalidade possui caráter residual. Além do mais, reside nesta penalidade maior abstração, pois a norma não define a quantidade de dias para suspensão, mas somente o limite, que é de 90 (noventa) dias.

Já quanto à demissão consta no art. 132 o rol de condutas puníveis com a referida penalidade. Há, contudo, em alguns incisos a utilização de conceitos indeterminados, como no caso dos incisos “V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” e “VI – insubordinação grave em serviço”. Por fim, a cassação da aposentadoria ou disponibilidade está vinculada às práticas puníveis com demissão¹⁸⁶. Já a destituição de cargo em comissão foi vinculada às práticas puníveis com suspensão e demissão¹⁸⁷.

Em comparação com a LTFP de Portugal, o regime disciplinar brasileiro em análise parece possuir maior tipicidade das sanções e, em consequência, menor discricionariedade. Flávio Unes Pereira destaca, inclusive, que “inaceitável, portanto, extrair da Lei n.º 8.112/90 interpretação que leve ao reconhecimento de discricionariedade administrativa na aplicação da sanção disciplinar”¹⁸⁸.

Ainda assim verifica-se determinada abstração e generalidade na definição das sanções, seja pela utilização de conceitos indeterminados, seja pela ausência de descrição taxativa de alguns comportamentos.

¹⁸⁶ Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

¹⁸⁷ Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

¹⁸⁸ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 82.

2.2.2.3 Escolha e medida das sanções disciplinares

Conforme exposto no tópico anterior, a tipicidade das sanções no contexto da Lei. n.º 8.112/90 não é absoluta, de modo que se verifica nos dispositivos legais determinado grau de abstração, facto que para alguns doutrinadores significa discricionariedade. Assim sendo e considerando que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, a lei descreve critérios a serem observados quando da dosimetria da pena. Neste contexto, o art. 128 da mesma norma dispõe que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”¹⁸⁹.

Referido dispositivo, ainda que dotado de determinada generalidade, impõe considerar todas as circunstâncias relativas ao caso concreto. É, portanto, imprescindível para garantir a correta e justa correspondência entre a infração e a respectiva penalidade. Aliás, sobre o art. 128, Flávio Unes Pereira descreve bem a razão de sua existência: “cabe frisar que o respeito às diferenças de cada um e, pois, às peculiaridades de cada caso concreto, encontra proteção no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. Com base nessa premissa é que se deve compreender o mencionado art. 128 da Lei n.º 8.112/90, o qual como dito, instrumentaliza a individualização da sanção disciplinar”¹⁹⁰.

A respeito da importância de observar o art. 128 tem-se acórdão do STJ, de 12/08/2020, P. n.º EDcl no MS 13.528/DF: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A aplicação de sanções disciplinares com base no regime jurídico dos servidores públicos civis federais deve levar em consideração não apenas a adequação típica entre a infração e a pena, mas também os parâmetros previstos no art. 128 da citada Lei, quais sejam: "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". 2. Diante da ausência de graduação da pena em âmbito sancionador administrativo, cabe à Administração deixar de aplicar a sanção mais severa legalmente prevista sempre que as circunstâncias do caso indicarem que a pena mais branda atende aos ditames do art. 128 da Lei n. 8.112/1990. 3. *In casu*, a pena de destituição do cargo em comissão foi aplicada sem observância dos princípios da individualização e da proporcionalidade da sanção. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conceder parcialmente a ordem para anular a Portaria que

¹⁸⁹ Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm, consultada em 10/06/2021.

¹⁹⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 86.

converteu em destituição de cargo em comissão a exoneração do impetrante, ressalvada à Administração eventual aplicação de pena menos gravosa em decorrência das infrações disciplinares já apuradas, se for o caso.

Se por um lado existe margem discricionária no exercício do poder disciplinar, por outro há o dever de impor uma penalidade justa, suficiente e adequada, o que só é possível quando consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, daí por que a observância do art. 128 é um dever, não uma possibilidade.

Ademais, Flávio Unes Pereira defende que não há discricionariedade no art. 128, “ (...) o cogitado art. 128 da Lei n.º 8.112/90 nada mais fazem do que conferir efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, cuja legitimidade também se apóia na própria dignidade da pessoa humana. A culpabilidade e as peculiaridades do caso concreto são, por conseguinte, indispensáveis para a fixação da sanção disciplinar adequada”¹⁹¹.

Ocorre que, apesar do referido artigo dispor sobre a observância de atenuantes e agravantes, inexistente na norma brasileira a tipificação de tais circunstâncias, diferentemente do regime disciplinar português, no qual há um rol com a descrição das condutas que agravam e atenuam a pena, o que compromete a correta e justa dosimetria da pena.

Diante disso, alguns órgãos públicos possuem documentos de caráter orientativo com os parâmetros a serem observados quando da dosimetria da pena, sobretudo quanto à advertência e suspensão, pois possuem maior grau de abstração, como no caso da Controladoria-Geral da União¹⁹² que, inclusive, definiu, conforme entendimento do próprio, pontuação aos critérios constantes no art. 128. A atipicidade das infrações, a abstração das penas, juntamente com a subjetividade acerca das medidas das sanções invocam maior alcance do controle jurisdicional no âmbito do poder disciplinar. Este assunto, entretanto, é objeto de muitas controvérsias em razão do entendimento de que maior controle significa violação da separação dos poderes. Tal argumento é um equívoco, conforme será demonstrado adiante.

2.3 Conceitos jurídicos indeterminados *versus* discricionariedade

Desde a instituição do Estado Democrático de Direito os atos administrativos sujeitam-se ao controle jurisdicional. Prevalece, entretanto, controvérsia quanto aos limites deste controle.

¹⁹¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 85.

¹⁹² O documento pode ser consultado no seguinte endereço: <https://corregedorias.gov.br/aco-es-e-programas/Dosimetriaoficial.pdf>, consultado em 10/06/2021.

No contexto do poder disciplinar a discussão ocorre em razão da atipicidade das infrações; pela utilização de conceitos tidos como indeterminados quando da previsão de algumas sanções; bem como pela discricionariedade presente na escolha e medida da pena, isto porque o alcance do controle jurisdicional varia a depender de cada um dos institutos. Assim sendo, necessário primeiramente verificar se conceitos jurídicos indeterminados significam discricionariedade e, posteriormente, descrever sobre o controle em cada um dos casos.

Conforme exposto no primeiro capítulo, a discricionariedade ocorre quando o legislador transfere à administração pública a decisão de escolher, entre duas ou mais opções, a que melhor atenda ao interesse público. Diversamente ocorre diante de conceitos jurídicos indeterminados, os quais definidos como “ (...) *conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração* (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização)”¹⁹³, admitem por meio da interpretação apenas uma solução.

Diogo Freitas do Amaral, ao descrever sobre conceitos jurídicos indeterminados, aponta no que se diferenciam da discricionariedade: “Conceitualmente diferente, porquanto o que está ali em causa é descobrir, com o auxílio de pistas fornecidas pela própria norma, o «único» sentido possível da lei, e não de tornar relevante a vontade da Administração. A interpretação da lei, dizíamos, é, toda ela, uma tentativa de descobrir a vontade do legislador, ou a vontade da lei, e, por isso, a Administração, aí, está vinculada, está obrigada a descobrir qual o sentido da lei, não dispõe de um poder discricionário”¹⁹⁴.

No mesmo sentido, Gustavo Binbenbom refere que “ (...) os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido”¹⁹⁵.

Eros Grau cita que há distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, porém, segundo o autor, a diferença não se dá em razão do número de soluções a serem adotadas: “No exercício da *discricionariedade* o sujeito cuida da emissão de *juízos de oportunidade*, na eleição entre *indiferentes jurídicos*; na aplicação de “conceitos indeterminados” (vale dizer, das noções), o sujeito cuida da emissão de *juízos de legalidade*. Por isso é que – e não porque o número de *soluções justas* varia de uma outra hipótese – são distintas as duas técnicas”¹⁹⁶.

Raquel Carvalho, entretanto, ao apontar os casos de discricionariedade na norma que regulamenta o regime disciplinar português (Lei n.º 35/2014), incluiu aqueles em que há utilização de

¹⁹³ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 226.

¹⁹⁴ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., pp. 94-95.

¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 232.

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto...*cit., p. 202.

conceitos jurídicos indeterminados: “o legislador utilizou, portanto, dois tipos de instrumentos de concessão de discricionariedade: a exemplificação (não taxatividade) e, de seguida, os modelos próprios de concessão de discricionariedade, seja pela consagração de conceitos indeterminados, seja pela de juízos de prognose”¹⁹⁷. Nota-se que para referida Autora a indeterminação de conceitos significa discricionariedade, razão pela qual o controle jurisdicional ocorrerá de modo mais restrito.

Diante dos entendimentos acima expostos verifica-se que conceito jurídico indeterminado não se confunde com discricionariedade. No primeiro caso a consequência é a interpretação da norma para adotar a única solução adequada, de modo que a tarefa da Administração será a de verificar se o termo impreciso, de facto, ocorre no caso concreto, como por exemplo, o interesse público e a boa-fé. É, portanto, como diz Eros Grau, “quando temos sob exame um conceito cujo *termo*, indeterminado, o legislador não definiu estipulativamente, o aplicador do direito deverá superar essa indeterminação”¹⁹⁸.

Por outro lado, diante de atuação discricionária, a consequência é escolher uma opção, dentre várias, conforme a conveniência e oportunidade de praticar o ato. Aqui reside o mérito administrativo, lá não. Se discricionariedade é mérito, não há razão para confundi-la com indeterminação do conceito. Se isto ocorre é porque tem-se entendimento equivocado acerca do significado de discricionariedade. Ademais, a discricionariedade é um poder derivado, pois decorre da lei. Sendo assim, inadmissível concluir que conceito indeterminado significa discricionariedade. Considerar desta forma implica em ilegalidade.

Face ao exposto, entende-se que os diplomas legais que regulamentam os regimes disciplinares dos trabalhadores públicos em Portugal e no Brasil utilizam-se de conceitos indeterminados quando da descrição de algumas condutas, bem como quando da tipificação de algumas sanções, o que não significa discricionariedade administrativa. Já quanto à escolha e medida das sanções, parece tratar-se de caso de discricionariedade. Assim, adiante será analisado o alcance do controle jurisdicional quanto aos aspectos discricionários da sanção disciplinar no contexto dos sistemas disciplinares português e brasileiro.

2.4 Controle jurisdicional da escolha e medida das sanções: aspectos comuns entre Portugal e Brasil

Consoante demonstrado no decorrer deste trabalho, no contexto dos regimes disciplinares de Portugal (Lei n.º 34/2014) e Brasil (Lei n.º 8.112/90), há entendimento doutrinário que a discricionariedade

¹⁹⁷ CARVALHO, Raquel, *Poder disciplinar, discricionariedade e controlo judicial...*cit., p. 60.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto...*cit., p. 200.

ocorre, sobretudo, em relação à escolha e medida da sanção, principalmente no caso da multa e suspensão, tendo em vista que as normas definem apenas os limites mínimo ou máximo para aplicação. Compete ao empregador público, portanto, valorar acerca da medida exata da sanção. No caso da lei portuguesa diz-se que a discricção ocorre também na possibilidade de suspensão da pena prevista no art. 192.º da LTFP.

Neste sentido, em Portugal e igualmente no Brasil o controle jurisdicional das sanções disciplinares é admitido somente quanto aos aspectos de legalidade, de modo que é vedada a análise do mérito do ato disciplinar por parte dos Tribunais. No primeiro capítulo deste trabalho abordou-se, de maneira geral, a diferença entre legalidade e mérito administrativo. Resta agora compreender como esta diferenciação ocorre no contexto das sanções disciplinares.

No âmbito do direito português, o art. 3.º, n.º 1 do CPTA estabelece que “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”¹⁹⁹. A limitação do controle jurisdicional é, por conseguinte, sustentada pelo princípio da separação dos poderes, também previsto no texto constitucional brasileiro²⁰⁰.

Sobre o controle dos atos discricionários, Almiro Couto diz que “(b) - O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária”²⁰¹.

Aos Tribunais competem, portanto, a verificação da conformidade do ato com a lei e princípios que regem a matéria. Dúvidas surgem, entretanto, acerca de quais aspectos da sanção estão compreendidos no controle de legalidade. Assim, importa questionar: a verificação da correta subsunção dos factos é controle de legalidade? No caso de controle por violação dos princípios, o Tribunal além de anular a decisão da administração poderá aplicar nova sanção?

No que se refere à importância dos factos quando da imposição da sanção disciplinar, Flávio Unes Pereira destaca que “o modo como o julgador chega à fixação da sanção é, assim, vinculado aos fatos e peculiaridades de cada caso concreto, os quais devem ser (re)construídos no decorrer do devido

¹⁹⁹ Código de Processo nos Tribunais Administrativos, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis, consultado em 26/07/2021.

²⁰⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁰¹ SILVA, Almiro e Couto, *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro...*cit., p. 60.

processo administrativo disciplinar, mediante a participação dos envolvidos, ou seja, no discurso de aplicação das normas”²⁰².

Deste modo, a generalidade e abstração presentes nas sanções disciplinares não autorizam arbitrariedade. Pelo contrário, existem para possibilitar a consideração de todas as peculiaridades do caso concreto, o que seria impossível caso a tipificação das infrações/sanções ocorresse de maneira rígida. Neste sentido, Ana Neves ensina que “a sanção disciplinar está adstrita à qualificação jurídica da conduta infractora. Não existe fungibilidade entre sanções. (...) Trata-se de uma premissa punitiva, um dado objectivo, um limite inultrapassável na individualização da sanção concreta²⁰³”. A Administração Pública está, portanto, vinculada aos factos.

Assim sendo, a verificação da vinculação aos factos está inserida nos aspectos de legalidade do ato e, conseqüentemente, é passível de sindicabilidade judicial. Nestes casos, o controle da adequação da sanção ocorrerá a partir da motivação, consoante explicitado por Flávio Unes Pereira: “evidente que, nesse contexto, a motivação do ato sancionador apresentará importância ímpar, vez que os motivos deverão adequar-se à previsão legal da infração e da sanção disciplinar, à luz da adequação normativa, ou seja, considerando todas as peculiaridades do caso concreto que foram reconstruídas no devido processo legal administrativo”²⁰⁴. No mesmo sentido, Eros Grau afirma que “ (...) a análise e a ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua *correção*”²⁰⁵.

Ainda acerca do controle judicial a partir da fundamentação Ana Neves escreve que “a fundamentação da decisão punitiva, para além de assentar nos elementos de facto e na sua qualificação legal, deve fazer-se por referência da sanção concreta aos parâmetros legais de “escolha e medida da pena”. O controlo da proporcionalidade da sanção não pode, assim, deixar de apreciar a ponderação que deles foi feita pelo órgão que a aplicou. A fundamentação, inafastável sempre que um direito é negado ou restringido e aplicada uma sanção, é um instrumento fundamental de efectividade do direito à tutela jurisdicional, pois só pode com utilidade ser exercido se o acto indicar os motivos de facto e de direito e estas serem conhecidas do interessado”²⁰⁶.

O segundo ponto de discussão neste item é sobre o alcance do controle judicial a partir dos princípios jurídicos. Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, no exercício da discricionariedade os princípios orientam e limitam a atividade administrativa. Deste modo, há entendimento doutrinário no sentido de admitir o controle da discricionariedade a partir de princípios,

²⁰² PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 87.

²⁰³ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública...cit.*, p. 516.

²⁰⁴ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 75.

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto, *O direito posto...cit.*, p. 214.

²⁰⁶ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública...cit.*, p. 517.

sem considerar isto interferência indevida no mérito, desde que a decisão judicial se limite a anular a pena. Assim sendo, se o controle baseado em princípios está inserido no aspecto de legalidade do ato, por qual razão, nestes casos, é vedado ao Tribunal a substituição da pena?

De acordo com Flávio Unes Pereira, “o argumento da discricionariedade administrativa continua sendo a base da inviabilidade de o Judiciário substituir a penalidade aplicada pelo Executivo²⁰⁷”. O controle a partir dos princípios jurídicos, entretanto, não se trata de exame do mérito, tampouco implica em violação ao princípio da separação dos poderes, isto por que a Administração Pública se sujeita não somente à lei formal, mas também aos princípios jurídicos expressos e implícitos, efeito decorrente da constitucionalização do direito administrativo, conforme abordado no capítulo primeiro deste trabalho (item 1.4).

Demonstrou-se, ainda, a função dos princípios jurídicos no exercício da discricionariedade administrativa. A partir de então passa-se à análise especificamente do princípio da proporcionalidade como limite à discricionariedade administrativa presente nas sanções disciplinares a fim de demonstrar que neste caso é possível a substituição da sanção pelos Tribunais.

2.5 O princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle

2.5.1 Conceito e previsão legal

O princípio da proporcionalidade é atualmente consagrado tanto no direito constitucional quanto no direito administrativo. No primeiro caso, destaca-se o sentido decorrente da teoria de Robert Alexy, segundo a qual a proporcionalidade está diretamente relacionada com a solução de conflitos envolvendo os direitos fundamentais. A transcrição a seguir permite a compreensão geral do significado de tal teoria: “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza²⁰⁸”.

²⁰⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 149.

²⁰⁸ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 5.ª ed. Alemã, SUHRKAMP VERLAG, 1986, tradução portuguesa de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 116-117.

Já na seara do direito administrativo o princípio da proporcionalidade surgiu no séc. XIX como “princípio geral do direito de polícia”²⁰⁹, inicialmente apenas na vertente da necessidade, objetivava conter os excessos praticados em desfavor das liberdades individuais. Posteriormente, ampliou-se sua abrangência no contexto do exercício da atividade administrativa, de modo que atualmente abrange toda a atuação estatal. Este trabalho limita-se, entretanto, à análise das influências de tal princípio especificamente no controle das sanções disciplinares.

Odete Medauar ensina que “o princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social”²¹⁰.

Diogo Freitas do Amaral ensina que “o «princípio da proporcionalidade» é o *princípio segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por atos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais atos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins*”²¹¹.

Dentre os princípios substantivos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade aduz que o da proporcionalidade “é na tripla dimensão de *adequação, necessidade e equilíbrio* (proporcionalidade, em sentido estrito), designadamente nas actuações que impliquem *restrições* ou *compressões* de posições jurídicas subjectivas e na aplicação de *sanções*”²¹². Esta tripla dimensão originou-se no direito alemão, e foi reproduzida nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

José Canotilho diz que a adequação significa “que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*”²¹³.

Já a necessidade “ (...) coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*”²¹⁴. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito significa que “meios e fim

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 6.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 382.

²¹⁰ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo moderno*...cit., p. 129.

²¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito*...cit., p. 113.

²¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*...cit., p. 57.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 383.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*...cit., p. 383.

são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”²¹⁵.

Nota-se que a proporcionalidade é um dever a ser observado em todos os momentos da atuação administrativa, como forma de conter excessos eventualmente praticados em desfavor dos administrados quando do exercício da atividade estatal.

2.5.2 O princípio da proporcionalidade no direito português

Quanto à previsão legal do princípio da proporcionalidade, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia faz referência àquele quando da imposição dos delitos e penas. Assim, consta no n.º 3 do art. 49 que “as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração”²¹⁶.

No âmbito do direito português, o princípio da proporcionalidade está consagrado no texto constitucional como princípio fundamental. Neste sentido, diz o n.º 2 do art. 266.º que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”²¹⁷.

Referido princípio está positivado também no n.º 1 do artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo, segundo o qual “a Administração Pública deve adotar os comportamentos adequados aos fins prosseguidos”²¹⁸.

2.5.3 O princípio da proporcionalidade no direito brasileiro

No direito brasileiro o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa no texto constitucional. Apesar disso, parte da doutrina o considera como implicitamente consagrado, pois inerente ao próprio Estado de Direito. Neste sentido, Paulo Bonavides aponta que “no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”²¹⁹. Para o Autor, entretanto, o alcance do referido princípio vai para além disso: “ (...) é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...cit.*, p. 383.

²¹⁶ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>, consultada em 05/08/2021.

²¹⁷ Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202104071909/73938824/diploma/indice>, consultado em 04/08/2021.

²¹⁸ Código do Procedimento Administrativo. DL. n.º 4/2015, de 07 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis, consultado em 22/04/2020.

²¹⁹ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p. 434.

arbitrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”²²⁰.

Já no contexto do direito administrativo encontra-se expressamente previsto no art. 2.º da Lei que regula o processo administrativo federal: “ a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade...”²²¹.

Os entendimentos doutrinários acima expostos demonstram que o princípio da proporcionalidade tem por finalidade garantir a aplicação adequada da lei, extirpando os excessos e arbitrariedades que possam ser praticados quando da atuação estatal. Está, portanto, diretamente relacionado com a ideia da justiça e legalidade dos atos administrativos. Assim, tal princípio deve ser invocado quando verificada a imposição de restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias.

2.6 Alcance do controle jurisdicional: anulação ou substituição da sanção? Aspectos comuns entre Portugal e Brasil

Embora mais comumente utilizado no direito constitucional como técnica de ponderação diante de conflito entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado também no controle dos atos administrativos. Nesta pesquisa, contudo, o objeto da discussão diz respeito ao princípio da proporcionalidade como limite à discricionariedade, especificamente no âmbito das sanções disciplinares.

No contexto do poder disciplinar, além da exigência legal, a observância a tal princípio impõe-se ainda mais por tratar-se de matéria dotada de discricionariedade, pois atuará como parâmetro para aplicação do ato sancionatório.

Neste contexto, Raquel Carvalho destaca a necessidade da observância do referido princípio quando da imposição da sanção: “os critérios enunciados para a ponderação discricionária da Administração Pública apontam claramente para uma imposição da proporcionalidade, adequação e necessidade da determinação da sanção disciplinar. Trata-se da prática de atos de poder público que limitam os direitos dos trabalhadores e que, portanto, se devem sujeitar às garantias do princípio da proporcionalidade. A atividade de escolha e medida das sanções é uma atividade claramente discricionária, mas não arbitrária. O legislador aponta alguns critérios, mas não fecha mesmo aqui a porta à consideração de circunstâncias que *in casu* sejam relevantes para a escolha mais justa e

²²⁰ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional...* p. 434.

²²¹ Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, consultada em 29/03/2021.

proporcional: “todas as circunstâncias em que a infração tenha sido cometida que militem contra ou a favor dele”²²².

Além disso, o princípio da proporcionalidade atuará como parâmetro de controle dos aspectos discricionários do ato sancionatório, pois conforme descrito por Carlos Alberto Fraga “ (...) como princípio norteador do poder disciplinar da Administração determina que essa actividade discricionária constitua actividade discricionária de tipo jurisdicional”²²³.

A escolha e medida da sanção são, portanto, judicialmente sindicáveis, seja por violação à lei ou aos princípios jurídicos, neste caso, ao da proporcionalidade, pois “ (...) atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado”. O princípio da proporcionalidade atuará, em sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como limite da discricção administrativa.

Neste sentido, Gustavo Binbenojm destaca que “a técnica da ponderação encontra aplicação recente tanto nos países da *common law*, quando do sistema continental europeu, como forma de controle da discricionariedade administrativa e da *racionalização* dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo princípio da proporcionalidade”²²⁴.

Acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos, no contexto do direito português o CPTA dispõe no n.º 1 do artigo 3.º que “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”²²⁵. Nota-se que em Portugal é admitido o controle jurisdicional somente quanto aos aspectos de legalidade (violação à lei ou princípios), nunca em relação ao mérito do ato (oportunidade e conveniência). Igualmente ocorre no direito brasileiro, em respeito à teoria da separação dos poderes, consagrada no texto constitucional²²⁶.

Embora admitido e realizado pelos Tribunais, discussão ocorre se o controle de atos violadores dos princípios jurídicos significam ingerência indevida no mérito administrativo. Refuta-se, desde já, qualquer entendimento neste sentido, pois consoante demonstrado no decorrer deste trabalho, após a constitucionalização do direito administrativo a administração pública tornou-se vinculada não só à lei,

²²² CARVALHO, Raquel, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas...*cit., p. 214.

²²³ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *O poder disciplinar...*cit., p. 427.

²²⁴ BINENBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, Revista *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.01, n° 02, 2005, p. 46. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>, consultado em 17/08/2021.

²²⁵ Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos, Lei n.º. 15/2002, de 22 de fevereiro. Disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/documentacao/legislacao/cpta2019/>, consultado em 11/08/2021.

²²⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

mas também aos princípios. O que se tem, portanto, é a intensificação do controle de legalidade, não valoração do mérito. Aliás, sobre o assunto, Gustavo Binbenojm descreve que “ (...) não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade”²²⁷.

Surge, todavia, outra questão sobre o controle dos aspectos discricionários, notadamente se ao Tribunal é permitida a substituição da sanção quando violado algum princípio jurídico, ou se isto implica em interferência do mérito administrativo e, conseqüentemente, em violação da teoria da separação dos poderes.

Tanto no direito brasileiro quanto no português prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que ao Tribunal é permitida somente a anulação do ato, ainda que desproporcional. Nesta pesquisa, reconhece-se e respeita-se a discricção presente na escolha e medida da sanção. Defende-se, contudo, ser possível ao Tribunal substituir ou definir a sanção adequada para que a Administração imponha, quando aplicada em desacordo com o princípio da proporcionalidade, isto porque este tipo de controle não avalia o mérito, mas sim a legalidade do ato.

Este assunto já vem sendo discutido no contexto do direito brasileiro, como no caso de José Armando da Costa, segundo o qual “a ideia da proporcionalidade traduz harmonia entre o ilícito e sua sanção. Com certa razão, isso leva a entender que o seu diagnóstico requer uma reflexão valorativa. E, por isso, constitui aspecto de mérito do exclusivo alvedrio da administração. Nada obstante, destaque-se que tal conceito, integrando o princípio da proporcionalidade previsto no dispositivo legal referido, define-se não como mérito do ato disciplinar, e sim com um dos seus aspectos de legalidade. E como tal a proporcionalidade da punição funcional vincula o detentor do poder disciplinar. Já que o critério da proporcionalidade, encontrando-se esculpida em lei, constitui, pois, aspecto de legalidade. E, portanto, acessível ao exame do judiciário (...)”²²⁸.

Neste sentido, Flávio Unes Pereira escreve que “uma vez constatado vício material no ato sancionador e tendo em vista o processo administrativo disciplinar, o Judiciário deverá, após anular a sanção imposta pela Administração, especificar a sanção adequada e determinar que o administrador a imponha, desde que, repita-se, tenha elementos para tanto e seja respeitada a prescrição punitiva. Essa posição é plenamente cabível, uma vez que não se está diante de ato discricionário, mas, sim, de ato

²²⁷ BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 222.

²²⁸ COSTA, José Armando da, *Direito disciplinar...*cit., p. 103.

vinculado da Administração. Inexiste, por conseguinte, invasão do Judiciário no âmbito da Administração Pública”²²⁹.

Aliás, Paulo Bonavides ao descrever sobre o princípio da proporcionalidade como limite ao Poder Legislativo, especificamente no controle de constitucionalidade, considera que isto não implica violação à teoria da separação dos poderes, cuja ideia convém transcrever: “debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material – sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes. Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada”²³⁰.

Entende-se, neste trabalho, que a substituição da sanção pelo Judiciário, seja aplicando-a ou determinando que a Administração o faça, não viola a discricionariedade administrativa, pois não afeta o poder de escolha da Administração, já realizado quando da aplicação da sanção, só que aplicada desproporcionalmente.

Neste sentido, Gustavo Binbenbajm fala sobre os critérios para uma teoria jurídico-funcionalmente adequada no âmbito do controle da discricionariedade administrativa, segundo o qual deverão ser consideradas as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios. Assim, o Autor descreve que quanto ao exame judicial do respeito aos princípios constitucionais, “dessa análise, poderá o magistrado concluir que o ato administrativo acatou aos princípios incidentes à hipótese, não causando qualquer lesão ao administrado. Caso conclua que algum princípio foi violado ou a ponderação administrativa foi mal feita, poderá exercer (i) controle *ablativo*, restringindo-se a determinar a invalidação do ato ou (ii), dependendo das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação dos princípios, realizar um controle *ablativo e mandamental (ou condenatório)*, determinando qual a única decisão conforme ao direito para solucionar o caso”.

O fundamento da discricionariedade presente no poder disciplinar é possibilitar a justa e adequada aplicação da pena, daí por que a norma específica genericamente alguns critérios, mas ao mesmo tempo estabelece que deverão ser consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais não são possíveis de previsão exaustiva pelo legislador, pois só serão conhecidas diante do caso concreto. Se após tudo isso a Administração ainda aplicou a pena de forma desproporcional, o juiz

²²⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares...cit.*, p. 151.

²³⁰ BONAVIDES, PAULO - «*O princípio constitucional da proporcionalidade e da proteção dos direitos fundamentais*», em Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, vol. 34, 1994, p. 282.

poderá, após conhecimento de todas as peculiaridades do caso, proceder a valoração e aplicar/dizer qual é a sanção adequada.

Ademais, Diogo Freitas do Amaral ensina que a proporcionalidade decorre do princípio da justiça, constitucionalmente consagrado no art. 266.º do texto português, de modo que “quando a CRP diz que a Administração Pública deve respeitar o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da justiça e o princípio da boa-fé, está a desdobrar a ideia de justiça em algumas noções que sempre foram consideradas, desde Aristóteles, como fazendo parte essencial do conceito de justiça – nomeadamente, a ideia de igualdade e a ideia de proporcionalidade: ser justo é tratar de modo igual o que é igual e não agir excessivamente para além da medida adequada”²³¹.

Desta forma, a aplicação/especificação da sanção adequada pelos Tribunais quando verificada a violação aos princípios fundamentais, é a concretização (do princípio) da Justiça, por meio da aplicação das regras da proporcionalidade.

Nos capítulos seguintes será abordada, na vertente jurisprudencial, a aplicação dos princípios da proporcionalidade no controle da discricção das sanções disciplinares no contexto do direito disciplinar português e brasileiro.

²³¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito...*cit., p. 107.

CAPÍTULO III – O CONTROLE DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PELOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

Neste capítulo será realizada a análise das decisões de alguns Tribunais Administrativos e Fiscais de Portugal relativas ao controle das sanções disciplinares, especificamente dos Tribunais Centrais Administrativos Sul e Norte, e do Supremo Tribunal Administrativo, proferidas entre o ano de 2015 e 2021.

A escolha dos Tribunais Centrais Administrativos Sul (com sede em Lisboa) e Norte (com sede no Porto) ocorreu por serem órgãos de segunda instância, responsáveis pelo julgamento dos recursos de apelação proferidos em sede de primeira instância.

Já o Supremo Tribunal Administrativo foi escolhido em razão de ser o órgão de hierarquia máxima no âmbito da jurisdição administrativa portuguesa, cuja atribuição compreende todo o território nacional, bem como pelo facto de ser o órgão responsável pelo julgamento de recursos para a uniformização de jurisprudência. Internamente, o STA é subdividido em secção de contencioso administrativo e secção de contencioso tributário. Importa neste trabalho, entretanto, as decisões relativas somente à matéria administrativa.

Considerando que o entendimento da jurisprudência portuguesa é no sentido de que aos Tribunais é vedada a análise da medida concreta da pena por tratar-se de matéria inserida na discricionariedade técnica ou administrativa, salvo em casos de erro grosseiro e manifesto, esta pesquisa teve por objetivo verificar se há decisões, ainda que minoritárias, no sentido de inovar o alcance do controle jurisdicional, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais.

A pesquisa foi realizada na base de dados *on-line* denominada Base-jurídico-documentais²³², na qual estão reunidos os acórdãos proferidos pelos Tribunais portugueses. A consulta ocorreu principalmente a partir dos termos “discricionariedade administrativa”, “poder disciplinar”, “controle jurisdicional” e “sanções disciplinares”.

No caso dos Tribunais Centrais Administrativos analisou-se tanto acórdãos que negaram quanto aqueles que concederam provimento aos recursos interpostos em face de decisões dos Tribunais de primeira instância. No âmbito do STA foram analisadas decisões de recursos, bem como aquelas proferidas no julgamento de ação administrativa.

No total, foram analisados dezoito acórdãos divididos da seguinte forma:

²³² <http://www.dgsi.pt/>

- Dez decisões dos Tribunais Centrais, das quais cinco favoráveis à anulação da sanção disciplinar imposta pela Administração e outras cinco desfavoráveis;
- Oito decisões do Supremo Tribunal Administrativo, das quais apenas uma favorável à anulação da sanção.

Os critérios utilizados para escolha das decisões analisadas de ambos os países foram os seguintes:

- Consideração das circunstâncias do caso concreto quando da imposição da sanção disciplinar;
- Violação de princípios jurídicos pela Administração Pública;
- Imposição de sanção disciplinar desproporcional;
- Anulação da sanção pelo Judiciário com base em argumentos de discricção administrativa;
- Substituição da sanção pelo Judiciário.

Por fim, a pesquisa limitou-se às decisões que envolvam trabalhadores públicos regulamentados pela Lei n.º 35/2014, LTFP. Destaca-se, entretanto, que alguns acórdãos tiveram como fundamento o Estatuto Disciplinar aprovado pela Lei n.º 58/2008, já revogado, tendo em vista que era a lei vigente à época dos factos. Esta peculiaridade não prejudica o objetivo da pesquisa, pois as definições essenciais relativas ao controle jurisdicional foram mantidas pela lei vigente.

Passa-se, então, à análise das decisões.

3.1 Tribunais Centrais Administrativos Norte e Sul

3.1.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

3.1.1.1 Processo n.º 1143/13.6BESNT

O acórdão em análise²³³ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra que julgou parcialmente procedente ação administrativa especial proposta por R...e anulou ato administrativo que a ele aplicou pena disciplinar de suspensão. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos. Face à decisão proferida, o Ministério da Educação interpôs recurso jurisdicional ao argumento de que a sentença de primeiro grau padece de erro de

²³³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de fevereiro de 2021, processo n.º 1143/13.6BESNT. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9654d5aa92f7239780258673002f2f06?OpenDocument&Highlight=0,1143%2F13.6BESNT%20>, consultado no dia 15/10/2021).

juízo quanto à valoração das provas. O cerne da questão foi a verificação da ocorrência de “erro de valoração dos factos em que incorre a sentença recorrida, em substituição daquele que foi formulado pela Administração”.

Ao apreciar o recurso, o TCAS entendeu que a decisão incorreu em erro em relação aos factos e às provas, porém ressaltou que não procede o argumento suscitado pelo Recorrente de que a fiscalização da matéria pelos Tribunais só é possível mediante erro manifesto ou grosseiro, cujo trecho transcreve-se parcialmente: *“Não se subscreve o entendimento assumido no presente recurso de que a reapreciação da matéria de facto pelo tribunal, com base na qual é alicerçado o ato administrativo sancionador, só pode ocorrer perante um quadro de verificação de erro manifesto ou grosseiro de apreciação dos factos ou de subsunção dos factos ao direito, por assistir amplos poderes aos tribunais administrativos para conhecer integralmente de facto e de direito, como é próprio de um julgamento de plena jurisdição, designadamente, perante a alegação de ilegalidade do ato punitivo, como no presente caso. O exercício do poder disciplinar pela Administração não constitui um foro próprio ou exclusivo da apreciação da conduta para efeitos disciplinares, nem tão pouco os órgãos administrativos dispõem de prerrogativas especiais de apreciação dos factos, nem da prova que haja sido produzida no âmbito do procedimento administrativo. Por isso, a apreciação e julgamento que os tribunais administrativos são convocados a fazer inserem-se nos seus amplos poderes de julgamento da legalidade, nos termos do artigo 3.º do CPTA”*.

Por outro lado, considerou que a Administração fez a correta apreciação dos factos e provas, de modo que o Tribunal *a quo* foi quem incorreu em erro de julgamento e, assim, julgou procedente o recurso e revogou a decisão recorrida. Neste caso, apesar de conceder provimento ao recurso, o TCAS não substabeleceu a tese dominante na jurisprudência, segundo a qual o controle só é possível mediante erro manifesto ou grosseiro. Ao contrário, apontou que a apreciação dos factos e das provas não constitui tarefa exclusiva da administração pública, mas também dos Tribunais, em decorrência dos poderes conferidos legalmente.

3.1.1.2 Processo n.º 62/12.8BEALM

O presente acórdão²³⁴ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada que julgou improcedente ação administrativa especial proposta por V...contra a Universidade Nova de

²³⁴ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 02 de julho de 2020, processo n.º 62/12.8BEALM. (ac. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ab0df9ebbe6ecc718025859a005a3e78?OpenDocument&Highlight=0,62%2F12.8BEALM>, consultado no dia 05/10/2021).

Lisboa, cujo objeto era a anulação de pena disciplinar de suspensão a ele imposta, bem como a condenação da demandada a contar como tempo de serviço o período em que ficou suspenso. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O cerne da questão referiu “ (...) em saber se a sentença recorrida enferma de erro de julgamento por não ter valorado bem a prova e, na determinação da medida da pena, não ter ponderado todos os elementos, nomeadamente a contextualização, a ausência de antecedentes e o fim a que se destina (...)”.

O Tribunal Central Administrativo Sul entendeu correta a decisão do Tribunal *a quo* pelos seguintes fundamentos: “ *O tribunal recorrido valorou, e bem, a decisão disciplinar impugnada – os factos provados, as normas aplicáveis, a fundamentação aduzida para determinar a medida da pena aplicável e a pena efectivamente aplicada –, considerando que a Recorrida, na sua actuação discricionária, não cometeu erros grosseiros e manifestamente desproporcionais, que fosse sua competência sindicá-la por susceptíveis, como defende o Recorrente, de violar o disposto nos artigos 17º e 20º do Estatuto Disciplinar*”.

Neste caso, o TCAS negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida baseado no argumento tradicional e dominante na jurisprudência portuguesa, no sentido de que a Universidade Nova de Lisboa não extrapolou os limites da discricionariedade administrativa quando da imposição da sanção disciplinar, posto que não houve erro manifesto ou grosseiro.

3.1.1.3 Processo n.º 439/09.8BECTB

O acórdão em análise²³⁵ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Círculo de CB que julgou improcedente ação administrativa proposta por A..., Técnico de Administração Tributária Adjunto da Direção de Finanças de CB, contra R..., para anular ato administrativo que aplicou ao então Autor sanção disciplinar e ordem de reposição de verbas. Face à decisão proferida, o então Recorrente apresentou recurso jurisdicional ao Tribunal Central Administrativo Sul.

O Ministério Público manifestou pela procedência do recurso.

²³⁵ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de junho de 2018, processo n.º 439/09.8BECTB. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/2f64a8b90adb5a32802582be002d3d71?OpenDocument&Highlight=0,439%2F09.8BECTB%20>, consultado no dia 04/10/2021).

Dentre os diversos pontos que foram objetos do recurso destaca-se neste trabalho especificamente aquele relacionado ao controle jurisdicional das sanções: “ (...) - *Erro de direito na decisão interlocutória de não produzir prova testemunhal (...)*”.

Quanto a este ponto, o Relator entendeu que o Recorrente não tem razão, pois o estado em que se encontrava o processo era suficiente para apreciar a causa. Nesse contexto, ao fundamentar a improcedência do recurso o Relator não desconsiderou a possibilidade de controle jurisdicional dos atos sancionatório. Ao contrário, destacou os casos nos quais deverá ser realizado, cujos principais argumentos transcrevem-se adiante: “*O recorrente invoca o artigo 90º/2 do CPTA. Mas não tem razão. Isto sem pormos em crise que, (i) sem prejuízo da autonomia do processo administrativo disciplinar em relação ao processo jurisdicional e (ii) vice-versa, e (iii) sem prejuízo do Princípio da economia de meios, o princípio da tutela jurisdicional efetiva: (1) impede que hoje exista a chamada “liberdade probatória da A.P.” e (2) impõe ao tribunal, em certos moldes especiais, o controlo direto dos factos referentes ao ilícito disciplinar e da exatidão ou suficiência da prova constantes do p.d., bem como o controlo da avaliação da prova produzida no p.d., embora com limites muito importantes decorrentes (i) do ónus alegatório fáctico densificado exigível ao autor impugnante, já ouvido no p.d., e (ii) da proibição jurídico-sistemática e jurídico-teleológica de se jurisdicionalizar o procedimento disciplinar (...)* (Grifo da autora).

Por outro lado, destacou que o controle não pode ser invocado quando inexistentes os motivos que o justificam: “ (...) (3) *permite, ainda, a renovação em juízo da prova produzida no p.d., se tal se justificar, embora com limites muito importantes (os moldes especiais a que nos referimos supra) decorrentes (i) do ónus alegatório fáctico densificado exigível ao autor impugnante já ouvido no p.d. e (ii) da proibição de jurisdicionalizar o procedimento disciplinar. Por exemplo, tendo havido contraditório e produção de prova no p.d., não basta ao autor, para haver factos controvertidos, alegar na p.i., sem mais nada, que “os factos provados constantes do ato administrativo disciplinar não aconteceram”*”.

Destaca-se o voto vencido da MM. Juíza Conceição Silvestre: “*concederia provimento ao recurso e revogaria a sentença recorrida, pois entendo que procede o erro de julgamento invocado nas conclusões 1ª a 3ª na medida em que há matéria de facto controvertida relevante para a decisão da causa, pelo que deveria ter sido determinado a abertura de um período de produção da prova*”.

Ao final, o recurso foi julgado improcedente.

Observa-se que o litígio em causa tratou, em parte, do controle pelos Tribunais da discricção administrativa, neste caso, quanto à liberdade probatória da Administração Pública. Os fundamentos para a improcedência, entretanto, não assemelham-se àqueles costumeiramente utilizados nas decisões

relativas ao controle jurisdicional dos atos administrativos sancionatórios, isto é, que o controle só é admissível nos casos de erro grosseiro e manifesto, mas sim porque realmente os erros invocados pelo Recorrente, de facto, não foram comprovados.

3.1.1.4 Processo n.º 00001/17.0BEMDL

O acórdão em análise²³⁶ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela que julgou procedente ação administrativa proposta por AACR, trabalhador público, contra o Ministério da Educação e Ciência para anular ato administrativo que aplicou ao Autor sanção disciplinar, com pena de suspensão de trinta dias, e acessória de cessação de comissão de serviço. O litígio em causa está no âmbito da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014.

O cerne da questão referiu à graduação da pena de suspensão imposta ao então Recorrido. O Tribunal *a quo* considerou que as circunstâncias dirimentes e agravantes não foram devidamente ponderadas. Em razão disso, o TAF substituiu a pena de suspensão por multa, pois considerou que as circunstâncias factuais apesar de insuficientes para aplicação de repreensão escrita, justificaram a aplicação de pena menos gravosa do que aquela imposta pela administração:

“E repare-se que, como já referido, as circunstâncias factuais que não foram efetivamente ponderadas na fixação da sanção, nos termos já referidos supra, justificam que no caso em apreço seja aplicada pena de multa, mas não de repreensão escrita, já que, como decorre do artigo 184.º da LGTFP, a repressão escrita é apenas aplicada a infrações leves de serviço, não se afigurando que no caso em apreço esteja em causa uma infração que possa ser considerada leve, muito embora, como também já referido, se afigure que também não justificam uma censurabilidade que justifique a aplicação de pena se suspensão.”

Quanto à penalidade acessória de cessação da comissão de serviço, o referido TAF entendeu que quando da imposição da pena a Administração deixou de ponderar uma circunstância considerada dirimente. Assim, anulou a sanção disciplinar aplicada.

Face à decisão proferida o Ministério da Educação e Ciência apresentou recurso ao TCAN somente quanto à parte da sentença que substituiu a pena de suspensão por multa. De início, o TCAN disse que aquilo que o Autor chama de graduação da pena é, na verdade, a discussão acerca da medida e aplicação da pena.

²³⁶ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 26 de janeiro de 2018, processo n.º 00001/17.0BEMDL. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/0278db3067dc15568025833e00559daf?OpenDocument>, consultado no dia 27/09/2021).

Ao apreciar o recurso, o referido Tribunal destacou os pontos a serem discutidos quando em causa a revisão de decisão administrativa referente à infração disciplinar: *“(i) O que respeita ao facto, à materialidade, autoria e voluntariedade e (ii) o que constitui qualificação jurídica do facto como falta disciplinar”*.

Adiante, destacou que *“a função de controlo judicial limita-se assim a detectar, através da fundamentação da decisão disciplinar, se a apreciação das provas tem uma base racional, se o valor das provas produzidas foi pesado com justo critério lógico, não enfermado de erro de facto ou erro manifesto de apreciação”*.

O Tribunal reconheceu os avanços relativos ao controle jurisdicional da discricionariedade e destacou que quando realizado deverá abranger os seguintes pontos: *“a) a correcção da interpretação da norma; b) a verificação dos pressupostos de aplicação da norma; c) e a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, do «iter» lógico seguido pela Administração na valoração dos elementos da situação concreta e da correcção interna dos raciocínios lógico-discursivos que presidiram à aplicação da norma ao caso concreto”*.

Neste sentido, discorreu detalhadamente acerca daquele tipo de controle: *“o que se avançou relativamente à doutrina da «discricionariedade técnica», no sentido de um controlo «mais profundo», foi a inclusão na fiscalização contenciosa da apreciação da exactidão dos elementos que integram o conceito indeterminado, isto é, os chamados juízos técnicos de existência ou de accertamento técnico. Pode, pois, o tribunal controlar os juízos técnicos da Administração, emitidos ao abrigo da norma que contém o conceito indeterminado, destinados a verificar a existência de elementos de facto predeterminados e tendo em vista a prossecução do interesse público que subjaz à intervenção administrativa, uma vez que, embora esta intervenção «accertativa» se caracterize por uma assinalável subjectividade, ela não exclui a possibilidade da sua reedição e subsequente controlo, enquanto actividade de avaliação e de determinação de factos e de censura em sede de um juízo de legalidade. Mas já não pode controlar os juízos técnicos valorativos ou de probabilidade, pois, a previsão normativa que os concebe significa a atribuição de uma reserva de decisão da Administração (ou como prefere a doutrina alemã, uma “margem de apreciação” ou uma “prerrogativa de avaliação”. Em face do exposto, não há dúvida que o tribunal pode averiguar se a aplicação da medida sancionatória observou os parâmetros do princípio da proporcionalidade. E pode fazê-lo em dois momentos diferentes: na subsunção dos factos à norma qualificativa e na determinação da medida concreta da sanção”*.

Ao final, entretanto, o TCAN concedeu provimento ao recurso e anulou a decisão recorrida por entender inexistir manifesta ou grosseira violação ao princípio da proporcionalidade: *“Tudo ponderado,*

dúvidas não se nos colocam de que, na concreta situação, vistos os factos apurados nos autos e os fundamentos do acto punitivo nos aspectos impugnados, deve proceder o fundamento de ilegalidade da decisão recorrida na parte impugnada, já que a violação ou desrespeito ao princípio da proporcionalidade por incorrecta escolha, definição ou aplicação da pena disciplinar ao caso mercê do facto ilícito dever ser sancionado com outra pena disciplinar, ao contrário da conclusão alcançada na decisão sob recurso, não se traduz ou integra ilegalidade por desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Tendo presente a matéria de facto relevante para a ponderação e graduação da pena aplicada efectuada à luz dos juízos supra enunciados, as circunstâncias do caso, não se vislumbra qualquer realidade material na qual se possa fundar um juízo manifesto e de grosseira desproporcionalidade ou desadequação quanto à decisão disciplinar punitiva em apreciação. Procedem os fundamentos do recurso”.

No caso em questão observa-se que o TAF de Mirandela realizou o controle do ato sancionatório disciplinar, pois verificou que as circunstâncias factuais não foram efetivamente ponderadas na fixação da sanção, notadamente circunstância dirimente suficiente para justificar a imposição de penalidade menos gravosa.

Por outro lado, o acórdão do TCAN embora discorra sobre o avanço do controle jurisdicional da discricção administrativa de que ao Tribunal cabe o exame da proporcionalidade da medida das sanções, preferiu decisão em consonância com a posição tradicional da jurisprudência no sentido que o ato sancionatório deveria ser mantido por ausência de grosseira desproporcionalidade. Deste modo, anulou o controle realizado pelo TAF de Mirandela.

3.1.1.5 Processo n.º 00051/12.2BECBR

O acórdão em análise²³⁷ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra que julgou parcialmente procedente ação administrativa especial proposta por determinado trabalhador público contra o Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, cujo objeto era a anulação de pena disciplinar de multa em montante equivalente a 18 remunerações diárias imposta em razão da prática de três infrações. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

²³⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 23 de junho de 2017, processo n.º 00051/12.2BECBR. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/0e8ac39c54ee0d60802581b6005a8e9c?OpenDocument&Highlight=0,00051%2F12.2BECBR>, consultado no dia 27/09/2021).

O cerne da questão referiu à imputação da prática de três infrações disciplinares ao então Recorrente. O TAF de Coimbra entendeu que a penalidade imposta é o resultado da soma das penas correspondentes às três infrações, portanto, divisível. Assim, considerou prescrita uma das infrações e, em consequência, julgou parcialmente procedente a ação para anular a multa aplicada referente àquela (seis dias de remuneração diária) e manter os dias de multa restantes (doze) correspondente às demais: *“resultou de uma mera soma aritmética de três penas de multa de seis remunerações de base diárias, [...] que se trata de uma mera soma aritmética, então deve ser anulada parcialmente a pena aplicada ao Autor, tendo em conta a divisibilidade do próprio ato”*.

Face à decisão proferida o Recorrente interpôs recurso junto ao TCAN por entender que aquele Tribunal incorreu em violação à separação dos poderes. Segundo o Recorrente, apesar do caso tratar-se de três infrações, a administração impôs pena única e indivisível, razão pela qual o Tribunal *a quo*, ao anular somente parte do ato e dizer a penalidade a ser aplicada, incorreu em ingerência indevida na discricionariedade da Administração Pública.

O Ministério Público emitiu parecer no sentido de ser negado provimento ao recurso.

O Tribunal Central Administrativo Norte, entretanto, por unanimidade, revogou a sentença recorrida por entender que o TAF de Coimbra substituiu indevidamente pena imposta pela Administração Pública, cujos fundamentos convêm transcrever parcialmente: *“Independentemente da engenharia argumentativa que se possa utilizar, é patente que o tribunal a quo veio a interferir na medida da pena aplicada, pois que é mera conjectura afirmar que estando prescrita uma das três infrações imputadas ao então arguido, a Administração perante tal facto, iria aritmética e automaticamente aplicar apenas dois terços da pena anteriormente decidida”*.

Sob o argumento da discricionariedade administrativa, o TCAN, em conformidade com o posicionamento já assente na jurisprudência portuguesa, reforçou que a medida da pena só é passível de análise pelos Tribunais quando em causa erro manifesto ou grosseiro:

“(...) É pois claro que a jurisprudência a este respeito é uniforme no entendimento de que ao Tribunal cabe apenas analisar da existência material dos factos e averiguar se eles constituem infrações disciplinares, não lhe sendo permitido apreciar a medida concreta da pena, salvo em casos de erro grosseiro e manifesto, por esse ser um múnus da Administração inserido na chamada discricionariedade técnica ou administrativa. Efetivamente a sanção que foi aplicada ao Recorrente teve em consideração a prática de várias condutas materialmente distintas, mas que formalmente foram apreciadas, no âmbito do processo disciplinar, de forma unitária, o que não legitima que o tribunal reduza a pena em decorrência de uma mera operação aritmética, interferindo na discricionariedade da Administração. É

pois claro que a matéria da redução da pena estão enquadradas no conceito de discricionariedade técnica ou administrativa, o que, dada a inexistência de erro grosseiro da Administração, a torna insindicável pelo tribunal.

(...) Deste modo, em conformidade com o precedentemente expendido, acordam os Juízes que compõem a Secção de Contencioso Administrativo do presente Tribunal Central Administrativo Norte, conceder provimento ao Recurso, revogando-se o segmento decisório da decisão recorrida, mais se anulando o ato objeto de impugnação”.

Neste caso, verifica-se que a decisão do TAF de Coimbra, ainda que minoritária, demonstrou um avanço do alcance do controle jurisdicional das sanções disciplinares ao substituir a sanção imposta pela Administração Pública. Por outro lado, o TCAN invocou a teoria da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa, como costumeiramente ocorre, para afastar o controle da sanção disciplinar realizado pelo Tribunal *a quo*.

3.1.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

3.1.2.1 Processo n.º 121/11.4BEBJA

O acórdão em análise²³⁸ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja que julgou improcedente ação administrativa especial proposta por C...contra o Município de Odemira, cujo objeto era a anulação de pena disciplinar de demissão a ele imposta, bem como a condenação da demandada em readmiti-lo e, conseqüentemente, ao pagamento das remunerações que ele deixou de receber. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

No caso, a sanção de demissão foi aplicada à Recorrente por ter ela faltado ao serviço entre o período de 15.07.2010 a 06.09.2010, o que foi justificado somente no dia 27.08.2010, com a apresentação de atestado médico. O cerne da questão referiu à adequação da sanção de demissão imposta, notadamente se ficou comprovada a inviabilidade da manutenção da relação funcional. O Tribunal *a quo* manteve o ato sancionatório recorrido.

Face à decisão proferida, C...apresentou recurso ao Tribunal Central Administrativo Sul por entender que inexistente justa causa para aplicação da demissão, pois, ainda que tardiamente, as ausências foram devidamente justificadas.

²³⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de fevereiro de 2021, processo n.º 121/11.4BEBJA. (ac. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/03a7aa8ca7a4bc248025867300305502?OpenDocument&Highlight=0,121%2F11.4BEBJA>, consultado no dia 06/10/2021).

Dentre os diversos pontos que foram objetos do recurso destaca-se *“Do erro de julgamento imputado à sentença recorrida por ter considerado que pelo facto de a A., ora Recorrente, ter faltado ao serviço de 15.07.2010 a 06.09.2010 sem apresentar junto dos serviços do R., ora Recorrido, oportuna justificação, tal conduta consubstanciava infração disciplinar e que inviabiliza a manutenção da relação funcional por revelar desinteresse pelos seus deveres e falta de colaboração, constituindo, assim, justa causa de despedimento (...)”*.

Quanto a este ponto, o TCAS entendeu que a falta ao serviço, ainda que tardiamente justificada, não foi suficiente para comprovar a inviabilização da relação funcional, cujos principais argumentos transcrevem-se adiante: *“ (...) entende este tribunal que a deliberação impugnada viola o art. 18.º, n.º 1, alínea g), do ED2008, ao se ter bastado com uma análise meramente formal da atuação da A., ora Recorrente, sem considerar o motivo apresentado para as faltas ao serviço, motivo esse que, só por si, inviabilizaria a aplicação da pena mais gravosa, nos termos, designadamente, do supra citado aresto do STA de 2002, por se revelar manifestamente desproporcional face à infração cometida. Repare-se que não estamos perante um caso em que em nenhum momento as faltas foram justificadas. Estamos perante um caso em que as faltas foram justificadas, fora de prazo, por motivo de doença o que, mesmo a manter-se a natureza injustificada das mesmas por esse motivo, no juízo de culpa, de censura ética, sobre o comportamento da A., ora Recorrente, efetuado pelo R., ora Recorrido, no âmbito disciplinar, nada mais foi ponderado do que o atraso na entrega de tais justificações – o que apenas releva para a não justificação das mesmas -, sem ponderar devidamente a ausência de implicações disciplinares para tal conduta em caso de doença comprovada – cfr. alínea D) da matéria de facto. Em face do que, imperioso se torna revogar a sentença recorrida e, conhecendo em substituição, julgar a ação procedente, anulando-se o ato impugnado e condenando-se o R. a readmitir a A. e a reconstituir a sua situação jurídico-funcional”*.

Ao final, o TCAS revogou a sentença recorrida para anular o ato administrativo que aplicou a sanção de demissão.

3.1.2.2 Processo n.º 00810/14.1BECBR

O presente acórdão²³⁹ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra que julgou improcedente ação administrativa proposta por H., contra a Autoridade Tributária e Aduaneira,

²³⁹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de março de 2020, processo n.º 00810/14.1. (ac. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/58e576a75c6647d78025853_c00477ded?OpenDocument, consultado no dia 28/09/2021).

cujo objeto era a anulação de pena disciplinar imposta a ele. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O cerne da questão referiu à sanção disciplinar aplicada ao então Recorrente em sede de processo disciplinar, notadamente se houve adequada ponderação entre as circunstâncias agravantes e atenuantes. O Tribunal *a quo* manteve a decisão administrativa.

Face à decisão proferida, H. interpôs recurso jurisdicional ao TCAN, cujo pedido foi que a pena disciplinar que lhe foi aplicada, repreensão escrita, fosse alterada e substituída por suspensão pelo período de seis meses, nos termos do artigo 25º do anexo à Lei n.º 58/2008, de 09.09, e artigo 192º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20.06.

Ao final, o Tribunal entendeu que embora a escolha e graduação da pena pertençam à discricionariedade técnica da administração pública, quanto às circunstâncias de facto o conteúdo é vinculado, isto é, na ponderação entre os factos provados e as *atenuantes/agravantes*: *“Toda a jurisprudência que conhecemos entende que a escolha e graduação da pena pertence ao chamado âmbito da discricionariedade técnica. Todavia entendemos que há qui um momento de conteúdo vinculado, saber se as circunstâncias de facto, livremente apreciadas pela Entidade Administrativa, permite concluir que a suspensão da pena de repreensão é suficiente para o afastar de futuras infracções, caso em que se impõe aplicar a suspensão da pena de repreensão ao invés da pena efectiva de repreensão escrita. Não há dúvida de que o Autor desobedeceu a uma ordem legalmente dada pelo seu superior hierárquico, em matéria de serviço, configuradora da violação do dever geral de obediência, previsto no artigo 3º, nº 2, alínea f), e nº8 do anexo à Lei nº 58/2008, de 09.09. Assim, o arguido não exerceu, quando recebeu a ordem para tal, uma das suas funções de chefia, a contratualização dos objectivos a fixar para o respectivo Serviço de Finanças para 2013, nos termos do artigo 7º, nº 1, alínea a), da Portaria nº 198-A/2012, de 28,06, assim violando o dever de zelo previsto no artigo 3º, nº 2, alínea e), e nº 7, do referido anexo à Lei nº 58/2008, de 09.09. Mas contra ele não militam quaisquer agravantes. Pelo contrário, conta a seu favor com importantes atenuantes: uma carreira muito longa, de 40 anos, sem qualquer mancha no seu curriculum, ou seja sem qualquer punição disciplinar, com conduta anterior pautada pelo zelo e profissionalismo, sem produção de qualquer efeito nocivo para o interesse público ou para o serviço, tratando-se o seu acto de um acto isolado, irreflectido e de descortesia. O que justifica a aplicação de suspensão da pena de repreensão escrita, não sujeita a registo de suspensão da pena de repreensão escrita. O recurso merece, pois, provimento, pelo que se impõe revogar a sentença recorrida*

e alterar a pena aplicada ao Autor de repreensão escrita para a suspensão da repreensão escrita aplicada ao Autor pelo período de seis meses.

Com bases em tais argumentos o Tribunal Central Administrativo Norte concedeu provimento ao recurso para revogar a decisão recorrida e julgar procedente a ação administrativa proposta pelo Recorrente contra a Autoridade Tributária e Aduaneira.

O MM. Juíz Frederico Branco proferiu voto no qual acompanhou a argumentação do acórdão no que se refere à anulação da pena, porém divergiu quanto à possibilidade de aplicar pena diversa “por entender que tal prerrogativa extravasa as competências judiciais”.

3.1.2.3 Processo n.º 00968/10.9BEAVR

O acórdão em análise²⁴⁰ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro que julgou procedente acção administrativa especial proposta por EMMA contra o Centro Hospitalar de Entre o Douro e Vouga, E.P.E., para anular acto administrativo que lhe aplicou pena disciplinar de demissão. O litígio em causa está no âmbito da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014.

O cerne da questão referiu à pena de demissão imposta a Recorrida, notadamente se ficou comprovada a inviabilidade da manutenção da relação funcional. O Tribunal *a quo* considerou que o Recorrente aplicou a pena sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, razão pela qual anulou o ato administrativo sancionatório, cujos principais argumentos convêm explicitar abaixo. Inicialmente, aquele Tribunal apontou que não ficou comprovada a inviabilização da manutenção da relação funcional, isto porque entendeu que as condutas praticadas pela Recorrida não foram suficientes para justificar tal penalidade.

Adiante, o TAF de Aveiro discorreu sobre a necessidade de considerar e ponderar as circunstâncias relativas ao caso concreto quando da imposição de sanção e, ao final, entendeu que esta tarefa não foi devidamente realizada pela Administração, razão pela qual anulou o ato que aplicou a pena de demissão: *“Em concreto, não resulta da acusação a realização de qualquer juízo de prognose acerca da inviabilidade da manutenção da relação jurídico funcional com a Autora, a Senhora Instrutora limitou-se a invocar o artigo 18º do ED, sem efetuar o referido juízo de prognose. A alegada conduta da Autora não implica maquinalmente a inviabilização da relação funcional, a qual tem necessariamente que ver*

²⁴⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de julho de 2019, processo n.º 00968/10.9BEAVR. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/cfb8d1b3f25e479d802584380039d8af?OpenDocument&Highlight=0,00968%2F10.9BEAVR>, consultado no dia 27/09/2021).

com o referido juízo de prognose que não foi feito na acusação, não foram identificados e levados à acusação factos concretos caracterizadores desse juízo de prognose e que constituíssem um plus à gravidade objetiva da falha, para que à Autora fosse dada a possibilidade de os contradizer. A pena aplicada à A. não foi precedida da perscrutação de facto que permitiria fundar e suportar o juízo de inviabilidade previsto no artigo 18º, nº1, do ED. Falta, assim, um elemento essencial, que impedia a ED. de lançar mão do citado preceito legal. Sem o referido juízo de prognose, não foram sequer explicitadas na acusação as razões concretas pelas quais se entendia haver inviabilidade da manutenção da relação jurídico-funcional, afetando, desse modo, o cabal exercício do direito de defesa da Autora. (...) Não basta a subsunção dos factos a qualquer uma das alíneas do artigo 18º, nº 1, do ED, também é preciso demonstrar, no âmbito do processo disciplinar, a inviabilidade da manutenção da relação laboral (...)”.

Face à decisão proferida, o Centro Hospitalar de Entre o Douro e Vouga, E.P.E. interpôs recurso por entender que não houve ilegalidade no processo disciplinar. O Tribunal Central Administrativo Norte negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida: *“é de anular um acto que aplicou a pena de demissão ligando automaticamente essa consequência jurídica à verificação de um determinado facto sem ponderar se as circunstâncias concretas do caso, pela sua gravidade, inviabilizam a manutenção da relação funcional”*.

Com base em tais argumentos denota-se que a decisão recorrida realizou o controle do ato administrativo sancionatório que não ponderou as peculiaridades do caso quando aplicou a demissão, penalidade mais gravosa dentre aquelas previstas na LTFP.

Ocorreu neste caso, portanto, o diálogo com o caso concreto, significa isto controle judicial de legalidade, não de mérito, pois, conforme já discorrido no capítulo anterior, com base nos entendimentos doutrinários de Ana Neves e Flávio Unes Pereira, a Administração Pública está vinculada aos factos, de modo que não cabe qualquer juízo valorativo acerca disso.

3.1.2.4 Processo n.º 2511/14.1BESNT

O acórdão em análise²⁴¹ teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra que julgou procedente ação administrativa especial proposta por J contra o Município de Cascais, cujo objeto era a anulação de pena disciplinar de multa a ele imposta. O litígio em causa está no âmbito do

²⁴¹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de julho de 2019, processo n.º 2511/14.1BESNT. (ac. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9389a9140ec253538025842d003d35b6?OpenDocument&Highlight=0,2511%2F14.1BESNT%20>, consultado no dia 05/10/2021).

Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O cerne da questão referiu à ausência de comprovação da violação dos deveres profissionais de zelo e lealdade por parte do ora Recorrido. O Tribunal *a quo* entendeu que a violação não ocorreu e, em consequência, anulou o ato sancionatório que a ele aplicou a multa. Face à decisão proferida o Município de Cascais interpôs recurso jurisdicional ao Tribunal Central Administrativo Sul a fim de que seja mantida a pena disciplinar aplicada, sob argumento de *“erro de julgamento, por errada apreciação da matéria de facto ao concluir que o Autor não infringiu os deveres de zelo e de lealdade (...)”*.

O TCAS entendeu que a decisão recorrida não merece ser revista, cujos fundamentos são os seguintes: *Analisados os factos, assim como a prova que foi produzida, é de entender no sentido decidido pela sentença recorria, de que, ao contrário do que resulta do ato impugnado, os factos dados como provados no processo disciplinar não permitem concluir pela violação dos deveres gerais de zelo e de lealdade e consequentemente, pela sanção de multa aplicada ao ora Recorrido. Ao contrário do alegado no presente recurso, os factos descritos e que resultam provados não permitem a sua integração na violação dos deveres gerais imputados e, consequentemente, nas infrações disciplinares correspondentes, não preenchendo os tipos de ilícito disciplinar pelos quais o arguido, ora Autor e Recorrido, foi sancionado. Nestes termos, não procede a censura que é dirigida contra a sentença recorrida, não enfermando de erro de julgamento quanto à interpretação e valoração dos factos e das provas produzidas no âmbito do procedimento disciplinar, improcedendo totalmente as conclusões do recurso, por não provadas. Em consequência, será de negar provimento ao recurso, por não provados os seus fundamentos, mantendo-se a sentença recorrida, que julgando procedente a ação administrativa, determinou a anulação da deliberação impugnada, de aplicação da pena disciplinar ao Autor, ora Recorrido.* Ao final, o Tribunal negou provimento ao recurso e manteve a sentença recorrida. Neste caso, ocorreu o controle jurisdicional da sanção disciplinar, especificamente quanto à apreciação da matéria de facto realizada pela Administração Pública.

3.1.2.5 Processo n.º 1429/13.0 BESNT

O acórdão em análise²⁴² teve por objeto a decisão do Tribunal Administrativo de Círculo de Sintra que julgou procedente ação administrativa especial proposta por NOÉMIA contra M.T.S.S.S. -

²⁴² Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de janeiro de 2018, processo n.º 1429/13.0 BESNT (ac. disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d4c16122e29e9ad80258232005b042c?OpenDocument&Highlight=0,1429%2F13.0,BESNT,consultado no dia 29/09/2021](http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d4c16122e29e9ad80258232005b042c?OpenDocument&Highlight=0,1429%2F13.0,BESNT,consultado%20no%20dia%2029%2F09%2F2021)).

AUTORIDADE PARA AS CONDIÇÕES DE TRABALHO, e anulou ato administrativo que aplicou pena disciplinar de demissão a então Autora. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas de 2008 (Lei nº 58/2008, alterada em 2013 e revogada em 2014), tendo em vista que os factos ocorreram em 2011.

O M.T.S.S.S. - AUTORIDADE PARA AS CONDIÇÕES DE TRABALHO apresentou recurso pugnando pela manutenção do ato sancionatório por entender que os vícios mencionados na sentença recorrida não procedem.

O cerne da questão referiu à verificação da adequação da pena de demissão imposta à Noémia. Ao apreciar o recurso, o Tribunal Central Administrativo Sul analisou os seguintes pontos: “- *Erro de julgamento quanto a, com base nos factos apurados, se ter demonstrado suficientemente a prática dos ilícitos disciplinares em causa, imputados à arguida, aqui autora e recorrida; - Erro de julgamento quanto à inviabilização da manutenção da relação funcional; - Erro de julgamento quanto à existência dos fundamentos para a sanção disciplinar de demissão*”.

O referido Tribunal considerou que não ficaram comprovados os ilícitos disciplinares, cujos principais argumentos convêm explicitar abaixo. Primeiramente, quanto ao erro de julgamento dos factos apurados, o TCAS entendeu que houve “ (...) *incorreta apreciação dos meios de prova produzidos, claramente insuficientes para dar como provados os factos principais ou típicos em causa. Tudo isto conduziu a uma fundamentação de facto muito insuficiente quanto aos pressupostos de facto dos ilícitos disciplinares cits. E uma fundamentação em tais termos representa a omissão de uma formalidade essencial (artigo 125º/2 do CPA/1991), essencialíssima no direito sancionatório*”.

Ademais, o Tribunal entendeu que não restou comprovada a inviabilização da manutenção da relação funcional, bem como que não houve a necessária fundamentação quando da escolha da sanção: “*Assim sendo, a A.P. e o juiz podem - e devem - externar a aplicação que devem fazer das máximas de direito sancionatório quanto à escolha (i) de penas em alternativa e ou (ii) quanto à escolha da medida concreta da pena, utilizando nomeadamente os três subprincípios incluídos na máxima metódica da proporcionalidade, como decorre do cit. artigo 20º do ED e dos artigos 40º e 70º a 74º do C. Penal, mas onde a censurabilidade do facto ilícito adquire um papel central. Ora, no caso presente, como vimos, o recorrente nada analisou, nada externou, sobre estes pontos, (i) o da fundamentação da opção pela demissão e (ii) o da fundamentação, num juízo necessário de prognose, sobre a inviabilização da manutenção da relação funcional. Limitou-se a pressupor ou a presumir esta inviabilização e a, depois, aplicar a sanção disciplinar de demissão. Também aqui a importantíssima fundamentação falhou. Em grande medida*”.

Com bases em tais argumentos o Tribunal Central Administrativo Sul negou provimento ao recurso e manteve a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* que anulou o ato administrativo sancionatório.

3.2 Supremo Tribunal Administrativo

Acerca da competência, em regra, as decisões proferidas pelos Tribunais Centrais Administrativos não são passíveis de recurso para o STA. Nos termos do n.º 1 do art. 150 do CPTA, entretanto, caberá recurso de revista “ (...) quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”.

Assim, as decisões do STA aqui analisadas são, preferencialmente, aquelas relativas aos litígios decorrentes de trabalhadores públicos regidos pela LTFP (Lei n.º 35/2014). Há, entretanto, decisões que, embora referentes ao direito disciplinar, dizem respeito à outras categorias de trabalhadores. Isto ocorre por que a competência do STA é quase exclusiva para julgamento de recurso de revista²⁴³, de modo que as decisões que dizem respeito ao objeto deste trabalho são em menor quantidade.

3.2.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

3.2.1.1 Processo n.º 0245/14

O acórdão em análise²⁴⁴ teve por objeto a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte que julgou parcialmente procedente ação administrativa especial proposta por A...contra a Universidade..., cujo objeto era a anulação de pena disciplinar de suspensão de 240 dias a ele imposta. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O TCAN concedeu parcial provimento ao recurso e anulou o ato impugnado e reduziu a suspensão para 90 dias. Inconformado, o Recorrente interpôs revista junto ao STA por entender incorreta a dosimetria da sanção aplicada.

O STA entendeu admissível a revista para averiguação das seguintes questões: “ (1) se a sanção disciplinar deve ser anulada quando a acusação imputa ao arguido a infracção de um dever funcional e

²⁴³ Informação extraída da página de apresentação do Supremo Tribunal Administrativo, disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao/>, consultada no dia 18/10/2021.

²⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de março de 2015, processo n.º 0245/14. (ac. disponível em: [82](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bdb080b7639c24e180257e0c0059150b?OpenDocument&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar,discricionariade), consultado no dia 18/10/2021.</p></div><div data-bbox=)

este vem a ser condenado com base na violação de outro dever funcional e (2) se, impugnada a sanção disciplinar, o Tribunal, verificando a existência de erro grosseiro na determinação da pena, deve anular o acto e alterar essa sanção”.

Pretendeu o Recorrente a redução da pena para 35/40 dias. O STA, todavia, indeferiu tal pedido com base no entendimento jurisprudencial dominante de ser impossível apreciar a medida concreta da pena por ser matéria inserida na discricionariedade da Administração Pública, salvo em caso de erro grosseiro ou manifesto: *“O que quer dizer que, muito embora seja certo caber dentro dos poderes judiciais analisar se os factos que justificaram a punição tiveram lugar e se eles constituem a infracção disciplinar que a determinou já lhe escapa, salvo em casos de erro manifesto e grosseiro, a competência para apreciar se a medida concreta da pena foi bem doseada por esta ser uma tarefa da Administração inserida dentro dos seus poderes discricionários. Ou seja, e dito de forma diferente, a sindicância judicial incidente sobre o exercício dos poderes disciplinares da Administração só poderá ter lugar quando os critérios de graduação utilizados ou o resultado a que se chegou tiverem sido grosseiros ou ostensivamente inadmissíveis ou tiverem sido violados os princípios constitucionais ligados ao exercício de actividade administrativa, designadamente o da proporcionalidade e da justiça”.*

Ainda, o Recorrente pugnou pela suspensão da execução da pena aplicada. O STA, embora tenha reconhecido que a suspensão é possível a depender das circunstâncias atenuantes/agravantes de cada caso, entendeu ser esta atribuição da autoridade que aplicou a pena por ser tarefa inserida na discricionariedade da Administração: *“ (...) O que significa que o uso dos poderes de suspensão da pena cabe dentro dos poderes discricionários da Administração e que, por isso, a sua decisão nessa matéria só pode ser sindicada existindo erro grosseiro ou o uso de critérios ostensivamente inadmissíveis ou a violação dos princípios constitucionais ligados ao exercício de actividade administrativa”.*

Ao final, foi negado provimento ao recurso.

3.2.1.2 Processo n.º 02831/11.7BEPRT

O acórdão em análise²⁴⁵ teve por objeto a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte que negou provimento ao recurso interposto em face de sentença proferida pelo TAF do Porto que julgou parcialmente procedente ação administrativa especial proposta por A...contra o Centro Hospitalar de São João – E.P.E., cujo objeto era impugnação de ato que a ela aplicou pena disciplinar de demissão. O litígio

²⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de maio de 2019, processo n.º 02831/11.7BEPRT (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/870f3c2257a946e880258408004bd353?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,02831%2F11.7BEPRT#_Section1), consultado no dia 18/10/2021.

em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O TAF do Porto, sob argumento de que houve erro de facto, erro de direito e falta de fundamentação, anulou o ato administrativo e condenou o Centro Hospitalar acima referido a readmitir A... ao seu serviço e a pagar-lhe indemnização no valor de 6.720,57€ (seis mil e setecentos e vinte euros e cinquenta e sete cêntimos)

Face à decisão proferida, o Centro Hospitalar recorreu junto ao TCAN, o qual entendeu reduzido o grau de culpa da arguida e, ao final, aplicou circunstância atenuante não prevista no rol considerado taxativo do Estatuto Disciplinar vigente à época e indeferiu o recurso. Em consequência, o Centro Hospitalar recorreu perante o STA. A revista teve por objeto apreciar a decisão de segunda instância no que diz respeito à ponderação sobre a inviabilidade da manutenção da relação funcional da então recorrida.

O STA, entretanto, reapreciou os factos e considerou que eram suficientes para manter a sanção de demissão aplicada no âmbito administrativo, sem considerar isto violação à discricionariedade administrativa: “ (...) *os elementos constantes dos autos são, por si só, suficientes, para permitirem ao Tribunal, dentro dos poderes que nestes casos, em concreto, lhe são permitidos conhecer sem violação do poder discricionário que compete à Administração, concluir que, no caso sub judice se verifica uma situação que inviabiliza a manutenção da relação de trabalho, elementos estes, que se mostram devidamente fundamentados, em obediência ao dever de fundamentação a que está adstrito a entidade patronal, ou seja o HSJ*”.

Ao final, o STA concedeu provimento ao recurso, revogou a decisão recorrida e julgou improcedente a ação administrativa proposta pela então autora.

3.2.1.3 Processo n.º 0804/11.9BECBR 0228/18

O acórdão em análise²⁴⁶ teve por objeto a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte que concedeu provimento ao recurso interposto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE (atualmente Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra) e julgou improcedente ação administrativa especial proposta por A..., cujos pedidos eram a anulação de ato que a ela aplicou pena disciplinar de demissão, condenação do réu em pagamento de indemnização e restituição da sua situação jurídico-

²⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de junho de 2019, processo n.º 0804/11.9BECBR 0228/18. (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7284b4edd561c4fc80258433004d3c1c?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar#_Section1), consultado no dia 18/10/2021.

funcional. O litígio em causa está no âmbito do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09 de setembro, vigente à época dos factos.

O TAF anulou o ato que aplicou a sanção disciplinar por entender indevida a condenação da Autora em sede de processo disciplinar com base em declarações prestadas nos autos de inquérito criminal. Face à decisão proferida a entidade demanda interpôs recurso junto ao TCAN, o qual foi julgado procedente e, em consequência, anulada a sentença de primeiro grau. Diante disto, A...interpôs recurso de revista ao STA no qual requereu a revogação da decisão de segundo grau por entender existir nulidade e erro de julgamento.

O TCAN, ao julgar procedente o recurso, entendeu que ainda que fosse inadmitido o uso da prova produzida no inquérito criminal, o que não considerou não ser, aquelas colhidas no âmbito do processo disciplinar foram suficientes para justificar a sanção de demissão. Diante disto, a então Recorrente alegou no recurso de revista, dentre outros pontos, que a decisão do TCAN incorreu em erro de julgamento por violação ao princípio da separação dos poderes e por desrespeito aos limites da função jurisdicional quando valorou as provas produzidas no processo administrativo.

O STA, entretanto, considerou que “ (...) esse erro de julgamento não se verifica, dado que o tribunal pode sempre sobrepor o seu juízo de avaliação àquele que fora efectuado pela autoridade administrativa” e, ao final, negou provimento ao recurso e confirmou o acórdão recorrido.

3.2.1.4 Processo n.º 0972/16.3BELSB

O acórdão em análise²⁴⁷ foi proferido nos autos de ação administrativa especial proposta por A...contra a Assembleia da República, cujo objeto era anulação de ato que a ela aplicou a sanção de demissão. Dentre os diversos argumentos utilizados pela Autora destaca-se aquele relativo à medida da sanção, segundo a qual a demissão aplicada é desproporcional, tendo em vista que não foram devidamente observadas as circunstâncias atenuantes.

Quanto a este ponto, o STA entendeu que os dados constantes na Nota Biográfica da Autora não eram suficientes para diminuir a culpa dela e, em consequência, não justificava a aplicação de sanção mais branda: “*Efectivamente, estes dados que constam da Nota Biográfica da A. não são de molde a, em si mesmos, diminuir substancialmente a culpa do trabalhador ao ponto de lhe poder ser aplicada uma sanção inferior (art. 190.º, n.º 3) – que a A. entenderia ser a multa –, até porque esta solução de*

²⁴⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de outubro de 2020, processo n.º 0972/16.3BELSB. (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fbb17baac6008f848025861b0040c74a?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0972%2F16.3BELSB#_Section1), consultado no dia 20/10/2021.

aplicação de pena inferior se confronta igualmente com as circunstâncias agravantes já supra mencionadas. (...) Em síntese, e em face de todo o exposto, não se pode concluir que a sanção expulsiva aplicada à A. tenha sido desproporcional, sendo que, em virtude do novo projecto de vida que a mesma diz ter abraçado num país distante e do desinteresse total e reiterado que demonstrou em voltar ao serviço na AR, tudo indica que os episódios de insubordinação iriam continuar, ainda que só até à data em que o filho da A. se viesse a inscrever numa universidade portuguesa e tivessem de regressar a Portugal!”

Ao final, o STA julgou improcedente a ação administrativa por entender ausentes circunstâncias que justificassem a aplicação de sanção mais branda. Nota-se que apesar de mantida a demissão, ocorreu a fiscalização jurisdicional do ato sancionatório a partir da reavaliação das provas.

3.2.1.5 Processo n.º 022/19.8BALS

O acórdão em análise²⁴⁸ foi proferido nos autos de ação administrativa proposta por A...contra acórdão do Plenário do Conselho Superior do Ministério Público que, dentre outras questões, não reconheceu vício de fundamentação de decisão que a ele aplicou sanção disciplinar de 8 (oito) dias de multa por violação do dever funcional de lealdade.

Face à decisão proferida, o Autor propôs ação administrativa perante o STA, cujo pedido, dentre outros, é a declaração de nulidade do acórdão recorrido por vício de fundamentação e, subsidiariamente, a substituição da multa por advertência não registrada.

O STA, entretanto, considerou que o acórdão foi devidamente fundamentado, bem como que não houve excessividade na aplicação da sanção e, ainda, destacou que não houve erro manifesto ou grosseiro na aplicação da multa: *“Ora, mais uma vez, convocando a discricionariedade técnica atinente ao órgão decisor, não vislumbramos que, no caso concreto, exista qualquer erro grosseiro ou manifesto, na ponderação da pena aplicada, nem violação dos princípios da justiça ou da proporcionalidade; ao invés, a mesma mostra-se adequada à medida da ilicitude da conduta do autor/arguido, da sua culpa e das circunstâncias agravantes e atenuantes que foram tidas em consideração, improcedendo assim, também, nesta parte, a alegação do autor”*.

Com base em tais argumentos, o STA julgou improcedente a ação.

²⁴⁸Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03 de outubro de 2019, processo n.º 022/19.8BALS. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/49204e2a498a916a8025848e0054c914?OpenDocument&Highlight=0,022%2F19.8BALS>), consultado no dia 20/10/2021.

3.2.1.6 Processo n.º 0714/18.9BALS

O acórdão em análise²⁴⁹ foi proferido nos autos de ação administrativa proposta por A...contra acórdão do Plenário do Conselho Superior do Ministério Público que a ele aplicou pena de suspensão de 50 (cinquenta) dias. Face à decisão proferida, o Autor propôs ação administrativa perante o STA, cujo pedido é a declaração de nulidade do acórdão recorrido por *“ilegalidades por dupla valoração dos factos puníveis e contradição insanável da fundamentação, e por omissão de diligência essencial para descobrir a verdade e falta de fundamentação”*.

Em suma, o então Autor discordou quanto à medida da sanção disciplinar a ele aplicada, pois entende que não poderia ultrapassar 20 (vinte) dias de suspensão. Quanto a este ponto, o STA argumentou tratar-se de matéria dotada de discricionariedade, daí por que insindicável, exceto nos casos de erro manifesto ou grosseiro: *“(...) A este respeito, encontramos-nos num domínio fortemente marcado pelo «poder discricionário» atribuído, no caso, ao CSMP. A ele compete, na verdade, fazer os juízos de apreciação e avaliação necessários à escolha e determinação da pena disciplinar que - dentro do quadro legal permitido - deverá ter lugar no caso concreto. Ai, onde o CSMP exerce essa efectiva prerrogativa de avaliação, os tribunais não devem entrar, a não ser, e isso se lhes exige, através do controlo externo sobre o correcto exercício desse poder discricionário - discricionariedade imprópria - que lhe é atribuído. Caberá ao tribunal, assim, no âmbito desse controlo externo, apreciar casos de «erro grosseiro, desvio de poder, erro de facto, falta de fundamentação», e, em geral, de «incompatibilidade do juízo condenatório com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e princípios fundamentais cujo cumprimento se imponha à Administração». Ora, no presente caso, nada disso se divisa, ou sequer foi invocado pelo autor, que se limitou a substituir o julgamento feito pelo CSMP pelo seu próprio”*.

Com base em tais argumentos, o STA julgou improcedente a ação.

3.2.1.7 Processo n.º 0431/17.7BALS

O acórdão em análise²⁵⁰ foi proferido nos autos de ação administrativa proposta por A...contra acórdão do Plenário do Conselho Superior do Ministério Público que a ele aplicou pena de suspensão de 25 (vinte e cinco) dias.

²⁴⁹Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de outubro de 2019, processo n.º 0714/18.9BALS. (ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7d483d201ff1aabb802584aa00405b26?OpenDocument&Highlight=0,0714%2F18.9BALS>), consultado no dia 20/10/2021.

²⁵⁰Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de setembro de 2020, processo n.º 0431/17.7BALS. (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/042bc73e17b58ca0802585f400525c2b?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0431%2F17.7BALS#_Section1), consultado no dia 20/10/2021.

Face à decisão proferida, o Autor propôs ação administrativa perante o STA, cujos pedidos são, dentre outros, a declaração de nulidade do acórdão do CSMP, bem como aplicação de nenhuma sanção ou de outra de menor gravidade. De acordo com o Autor, o ato sancionatório incorreu em erro quanto à apreciação dos factos e proporcionalidade da sanção aplicada.

O STA, entretanto, entendeu que os factos comprovados justificaram a sanção imposta, pelo que não a considerou desproporcional nem desadequada, principalmente por tratar-se de sanção variável, cuja quantidade de dias aplicados aproximou-se do mínimo legalmente previsto.

Quanto ao pedido de substituição da suspensão, o STA reafirmou o entendimento jurisprudencial dominante de que a escolha e medida da sanção estão inseridas no âmbito da discricionariedade administrativa, de modo que só é sindicável quando presentes erro manifesto ou grosseiro, porém, ao mesmo tempo em que diz não ser possível o controle neste caso, analisou os factos provados no que diz respeito às circunstâncias atenuantes e agravantes para dizer que a suspensão de 25 dias fora devidamente aplicada:

“ (...) Ora, a fixação da pena em 25 dias numa situação em que há atenuantes mas em que também se verifica uma reiteração de condutas reveladoras do grave desinteresse do arguido pelo cumprimento dos seus deveres profissionais com reflexos externos no interesse público na boa e célere administração da justiça e no prestígio da função não pode considerar-se desajustada. Desinteresse consciente, como atrás se viu, o que dá ao ilícito disciplinar uma maior gravidade, ou seja, evidencia uma maior vontade de não cumprir. Justifica-se, pois, a aplicação de pena de suspensão de exercício por vinte e cinco dias para sancionar as várias condutas integradoras das infracções disciplinares que lhe foram imputadas e relativas ao período temporal alvo do procedimento disciplinar. Deste modo, não enferma de erro de julgamento o acórdão impugnado ao ter optado pela concreta pena aplicada, a qual é o resultado de acertada qualificação jurídica da factualidade relevante.

Ao final, a ação foi julgada improcedente.

3.2.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

3.2.2.1 Processo n.º 035/12.0BECBR 0812/18

O acórdão em análise²⁵¹ teve por objeto a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte que negou provimento ao recurso interposto em face de sentença proferida pelo TAF de Coimbra que julgou

²⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de outubro de 2020, processo n.º 035/12.0BECBR 0812/18. (ac. disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bd99593d3dfb9ba18025861b0033229b?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,035%2F12.0BECBR,0812%2F18#_Section1), consultado no dia 18/10/2021.

improcedente ação administrativa especial proposta por A...contra o Município da Figueira da Foz, cujo objeto era impugnação de pena disciplinar de suspensão por trezentos dias a ele imposta.

Tanto na sentença de primeira instância quanto naquela proferida pelo TCAN argumentaram a impossibilidade de provimento do recurso por ausência de erro manifesto ou grosseiro na valoração da prova.

Admitido o recurso de revista, restringiu-se a verificar a ocorrência de erro nos pressupostos de facto. Ao analisar o caso, o STA defendeu que a tese amplamente adotada na jurisprudência portuguesa de que os Tribunais só devem intervir diante de erro manifesto e grosseiro não contribui para a busca da verdade real e assim discorreu de maneira brilhante acerca do alcance do controle jurisdicional da medida da pena.

Primeiramente, o STA criticou o entendimento muito invocado em sede do controle jurisdicional de que a valoração da prova é atividade quase exclusiva da Administração. Destacou o dever dos Tribunais fazerem a reapreciação do julgamento de facto realizado pela Administração, tudo com o fim de que se alcance a verdade real:

“(...) Prosseguindo, tanto a 1.ª instância, como o acórdão recorrido partem da ideia, errada, de que a Administração possui uma prerrogativa de apreciação da prova produzida em procedimento administrativo que consideram ser praticamente exclusiva e absoluta, apenas restando aos tribunais um papel residual e secundário para os casos extremos de erros grosseiros. Mas não é manifestamente assim. Um dos fundamentos de uma decisão justa é ela assentar, na medida do possível, nos factos tal como eles ocorreram na realidade. Ora, para alcançar essa verdade dos factos, os tribunais têm de dedicar tempo e cuidado à reconstituição dos factos objecto do processo, não devendo aderir acriticamente à versão da realidade dos factos de uma ou de outra das partes, ainda que uma delas seja a Administração. É que, se é verdade que o artigo 607.º, n.º 5, do CPC (aqui aplicável ex vi dos artigos 1.º e 140.º do CPTA) consagra o princípio da livre apreciação da prova, não há como interpretar este princípio como conferindo ao julgador uma liberdade ilimitada de apreciação da prova, a qual incluiria a decisão de, pura e simplesmente, não a controlar – bastando, desde logo, para chegar a esta conclusão a leitura integral do mencionado n.º 5 –; e, sobretudo, não há que confundir este princípio com o exercício de poderes discricionários por parte da Administração”.

Se, por um lado, a tripartição dos poderes é costumeiramente suscitada para afastar o controle no âmbito das sanções disciplinares, por outro, o controle ausente ou deficitário viola o Estado de Direito. Neste sentido, o STA discorreu que *“O mau uso ou não uso que, in casu, as instâncias fizeram dos seus poderes de controlo da matéria de facto que sustentou o acto impugnado corresponde, além do mais, a*

uma visão nada consentânea com um Estado de Direito e com a protecção dos administrados, indesmentível valor constitucional. Em suma, os tribunais, excepcionados os casos em que estão legalmente impedidos de o fazer, não só podem, como devem reapreciar o julgamento de facto realizado pela Administração em toda a sua extensão, ou seja, devem reapreciar todos os elementos de prova que foram produzidos nos autos. Não aceitar isto equivale a deixar os particulares nas mãos da Administração, assim se esvaziando ou mesmo privando de sentido o direito de acesso à justiça e aos tribunais, constitucionalmente consagrado no artigo 20.º da CRP”.

Ao final, o STA deu provimento ao recurso, revogou a decisão recorrida e determinou a remessa dos autos ao TCAN para reapreciação da prova produzida.

3.3 Análise da jurisprudência portuguesa

As decisões acima analisadas demonstram que os Tribunais Administrativos Portugueses ampliaram o entendimento acerca do alcance do controle jurisdicional da sanção disciplinar. De acordo com os dados, verifica-se que a jurisprudência majoritária não subscreve a tese de que o controle é admitido somente em casos de erro manifesto ou grosseiro, de modo que se tem admitido um controle mais profundo com a reapreciação dos factos e das provas que ensejaram a imposição da sanção pela Administração Pública, em consonância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e da busca pela verdade real.

Por outro lado, a possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais ainda não é amplamente aceita, com base no entendimento de que esta tarefa é exclusiva da Administração Pública. Dentre as dezoito decisões analisadas, três delas substituíram a sanção aplicada pela Administração. Entretanto, foram revogadas em sede de recurso por ausência de grosseira violação da proporcionalidade. Prevaleceu apenas uma decisão que anulou a sanção e aplicou pena diversa, pois o Tribunal de segundo grau considerou que não houve observância das circunstâncias concretas.

CAPÍTULO IV – O CONTROLE DAS SANÇÕES DISCIPLINARES PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Neste capítulo será realizada a análise das decisões de alguns dos Tribunais do Brasil, especificamente do Tribunal Regional Federal da 1^o Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, proferidas entre o ano de 2014 e 2019. Tendo em vista que no Brasil a jurisdição é unitária, os litígios que versam sobre as relações com a Administração Pública são julgados pelos Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando se tratar de agentes públicos estaduais, distritais e municipais, e pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais no caso de agentes públicos federais, respeitadas a hierarquia e as atribuições de cada um.

A escolha do TRF da 1^a região justifica-se por ser o Tribunal de segunda instância competente para julgamento dos litígios relativos aos servidores públicos regidos pela Lei n.º 8.112/90²⁵², inclusive do Estado de Goiás, local onde reside a mestrandia.

Já o Superior Tribunal de Justiça foi escolhido por ser “*a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil*”²⁵³, o que ocorre, principalmente, por meio de Recurso Especial.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de hierarquia máxima do Poder Judiciário brasileiro.

Considerando que o entendimento da jurisprudência brasileira é no sentido de que aos Tribunais é vedada a análise da medida concreta da pena por tratar-se de matéria inserida na discricionariedade técnica ou administrativa, salvo em casos de violação ao princípio da proporcionalidade, esta pesquisa tem por objetivo verificar se há decisões, ainda que minoritárias, no sentido de inovar o alcance do controle jurisdicional, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais.

A pesquisa foi realizada no endereço eletrônico de cada um dos Tribunais, no qual estão reunidos os acórdãos proferidos pelos Tribunais brasileiros. A consulta ocorreu principalmente a partir dos termos “proporcionalidade”, “poder disciplinar”, “controle jurisdicional” e “sanções disciplinares”.

As decisões analisadas incluem tanto aquelas que negaram quanto concederam provimento aos recursos interpostos em face de decisões dos Tribunais de primeira instância. No total, foram analisados quinze acórdãos divididos da seguinte forma:

²⁵² Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

²⁵³ <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Institucional/Atribuicoes>

- Cinco decisões do Tribunal Regional Federal da 1º Região, das quais três favoráveis à anulação da sanção disciplinar imposta pela Administração;
- Cinco decisões do Superior Tribunal de Justiça, das quais duas favoráveis à anulação da sanção;
- Cinco decisões do Supremo Tribunal Federal, das quais duas favoráveis à anulação da sanção.

Os critérios utilizados para escolha das decisões analisadas de ambos os países foram os seguintes:

- Consideração das circunstâncias do caso concreto quando da imposição da sanção disciplinar;
- Violação de princípios jurídicos pela Administração Pública;
- Imposição de sanção disciplinar desproporcional;
- Anulação da sanção pelo Judiciário com base em argumentos de discricção administrativa;
- Substituição da sanção pelo Judiciário.

Por fim, a pesquisa limitou-se às decisões que envolvam servidores públicos civis da União, cujo regime jurídico está disciplinado na Lei n.º 8.112/90. Passa-se, então, à análise das decisões.

4.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

4.1.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

4.1.1.1 Apelação n.º 2007.34.00.030708-2 - DF

O acórdão em análise²⁵⁴ foi proferido nos autos de apelação interposta por servidor público contra sentença que julgou improcedente pedido de declaração de nulidade de ato que a ele aplicou sanção disciplinar de demissão.

O Apelante pretendeu a reforma da decisão por entender, dentre outros argumentos, que os atos por ele praticados no serviço público não configuraram a infração a ele imputada (desídia). O TRF 1º Região, entretanto, considerou que “*o controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que deram ensejo à punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, à luz da legislação aplicável*”.

²⁵⁴ Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 22 de março de 2019, apelação n.º 2007.34.00.030708-2 - DF (ac. disponível em: [https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200734000307082&pA=200734000307082&pN=305704220074013400\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200734000307082&pA=200734000307082&pN=305704220074013400)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)), consultado no dia 28/10/2021.

Ao final, entendeu que os factos constantes no procedimento administrativo foram suficientes para comprovar a prática infracional e, em consequência, considerou que houve respeito ao princípio da proporcionalidade: *“Guardada, na aplicação da sanção, a proporcionalidade, haja vista os reflexos negativos para o serviço público, advindos com a prática da conduta de tal natureza, não se mostra possível amparar a tese autoral de que a demissão seria desproporcional”*.

Assim, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto.

4.1.1.2 Apelação n.º 2009.31.00.003450-8 - JFAP

O acórdão em análise²⁵⁵ foi proferido nos autos de apelação interposta por servidor público contra sentença que julgou improcedente pedido de declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar que a ele aplicou sanção disciplinar de demissão. O Apelante pretendeu a reforma da decisão por entender, dentre outros argumentos, desproporcional a demissão imposta. Ao analisar o recurso, o TRF 1º Região discorreu sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos e considerou que *“quanto ao mérito, o controle judicial dos atos administrativos disciplinares deve ficar adstrito à verificação da existência dos fatos que ensejaram a punição, bem como à correspondência entre o fato atribuído ao servidor e a sanção aplicada, em conformidade com a legislação aplicável”*.

Diante disso, o Tribunal promoveu o reexame dos motivos que justificaram a sanção de demissão e, ao final, considerou compatíveis com a conduta infracional imputada ao então Apelante: *“não há, pois, qualquer ilegalidade na aplicação da pena de demissão, nem mesmo violação ao princípio da proporcionalidade, visto que, de acordo com o art. 132, XIII da Lei n. 8.112/90, os fatos capitulados subsumem-se às hipóteses de imposição da pena de demissão”*. Assim, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto.

4.1.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

4.1.2.1 Apelação n.º 0004160-79.2014.4.01.3600 – JFMT

O acórdão em análise²⁵⁶ foi proferido nos autos de apelação interposta pela União contra sentença que julgou procedente pedido de servidor público de declaração de nulidade de ato que a ele impôs suspensão por 9 (nove) dias. O juízo *a quo* considerou desproporcional a sanção aplicada.

²⁵⁵ Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 13 de março de 2019, apelação n.º 2009.31.00.003450-8 - JFAP (ac. disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>), consultado no dia 28/10/2021.

²⁵⁶ Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 04 de setembro de 2019, apelação n.º 0004160-79.2014.4.01.3600 - JFMT (ac. disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>), consultado no dia 28/10/2021.

Estava em causa a discussão acerca do alcance do controle jurisdicional de ato que impõe sanção disciplinar. A Apelante pretendeu a reforma da decisão por entender, dentre outros argumentos, *“que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Aduz que ao magistrado não cabe desconstituir uma decisão administrativa por adotar juízo de valor diverso”*.

O TRF 1ª Região, entretanto, ao fazer o reexame dos factos e ponderar sobre todas as peculiaridades do caso concreto, reforçou o entendimento do juízo *a quo* de desproporcionalidade da sanção: *“(...) isso dito, tenho que a penalidade aplicada pela Administração afasta-se dos mandamentos da razoabilidade e da proporcionalidade, cenário que conduz ao acolhimento do pedido de nulidade do ato disciplinar. Portanto, concluo que nenhum reparo merece a sentença recorrida”*.

Assim, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto.

4.1.2.2 Apelação n.º 2008.31.00.001113-7 - JFAP

O acórdão em análise²⁵⁷ foi proferido nos autos de apelação interposta pela Fundação Nacional de Saúde contra sentença que julgou procedente pedido de servidora pública de declaração de nulidade de ato que a ela aplicou sanção de demissão e determinou sua reintegração ao cargo.

Estava em causa a discussão acerca do alcance do controle jurisdicional de ato que impõe sanção disciplinar. A apelante pretendeu a reforma da decisão por entender, dentre outros argumentos, que o Poder Judiciário apreciou indevidamente o mérito administrativo quando anulou a sanção aplicada. Quanto a este ponto, o TRF 1ª Região destacou o dever de fiscalização pelos Tribunais da proporcionalidade da sanção disciplinar: *“Importante esclarecer, ainda, ser pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento de que, relativamente ao controle judicial dos atos administrativos que impõem sanções disciplinares, é dever do Poder Judiciário apreciar a proporcionalidade e a razoabilidade entre a infração supostamente cometida e a pena aplicada, não havendo falar em análise circunscrita a aspectos formais”*.

Ainda, o Tribunal ao fazer o reexame dos factos e ponderar sobre todas as peculiaridades do caso concreto, reforçou o entendimento do juízo *a quo* e considerou a sanção de demissão desproporcional, bem como manteve a condenação imposta à FUNASA de indenizar a servidora pública em valor correspondente a R\$15.000,00 (quinze mil reais) pelos danos morais sofridos.

²⁵⁷ Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 26 de junho de 2019, apelação n.º 2008.31.00.001113-7 - JFAP (ac. disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200831000011137&pA=200831000011137&pN=11127020084013100>), consultado no dia 28/10/2021.

Assim, o Tribunal negou provimento ao recurso interposto.

4.1.2.3 Apelação n.º 2009.35.00.016413-1 - JFGO

O acórdão em análise²⁵⁸ foi proferido nos autos de apelação interposta pela União contra sentença que julgou procedente pedido de servidor público de declaração de nulidade de ato que a ele aplicou sanção de demissão e determinou sua reintegração ao cargo.

A Apelante pretendeu a reforma da decisão por entender, dentre outros argumentos, que o Poder Judiciário apreciou indevidamente o mérito administrativo quando anulou a sanção aplicada. Quanto a este ponto, o TRF 1ª Região destacou o dever de fiscalização pelos Tribunais da legalidade da sanção disciplinar, desde que não haja ingerência indevida no mérito. Destacou, entretanto, que diante de sanção de demissão o mérito é passível de controle jurisdicional: *“Eis por que, em tal hipótese, a da aplicação da pena capital, está o Poder Judiciário, não apenas autorizado, senão investido no dever de examinar o mérito do ato administrativo – aplicação da pena de demissão – em ordem a perquirir da legalidade deste”*.

Discorreu, ainda, acerca da necessidade de análise mais aprofundada do processo a fim de averiguar a proporcionalidade da sanção, sem que isto configure violação à separação dos poderes: *“Assim, não se mostra suficiente, in casu, a análise da legalidade extrínseca do investido Processo Administrativo, hábil a caracterizar a observância da garantia inscrita no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em seu status formal. Antes, em ordem a alcançar a estatura dessa garantia constitucional, em seu aspecto substantivo, faz-se mister proceder-se também ao exame dos motivos, pois, no silogismo jurídico, insito à atividade julgadora, a sanção aplicável deve se mostrar **proporcional** aos efeitos da subsunção da premissa menor, consubstanciada nos fatos, à premissa maior, representada pela lei, sem o que, não obstante reto o julgamento, poderia a sanção a ele inerente se mostrar inadequada. E isso é, igualmente, objeto de exame pelo Poder Judiciário, a fim de que a sentença reflita o direito do caso concreto. **E isso sem que se consubstancie qualquer violação ao constitucional princípio da independência dos Poderes da República**”*. (Grifo da autora).

Ademais, o Tribunal ao fazer o reexame dos factos destacou a necessidade de ponderar sobre todas as peculiaridades do caso concreto: *“E, ademais, bem ressaltou a Sentença recorrida que a gravidade da infração cometida, os danos por ela causados, além das circunstâncias agravantes e atenuantes e dos antecedentes funcionais, que não podem ser desconsiderados, na forma do art. 128,*

²⁵⁸ Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 30 de outubro de 2017, apelação n.º 2009.35.00.016413-1 - JFGO (ac. disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00163263120094013500>), consultado no dia 28/10/2021.

da Lei n.º 8.112/90, não podem deixar de ser analisados, para o fim de capitular penalidade mais grave ao servidor. Sob esse aspecto, não é possível afastar a análise e o controle da matéria pelo Poder Judiciário. *In casu*, se não concorrem circunstâncias que conduzam a um juízo conclusivo acerca da má-fé, do dolo específico de causar dano, mostra-se desproporcional a imposição da pena mais grave, de demissão do Serviço Público”.

Assim, o Tribunal manteve a sentença de primeiro grau que determinou a anulação da sanção de demissão e a reintegração do servidor ao cargo anteriormente ocupado.

4.2 Superior Tribunal de Justiça

4.2.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

4.2.1.1 Mandado de Segurança n.º 20.428 - DF

O acórdão em análise²⁹⁹ foi proferido nos autos de mandado de segurança impetrado por servidor público contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social que a ele aplicou a sanção disciplinar de demissão pela prática de infração administrativa tipificada na Lei n.º 8.112/90.

O Impetrante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, desproporcional a sanção imposta. Quanto a este ponto, o Senhor Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, argumentou que não há discricionariedade no ato administrativo que impõe a sanção, porém apontou que *“o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia a todos os servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem”*.

Assim, ao analisar a razoabilidade da sanção imposta, o Relator considerou *“(…) efetivamente desproporcional e desarrazoada a pena de demissão impingida ao impetrante pela Autoridade Impetrada, dissonante com os princípios de direito que devem nortear o direito administrativo sancionador, diante dos meandros circunstanciais em que a conduta foi praticada, bem como suas razões e consequências”*. Ao final, votou pela concessão da segurança com a consequente reintegração do servidor, bem como pagamento das parcelas vencidas.

Prevaleceu, entretanto, por maioria dos votos, o entendimento jurisprudencial de impossibilidade de análise da proporcionalidade/razoabilidade da sanção via MS: *“(…) tanto a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça quanto a do Supremo Tribunal Federal vêm se firmando,*

²⁹⁹Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de agosto de 2017, MS 20.428/DF (ac. disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303005291&dt_publicacao=24/08/2017), consultado no dia 26/10/2021.

desenganadamente, no sentido de que no diferenciado rito do remédio mandamental – por revelar-se incompatível com a rediscussão aprofundada de fatos e provas – não há espaço para se resolver alegada falta de razoabilidade/proporcionalidade na sanção imposta, notadamente em se tratando de pena que, como na hipótese examinada, se reveste de densidade vinculante para a autoridade administrativa julgadora, como ocorre em relação à demissão”.

O STJ firmou a tese de que *“a administração pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado”.* Assim, o STJ, por maioria, denegou a segurança.

4.2.1.2 Mandado de Segurança n.º 19.995 - DF

O acórdão em análise²⁶⁰ foi proferido nos autos de mandado de segurança impetrado por servidor público contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que a ele aplicou a sanção disciplinar de demissão pela prática de infração administrativa tipificada na Lei n.º 8.112/90.

O Impetrante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, desproporcional a sanção imposta em razão da inobservância das circunstâncias atenuantes do caso concreto. Quanto a este ponto, o Senhor Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, argumentou que o ato administrativo que impõe demissão é passível de controle jurisdicional amplo, o que admite a análise da proporcionalidade e razoabilidade da sanção: *“Nesses casos, deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção; por força destes princípios, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar”.*

Acrescentou, ainda, que a tese de que o mérito do ato compete somente à Administração Pública, esta não pode ser impedimento para avaliação da proporcionalidade da sanção: *“Ademais, ainda que se adote (o que não é o caso) a orientação mais rígida, a qual defende que o mérito do ato administrativo pertence unicamente à autoridade administrativa competente, sendo vedado ao Poder Judiciário, em Mandado de Segurança, rever o juízo administrativo, por certo, não se pode admitir empecilho à atividade jurisdicional no que concerne à análise da simetria entre a infração praticada e a*

²⁶⁰Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 19 de dezembro de 2018, MS 19.995/DF (ac. disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300898200&dt_publicacao=19/12/2018), consultado no dia 26/10/2021.

penalidade imposta ao Servidor, uma vez que a imposição de sanções - tanto na esfera administrativa quanto na penal - deve se fiar rigorosamente aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização das penas, como dito”.

Com base em tais argumentos e, após considerar existentes circunstâncias atenuantes do caso concreto que justificavam a imposição de sanção menos gravosa, o Relator entendeu desproporcional a demissão aplicada e votou pela concessão da segurança. Prevaleceu, entretanto, por maioria dos votos, o entendimento de impossibilidade de análise da proporcionalidade/razoabilidade quando a demissão for a sanção cabível: “ (...) VI. A jurisprudência desta Corte também tem-se orientado no sentido de afastar a eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, quando a pena de demissão do serviço público for a única punição prevista em lei pela prática das infrações disciplinares praticadas pelo servidor (...)”.

Ainda, o Tribunal considerou que a sanção de demissão no caso que ora se analisa trata-se de ato vinculado e, portanto, não admite aplicação de sanção menos gravosa: “ (...) VII. Demonstrada a prática de infração aos arts. 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, o ato de demissão é vinculado. Nesse sentido: “A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado (...)”.

Por fim, o STJ firmou a tese de que “o fato de o servidor ter prestado anos de serviços ao ente público, e de possuir bons antecedentes funcionais, não é suficiente para amenizar a pena a ele imposta se praticadas infrações graves a que a lei, expressamente, prevê a aplicação de demissão”.

Assim, o STJ, por maioria, denegou a segurança.

4.2.1.3 Mandado de Segurança n.º 24031 – DF

O acórdão em análise²⁶¹ foi proferido nos autos de mandado de segurança impetrado por servidora pública contra ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Social que a ela aplicou a sanção disciplinar de demissão pela prática de infração administrativa tipificada na Lei n.º 8.112/90.

A Impetrante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, desproporcional a sanção imposta em razão da inobservância das circunstâncias atenuantes do caso concreto.

²⁶¹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2019, MS 24.031-DF (ac. disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800164182&dt_publicacao=16/10/2019), consultado no dia 27/10/2021.

Quanto a este ponto, o Tribunal argumentou que a infração praticada pela Impetrante (inciso IX do art. 117 da Lei n.º 8.112/90) é penalizada com demissão, de modo que inexistente discricionariedade para aplicação de sanção diversa: *“Em acréscimo, observo que a aplicação da pena de demissão à Impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação ao art. 128 da Lei n. 8.112/1990, porquanto a medida é adequada e necessária diante da gravidade da conduta por ela perpetrada. (...) Dessarte, à vista da situação apontada, ausente liberdade de escolha da penalidade a ser aplicada, revela-se descabida a alegação de que a pena teria sido desproporcional e sem razoabilidade”*.

O Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto divergente no sentido de conceder parcialmente a segurança, no qual destacou, dentre outros argumentos, que o processo administrativo disciplinar possui “acervo probatório imprestável”. Destacou, ainda, que embora a Senhora Ministra Relatora tenha afirmado não ser cabível a valoração das provas em MS, “terminou afirmando que o acervo probatório é suficiente para a imposição da sanção demissória”.

O STJ, entretanto, por maioria, denegou a segurança.

O STJ firmou a tese de que *“o controle judicial no processo administrativo disciplinar - PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo”*.

4.2.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

4.2.2.1 Mandado de Segurança n.º MS 17.151/DF

O acórdão em análise²⁶² foi proferido nos autos de mandado de segurança impetrado por servidor público contra ato praticado pela Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que a ele aplicou a sanção disciplinar de demissão pela prática de ato de improbidade administrativa. O Impetrante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, que não foram consideradas as circunstâncias atenuantes presentes no caso.

Quanto a este ponto, embora o entendimento jurisprudencial do STJ seja o de que não se admite o exame das provas colhidas no processo administrativo, admitiu-se a valoração da “*congruência entre*

²⁶²Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 11 de março de 2019, MS 17.151/DF (ac. disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27MS%27.clap.+e+@num=%2717151%27\)+ou+\(%27MS%27+adj+%2717151%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27MS%27.clap.+e+@num=%2717151%27)+ou+(%27MS%27+adj+%2717151%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)), consultado no dia 25/10/2021.

a conduta apurada no procedimento disciplinar e a capitulação legal utilizada pela autoridade julgadora para aplicar a pena de demissão”.

No caso, em sede processo disciplinar a comissão processante sugeriu a aplicação de advertência. A autoridade superior, entretanto, entendeu ser a pena inadequada e impôs a pena mais gravosa, pois entendeu que o Impetrante praticou ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, a Corte aplicou o entendimento de que a configuração de ato de improbidade enseja a presença de dolo, o que, após a consideração das circunstâncias do caso, considerou não comprovado, cuja ementa transcreve-se parcialmente abaixo:

(...) VII. Na espécie, embora tenha existido reprovável irregularidade na assinatura de documento atestando a conclusão da obra, porquanto o indiciado, ora Impetrante, não havia efetivamente vistoriado a obra, cuja conclusão certificou, não poderia a Administração fazer a enquadramento do ato infracional, classificando-o como ímprobo, sem levar em consideração as circunstâncias que envolviam o caso concreto. VIII. As peculiaridades do caso sugerem não ter havido dolo na conduta do Impetrante - requisito essencial para o reconhecimento do ato de improbidade por violação dos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/92) -, o qual agiu induzido pelo excesso momentâneo de trabalho, e confiando na vistoria realizada por seu colega, cujo erro não pode a ele prejudicar de forma tão severa”.

Assim, o STJ concedeu parcial provimento ao MS, afastou a demissão aplicada e determinou a reintegração do Impetrante ao cargo anteriormente ocupado, com efeitos financeiros desde a impetração.

4.2.2.2 Mandado de Segurança n.º 15.783/DF

O acórdão em análise²⁶³ foi proferido nos autos de mandado de segurança impetrado por servidora pública contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Previdência Social que a ela aplicou a sanção disciplinar de demissão por violação ao disposto no inciso IX do art. 137, da Lei n.º 8.112/90²⁶⁴. A Impetrante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório, por entender, dentre outros argumentos, inexistente a motivação, bem como não comprovados o dolo ou a má-fé.

O MS teve por objeto, portanto, a análise da proporcionalidade da sanção imposta. Ao analisar o caso concreto e ponderar acerca de todas as circunstâncias envolvida, o Superior Tribunal entendeu que não houve adequação entre os atos praticados e a demissão aplicada: “(...) Neste contexto, revela-

²⁶³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 2017, MS 15.783/DF (ac. disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27MS%27.clap.+e+@num=%2715783%27\)+ou+\(%27MS%27+adj+%2715783%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27MS%27.clap.+e+@num=%2715783%27)+ou+(%27MS%27+adj+%2715783%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)), consultado no dia 25/10/2021.

²⁶⁴ Art. 117. Ao servidor é proibido: (...) IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.

se efetivamente desproporcional e desarrazoada a pena de demissão impingida à impetrante pela Autoridade Impetrada, dissonante com os princípios de direito que devem nortear o direito administrativo sancionador, diante dos meandros circunstanciais em que a conduta foi praticada, bem como suas razões e consequências. Com efeito, é bom deixar bem claro que não se está defendendo a impunidade administrativa da impetrante, mas tão-só admitindo que a pena de demissão não condiz com o ato punível; diante de todas as contingências desvendadas, outra pena menos gravosa seria a mais acertada”.

O Tribunal discorreu, ainda, acerca da discricionariedade da sanção disciplinar, e considerou que em razão do princípio da proporcionalidade, dentre outros, esta é inexistente, razão pela qual submete-se ao controle jurisdicional amplo, cuja ementa transcreve-se parcialmente: “(…) *A atividade administrativa sancionadora, em face do seu conteúdo materialmente jurisdicional, deve se revestir, sob a pena de nulidade, do respeito religioso a todos os princípios regentes da processualística contemporânea. Não se dispensa do promovente da imputação o ônus de provar a ocorrência justificadora da sanção pretendida, ônus esse que abrange todos os elementos da conduta infracional, inclusive, a produção de lesão e a inspiração dolosa: sem isso o ato reputado infracional não existe no mundo empírico. O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para verificar (i) a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor e (ii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar”.* O STJ firmou a tese de que “*na via do mandado de segurança, é possível valorar a congruência entre a conduta apurada e a capitulação da pena de demissão aplicada no processo administrativo disciplinar*”. Assim, o STJ concedeu, por unanimidade, provimento ao MS, afastou a demissão aplicada e determinou a reintegração da Impetrante ao cargo anteriormente ocupado, com efeitos financeiros desde a impetração.

4.3 Supremo Tribunal Federal

4.3.1 Decisões desfavoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

4.3.1.1 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 27.934 - DF

O acórdão em análise²⁶⁵ foi proferido em sede de agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a recurso ordinário em mandado de segurança e manteve a sanção disciplinar de demissão imposta pela União a servidor público, então Agravante.

²⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 03 de agosto de 2015 Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 27.934-DF (ac. disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8865578>), consultado no dia 26/10/2021.

Nos autos do MS, o Agravante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, que a sanção aplicada é desproporcional. Considerando que a segurança foi denegada, o então Agravante interpôs recurso ordinário, o qual foi julgado improcedente pelos seguintes motivos:

"O mandado de segurança não comporta dilação probatória. Assim, não há como examinar a tese de que 'o ato coator impugnado encontra-se calcado em conjunto probatório extramente frágil e notoriamente inapto a demonstrar os fatos imputados ao impetrante (...)" (fl. 640). O Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que, *"se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law"* (RMS 24.347/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 04/04/2003). Nessas circunstâncias, não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, especialmente se, para isso, for necessário reexaminar provas

(...) 3. Não se sustenta a alegação de que a pena de demissão afronta o princípio da proporcionalidade e o disposto no artigo 128 da Lei 8.112/90, porquanto a autoridade administrativa não tinha discricionariedade para aplicar pena diversa da demissão, por força do disposto no art.132, incisos IV e XIII, da mesma lei (...)".

Ao apreciar o agravo, o STF considerou que não foram apresentados argumentos aptos a alterar o entendimento acima exposto, razão pela qual negou provimento ao recurso.

4.3.1.2 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 34.405 – DF

O acórdão em análise²⁶⁶ foi proferido em sede de agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a recurso ordinário em mandado de segurança e manteve a sanção disciplinar de destituição de cargo em comissão imposta pela União a servidora pública, então Agravante.

A Agravante pretendeu a declaração de desproporcionalidade da sanção aplicada e, conseqüentemente, a imposição de outra menos severa. O STF, entretanto, considerou que a sanção foi imposta em consonância com a legalidade que se exige em sede de processo administrativo disciplinar, bem como que a análise da proporcionalidade demandaria dilação probatória, o que não se admite via mandado de segurança:

²⁶⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de novembro de 2018 Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 34.405-DF (ac. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748568895>), consultado no dia 27/10/2021.

“Nesses termos, a previsão expressa da penalidade de destituição de cargo em comissão, tal qual se extrai da leitura do art. 130, caput, c/c art. 135, da Lei 8.112/90, afasta a discricionariedade do Administrador, sendo indevido falar-se em afronta à proporcionalidade ou à razoabilidade. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que a discussão acerca da dosagem e de proporcionalidade de sanções aplicadas em face da prática de infrações disciplinares, como as atribuídas à impetrante, demanda dilação probatória incompatível com a via do mandado de segurança”.

Considerou, ainda, que *“ (...) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são impassíveis de invocação para banalizar a substituição de pena disciplinar prevista legalmente na norma de regência dos servidores por outra menos grave de forma que a presença da equação tipo administrativo e pena aplicada exclui a tese da ausência de proporcionalidade”.*

Com base em tais argumentos, o STF, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

4.3.1.3 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 33.655 - DF

O acórdão em análise²⁶⁷ foi proferido em sede de agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a recurso ordinário em mandado de segurança e manteve a sanção disciplinar de demissão imposta pela União a servidora pública, então Agravante.

A Agravante pretendeu a declaração de nulidade da demissão aplicada por entender, dentre outros argumentos, que não houve proporcionalidade na dosimetria da sanção. O STF, entretanto, aplicou o entendimento jurisprudencial de impossibilidade de reexame dos factos via MS, bem como de não existir discricionariedade quando a infração disciplinar é punida com demissão.

No que diz respeito à proporcionalidade da sanção, o Supremo Tribunal argumentou que *“ (...) Afigura-se, de mais a mais, incabível, em mandado de segurança, remédio heroico cujo rito especial demanda liquidez e certeza dos fatos subjacentes à impetração, promover ampla reavaliação do acervo probatório analisado pela autoridade impetrada, com a finalidade de dirimir controvérsia em torno da proporcionalidade na dosimetria da sanção disciplinar de demissão imposta à agravante”.*

Com base em tais argumentos, o STF, por maioria, negou provimento ao recurso.

4.3.2 Decisões favoráveis à anulação da sanção imposta pela Administração Pública

²⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 04 de dezembro de 2019, Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 33.655 -DF (ac. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751544130>), consultado no dia 27/10/2021.

4.3.2.1 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 28.208 – Distrito Federal

O acórdão em análise²⁶⁸ foi proferido nos autos de recurso ordinário em mandado de segurança interposto face à decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou MS impetrado por servidor público contra ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário que a ele aplicou sanção de demissão, por transgressão tipificada na Lei n.º 8.112/90.

No caso, em sede processo disciplinar a comissão processante sugeriu a aplicação de suspensão por 90 (noventa) dias. A autoridade superior, entretanto, impôs pena mais gravosa. Assim, o Recorrente pretendeu a nulidade da sanção aplicada por entender, dentre outros argumentos, que é desproporcional.

Ao analisar o recurso, o STF avaliou os factos que ensejaram a sanção e destacou o dever de observância às peculiaridades do caso: *“Ademais, consoante disposto no artigo 128 da Lei n.º 8.112/90, na aplicação da sanção ao servidor devem ser observadas a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Em outras palavras, a referida disposição legal impõe ao administrador a observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de sanções”*.

A Corte destacou, entretanto, que, neste caso, não houve a consideração das atenuantes quando da imposição da demissão: *“Mercê de o delito acima, que é grave, não ter sido comprovado no âmbito Penal, não se tem notícia da prática de outros atos irregulares por parte do recorrente, podendo-se afirmar que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, além de detentor de longo tempo de serviço prestado ao Poder Público. Certo é que essas particularidades não foram levadas em conta pela autoridade coatora no agravamento da pena inicialmente prevista no relatório elaborado pela comissão de sindicância”*.

O Supremo Tribunal discorreu, ainda, acerca da possibilidade de controle pelo Judiciário das decisões administrativas:

“A não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário revisar decisões de cunho administrativo, com o intuito de verificar, em última análise, eventual ocorrência de desvio de finalidade na aplicação de uma reprimenda mais grave do que reclama a situação concreta”.

Assim, o STF concedeu provimento ao recurso, afastou a demissão aplicada por considerá-la desproporcional e determinou a reintegração da Impetrante ao cargo anteriormente ocupado.

²⁶⁸Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de março de 2014, Recurso Ord. em Mandado de Segurança 28.208 – DF (ac. disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>), consultado no dia 26/10/2021.

4.3.2.2 Agravo Regimental no Recurso Ordinário em mandado de segurança n.º 35.121 - Distrito Federal

O acórdão em análise²⁶⁹ foi proferido em sede de agravo interno interposto de decisão monocrática que negou seguimento a recurso ordinário e manteve a sanção disciplinar de demissão imposta pela União a servidor público, então Agravante.

O Agravante pretendeu a declaração de nulidade do ato sancionatório por entender, dentre outros argumentos, que a sanção aplicada é desproporcional por desconsiderar as atenuantes do caso concreto. Neste contexto, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso considerou que, embora grave o ilícito praticado (uso indevido do cartão corporativo e desvio de finalidade em viagens internacionais), a ausência de circunstâncias desabonadoras da conduta funcional do servidor, bem como a restituição do dano ao erário tornaram a demissão desproporcional:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR. PROPORCIONALIDADE DA PENA. 1. Agravo interno interposto de decisão monocrática que negou seguimento a recurso ordinário, mantendo a sanção administrativa de demissão de servidor público. 2. Nos termos do art. 128 da Lei n.º 8.112/90, a aplicação de penalidades disciplinares deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. 3. A recomposição do dano ao erário e o fato de o servidor não possuir anotações que desabonem a sua conduta funcional tornam desproporcional a aplicação da pena máxima de demissão, ainda que a infração cometida seja grave.

Assim, reconsiderou monocraticamente a decisão anterior e concedeu parcial provimento ao recurso para anular a sanção aplicada e determinar à administração a observância ao disposto no art. 128 da Lei n.º 8.112/90 quando da imposição de nova sanção.

Face à decisão proferida, a União interpôs recurso de agravo interno sob a alegação de impossibilidade de análise da proporcionalidade da sanção pelo Judiciário, por entender que a mensuração da sanção trata-se de mérito administrativo. A Turma, entretanto, por maioria, negou provimento ao recurso²⁷⁰.

²⁶⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 01 de fevereiro de 2019, Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 35.121-DF (Ac. disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339468186&ext=.pdf>, consultado no dia 26/10/2021.

²⁷⁰ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753716455>, consultado no dia 26/10/2021.

4.4 Análise da jurisprudência brasileira

As decisões acima analisadas demonstram que nos Tribunais brasileiros prevalece o entendimento de que o controle jurisdicional da sanção disciplinar é admitido somente quando há violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

No âmbito do STJ, consolidaram-se algumas teses²⁷¹ acerca do poder disciplinar. Dentre as principais, destacam-se as seguintes:

- 1) “O controle judicial no processo administrativo disciplinar - PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo”;
- 2) “A Administração Pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado”;
- 3) “Não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade quando a única reprimenda prevista para a infração disciplinar apurada é a pena de demissão”;
- 4) “Na via do mandado de segurança, é possível valorar a congruência entre a conduta apurada e a capitulação da pena de demissão aplicada no processo administrativo disciplinar”.

A tese de que não há discricionariedade no ato que impõe a sanção de demissão, ora é invocada para afastar o controle, ora para realizá-lo a fim de verificar a proporcionalidade da sanção. Ainda, o STJ, aprovou recentemente a Súmula 650, segundo a qual “a autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei 8.112/1990”²⁷².

Conforme definido pelo próprio STJ, “As súmulas são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos e servem para a orientação da comunidade jurídica a respeito da jurisprudência do tribunal”²⁷³. Neste caso, o novo entendimento parece ser um retrocesso diante da previsão legal do art.

²⁷¹ Disponíveis em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20141%20-%20Processo%20Administrativo%20Disciplinar%20-%20IV.pdf, consultado em 06/11/2021. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 19 de Dezembro de 2019.

²⁷² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-aplicacao-de-pena-de-demissao-a-servidor-publico.aspx>, consultada em 06/11/2021.

²⁷³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-aplicacao-de-pena-de-demissao-a-servidor-publico.aspx>, consultado em 06/11/2021.

128 da Lei 8.112/90, a qual estabelece que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

Dentre as decisões analisadas, aquelas favoráveis à anulação do ato sancionatório fundamentaram-se na desproporcionalidade da sanção. Apenas em um caso houve o entendimento de ser dever do Judiciário apreciar o mérito. Não foi encontrada, entretanto, nenhuma decisão que tenha substituído a sanção aplicada pela Administração Pública. O controle jurisdicional limita-se à anulação da sanção imposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A versão atual da teoria da separação dos poderes, além do controle recíproco, tem por finalidade a especialização das funções estatais, e não a divisão, razão pela qual não há motivo para invocá-la a pretexto de afastar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.
2. Com a constitucionalização do direito administrativo, a Administração Pública tornou-se diretamente ligada aos princípios constitucionais. A ideia de legalidade administrativa ampliou-se para incluir a de juridicidade administrativa. Assim, a discricionariedade que anteriormente vinculava-se somente à lei, tornou-se vinculada também aos princípios jurídicos expressos e implicitamente consagrados.
3. A evolução do conceito de discricionariedade ocorreu conforme as transformações do princípio da legalidade, pois este é a medida daquela.
4. A justificativa para a existência da discricionariedade está na impossibilidade de o legislador prever e traçar todas as formas da conduta estatal, razão pela qual esta tarefa foi transferida ao agente público, pois é quem terá conhecimento das circunstâncias do caso e, portanto, estará na condição de melhor decidir. Assim sendo, entende-se, neste trabalho, que o agente público tem o dever de escolher a opção que melhor atenda ao interesse público, ainda que todas as outras sejam igualmente legais.
5. A natureza da discricionariedade reside na lei. Embora inicialmente considerada como um poder político, hoje não há dúvidas que se trata de um poder jurídico.
6. A discricionariedade administrativa, como poder jurídico que é, sujeita-se ao controle judicial, admitido, porém, somente quanto aos aspectos de legalidade, sem a possibilidade de análise do mérito (oportunidade e conveniência) pelos Tribunais. Enquanto o controle de legalidade é exercido pelos Tribunais, o mérito administrativo só pode ser controlado pela própria Administração.
7. O controle jurisdicional da discricionariedade é constantemente aplicado de modo deficiente e equivocado devido a diversos fatores, dentre os quais, (1) a compreensão equivocada acerca da diferença entre legalidade e mérito, de modo que transformam os aspectos vinculados do ato em discricionário; e (2) o apego ao formalismo legal.
8. A motivação é essencial nos atos discricionários, pois funciona como instrumento para o controle destes.

9. Ainda que não previstos taxativamente em lei, deverão ser motivados também os atos discricionários por força dos princípios da boa administração, da prossecução do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, da proporcionalidade, da eficiência, da ampla defesa, do devido processo legal, dentre outros, dos quais é possível extrair o dever do agente público de explicar e justificar a escolha.
10. Conclui-se, com segurança, impossível dispensar a motivação sem sacrificar a verificação da legalidade da atuação discricionária, o que não se confunde com exame do mérito. Não implica, portanto, em exclusão ou redução da discricionariedade.
11. No âmbito do Direito Administrativo os princípios desempenham importante função em razão da ausência de codificação das normas. No exercício da discricionariedade os princípios assumem ainda mais relevância devido as características próprias desta concessão legislativa que se concretiza a partir da aferição das circunstâncias do caso concreto.
12. O poder disciplinar é atribuído à Administração Pública, por meio do qual impõe-se sanções àqueles que estão submetidos à disciplina administrativa.
13. No que diz respeito aos trabalhadores públicos o poder disciplinar está diretamente relacionado com o poder hierárquico. Objetivamente, o poder disciplinar tem por finalidade impor a determinado grupo de pessoas, nomeadamente os trabalhadores públicos, o cumprimento de deveres funcionais, isto é, visa a disciplina e obediência daqueles, sob pena de sofrerem sanções.
14. O fundamento do poder disciplinar é, portanto, impedir que o bom funcionamento do serviço público seja prejudicado por práticas ilegais, de modo que aqueles que violarem as regras impostas com vistas a garantir a disciplina administrativa sofrerão sanção.
15. A imposição de sanções visa, assim, o restabelecimento da boa prestação do serviço prejudicado diante da prática de uma conduta ilegal, conquanto tipificada como infração disciplinar.
16. No âmbito do poder disciplinar português não há tipificação acerca dos comportamentos infracionais. A norma descreve tão somente que por infrações entende-se aquelas que violem os deveres funcionais, os quais encontram-se descritos em lei. O conceito de infração está, portanto, atrelado aos deveres a que estão obrigados os trabalhadores públicos.
17. A imputação de infração a alguém impõe antes a subsunção dos factos à norma de modo a demonstrar como ocorreu a violação de determinado dever.
18. A impossibilidade de o legislador prever e traçar todas as formas de condutas infracionais transferiu ao empregador público a tarefa de analisar o comportamento ilícito juntamente com

todas as circunstâncias relacionadas ao caso, de modo a realizar o correto e justo enquadramento da conduta e, conseqüentemente, impor a respectiva sanção.

19. Diferentemente das infrações, nas sanções disciplinares vigora o princípio da tipicidade. Ocorre que, ainda que tipificadas, em todas as sanções previstas na LTFP existe determinado grau de abstração, em maior ou menor medida, bem como a utilização de conceitos indeterminados.
20. As sanções de multa e suspensão possuem maior grau de abstração, tendo em vista que a norma estabelece apenas os limites mínimo e máximo para aplicação. Compete ao empregador público, portanto, definir a medida exata da sanção.
21. No que diz respeito à medida das sanções, a LTFP estabelece as diretrizes a serem observadas, tais como dirimentes, atenuantes especiais e agravantes especiais, porém sem especificar o valor de cada um, o que demonstra que o juízo valorativo acerca da medida das sanções será realizado pelo agente competente para a imposição daquelas.
22. Além das circunstâncias descritas como especiais, a lei permite considerar outras que eventualmente existam no caso concreto para atenuação da sanção. Trata-se, portanto, de uma possibilidade, logo, está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa.
23. A LTFP prevê a suspensão das penas. A suspensão é, entretanto, uma possibilidade, ou seja, a aplicação é possível quando verificadas circunstâncias que permitem aplicá-la. Trata-se de mais um ponto dotado de discricionariedade.
24. A LTFP descreve as premissas básicas para a imposição da sanção, cuja complementação ocorrerá na prática pelo empregador público competente, pois é quem terá o necessário conhecimento dos factos, e, portanto, poderá proceder à correta subsunção.
25. Os entendimentos doutrinário e jurisprudencial demonstram que tanto a escolha quanto a medida das sanções são consideradas tarefas inseridas no âmbito da discricionariedade administrativa. Esta concessão legal, entretanto, não se confunde, nem autoriza a aplicação desproporcional das sanções, daí por que a necessidade de observância aos critérios descritos na LTFP quando da imposição da sanção.
26. No direito disciplinar brasileiro, no âmbito do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regulamentado pela Lei n.º 8.112/90, também ocorre a atipicidade das infrações disciplinares, exceto naquelas consideradas graves, o que permite concluir que a decisão acerca da sanção a ser aplicada compete ao empregador público, tendo em vista que é quem terá melhores condições de, após a análise de todas as

circunstâncias que envolvam o caso concreto, fazer o correto e justo enquadramento da conduta infracional e aplicar a respectiva sanção.

27. No âmbito da lei n.º 8.112/90 também ocorre a tipificação das sanções, assim como no direito português, de modo que as penalidades estão previstas no art. 127, também escalonadas conforme o grau de gravidade.
28. Em comparação com a LTFP de Portugal, o regime disciplinar brasileiro em análise parece possuir maior tipicidade das sanções e, em consequência, menor discricionariedade. Ainda assim verifica-se determinada abstração e generalidade na definição das sanções, seja pela utilização de conceitos indeterminados, seja pela ausência de descrição taxativa de alguns comportamentos.
29. No que diz respeito à medida das sanções, referida lei descreve que as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais serão considerados quando da dosimetria da pena. Inexiste, entretanto, na norma brasileira a tipificação de tais circunstâncias, diferentemente do regime disciplinar português, no qual há um rol com a descrição das condutas que agravam e atenuam a pena.
30. Ainda que a norma seja dotada de determinada generalidade, é imprescindível considerar todas as circunstâncias relativas ao caso concreto para garantir a correta e justa correspondência entre a infração e a respectiva penalidade.
31. Se por um lado existe margem discricionária no exercício do poder disciplinar, por outro há o dever de impor uma penalidade justa, suficiente e adequada, o que só é possível quando consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, daí por que a observância das circunstâncias de cada caso é um dever, não uma possibilidade.
32. A atipicidade das infrações, a abstração das penas, juntamente com a subjetividade acerca das medidas das sanções invocam maior alcance do controle jurisdicional no âmbito do poder disciplinar.
33. Conceito jurídico indeterminado não se confunde com discricionariedade. No primeiro caso a consequência é a interpretação da norma para adotar a única solução adequada, de modo que a tarefa da Administração será a de verificar se o termo impreciso, de facto, ocorre no caso concreto, como por exemplo, o interesse público e a boa-fé.
34. Os diplomas legais que regulamentam os regimes disciplinares dos trabalhadores públicos em Portugal e no Brasil utilizam-se de conceitos indeterminados quando da descrição de algumas condutas, bem como quando da tipificação de algumas sanções, o que não significa discricion

administrativa. Já quanto à escolha e medida das sanções, parece tratar-se de caso de discricionariedade.

35. Em Portugal e igualmente no Brasil o controle jurisdicional das sanções disciplinares é admitido somente quanto aos aspectos de legalidade, de modo que é vedada a análise do mérito do ato disciplinar por parte dos Tribunais.
36. A verificação da vinculação aos factos está inserida nos aspectos de legalidade do ato e, conseqüentemente, é passível de fiscalização pelos Tribunais. Nestes casos, o controle da adequação da sanção ocorrerá a partir da motivação.
37. Há entendimento doutrinário no sentido de admitir o controle da discricionariedade a partir de princípios, sem considerar isto interferência indevida no mérito, desde que a decisão judicial se limite a anular a pena.
38. O controle a partir dos princípios jurídicos não se trata de exame do mérito, tampouco implica em violação ao princípio da separação dos poderes, isto por que a Administração Pública se sujeita não somente à lei formal, mas também aos princípios jurídicos expressos e implícitos, efeito decorrente da constitucionalização do direito administrativo.
39. Se o controle baseado em princípios está inserido no aspecto de legalidade do ato, por qual razão, nestes casos, é vedado ao Tribunal a substituição da pena?
40. No controle das sanções disciplinares, o princípio da proporcionalidade desempenha importante função. É um dever a ser observado em todos os momentos da atuação administrativa, como forma de conter excessos eventualmente praticados em desfavor dos administrados quando do exercício da atividade estatal.
41. No contexto do poder disciplinar, além da exigência legal, a observância a tal princípio impõe-se ainda mais por tratar-se de matéria dotada de discricionariedade, pois atuará como parâmetro para aplicação do ato sancionatório.
42. A escolha e medida da sanção são judicialmente sindicáveis, seja por violação à lei ou aos princípios jurídicos, sobretudo o da proporcionalidade.
43. O princípio da proporcionalidade atuará, em sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como limite da discricção administrativa.
44. Em Portugal é admitido o controle jurisdicional somente quanto aos aspectos de legalidade (violação à lei ou princípios), nunca em relação ao mérito do ato (oportunidade e conveniência). Igualmente ocorre no direito brasileiro, em respeito à teoria da separação dos poderes, consagrada no texto constitucional.

45. Embora admitido e realizado pelos Tribunais, discussão ocorre se o controle de atos violadores dos princípios jurídicos significam ingerência indevida no mérito administrativo. Refuta-se qualquer entendimento neste sentido, pois consoante demonstrado no decorrer deste trabalho, após a constitucionalização do direito administrativo a administração pública tornou-se vinculada não só à lei, mas também aos princípios. O que se tem, portanto, é a intensificação do controle de legalidade, não valoração do mérito.
46. Tanto no direito brasileiro quanto no português prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritariamente de que ao Tribunal é permitida somente a anulação do ato, ainda que desproporcional.
47. Nesta pesquisa, reconhece-se e respeita-se a discricção presente na escolha e medida da sanção. Defende-se, contudo, ser possível ao Tribunal substituir ou definir a sanção adequada para que a Administração imponha, quando aplicada em desacordo com o princípio da proporcionalidade em razão da desconsideração das circunstâncias de cada caso, por exemplo, isto porque este tipo de controle não avalia o mérito, mas sim a legalidade do ato.
48. Entende-se também neste trabalho, que a substituição da sanção pelo Judiciário, seja aplicando-a ou determinando que a Administração o faça, não viola a discricionariade administrativa, pois não afeta o poder de escolha da Administração, já realizado quando da aplicação da sanção, só que aplicada desproporcionalmente.
49. O fundamento da discricionariade presente no poder disciplinar é possibilitar a justa e adequada aplicação da pena, daí por que a norma especifica genericamente alguns critérios, mas ao mesmo tempo estabelece que deverão ser consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais não são possíveis de previsão exaustiva pelo legislador, pois só serão conhecidas diante do caso concreto. Se após tudo isso a Administração ainda aplicou a pena de forma desproporcional, o juiz poderá, após conhecimento de todas as peculiaridades do caso, proceder a valoração e aplicar/dizer qual é a sanção adequada.
50. A aplicação/especificação da sanção adequada pelos Tribunais quando verificada a violação aos princípios fundamentais, é a concretização (do princípio) da Justiça, por meio da aplicação das regras da proporcionalidade.
51. A análise da jurisprudência demonstra que alguns Tribunais Administrativos Portugueses ampliaram o entendimento acerca do alcance do controle jurisdicional da sanção disciplinar. De acordo com os dados, verifica-se que a jurisprudência majoritária não subscreve a tese de que o controle é admitido somente em casos de erro manifesto ou grosseiro, de modo que tem-se

admitido um controle mais profundo com a reapreciação dos factos e das provas que ensejaram a imposição da sanção pela Administração Pública, em consonância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e da busca pela verdade real.

52. Por outro lado, a possibilidade de substituição da sanção pelos Tribunais ainda não é amplamente aceita, ao argumento de que esta tarefa é exclusiva da Administração Pública. Dentre as dezoito decisões analisadas, três delas substituíram a sanção aplicada pela Administração. Entretanto, foram revogadas em sede de recurso por ausência de grosseira violação da proporcionalidade. Prevaleceu apenas uma decisão que anulou a sanção e aplicou pena diversa, pois o Tribunal de segundo grau considerou que não houve observância das circunstâncias concretas.
53. A análise da jurisprudência demonstra que nos Tribunais brasileiros prevalece o entendimento de que o controle jurisdicional da sanção disciplinar é admitido somente quando há violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.
54. No âmbito do STJ, consolidaram-se algumas teses acerca do poder disciplinar. Dentre as principais, destacam-se as seguintes: 1) “O controle judicial no processo administrativo disciplinar - PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo”; 2) “A Administração Pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado”; 3) “Não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade quando a única reprimenda prevista para a infração disciplinar apurada é a pena de demissão”; 4) “Na via do mandado de segurança, é possível valorar a congruência entre a conduta apurada e a capitulação da pena de demissão aplicada no processo administrativo disciplinar”.
55. A tese de que não há discricionariedade no ato que impõe a sanção de demissão, ora é invocada para afastar o controle, ora para realizá-lo a fim de verificar a proporcionalidade da sanção. Ainda, o STJ, aprovou recentemente a Súmula 650, segundo a qual “a autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei 8.112/1990”. O novo entendimento parece ser um retrocesso diante da previsão legal acerca da consideração das circunstâncias de cada caso concreto.

56. Dentre as decisões analisadas, aquelas favoráveis à anulação do ato sancionatório fundamentaram-se na desproporcionalidade da sanção. Apenas em um caso houve o entendimento de ser dever do Judiciário apreciar o mérito. Não foi encontrada, entretanto, nenhuma decisão que tenha substituído a sanção aplicada pela Administração Pública. O controle jurisdicional limita-se à anulação da sanção imposta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 5.^a ed. Alemã, SUHRKAMP VERLAO, 1986, tradução portuguesa de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015.
———, *O Poder Sancionatório da administração pública*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, *Motivação e controle do ato administrativo*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

ATALIBA, Geraldo, *República e Constituição*, 2.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 32.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2014.

———, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2012. pp. 31-63, disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wpcontent/uploads/2014/09/Aconstitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf, consultado em 21/12/2021

BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3.^a ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

——— *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, Revista *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol.01, nº 02, 2005, p. 46, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>, consultado em 17/08/2021.

BOBBIO, Norberto, *et al.*, *Dicionário de política*, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

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

———, *O princípio constitucional da proporcionalidade e da proteção dos direitos fundamentais*, em Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, vol. 34, 1994.

CAETANO, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional – TOMO I*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

———, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

———, *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 31.ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.

CARVALHO, Raquel, *A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LINDB*, disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/#_ftnref3, consultado em 03/05/2021.

———, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

———, *Poder disciplinar, discricionariedade e controlo judicial*, Caderno de Justiça Administrativa n.º 130, 2018.

COSTA, José Armando da, *Direito disciplinar: temas substantivos e processuais*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

———, *Direito Administrativo*, 30ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções fundamentais de direito administrativo*, 3ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2013.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 4ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

FONSECA, Isabel Celeste M., e PINTO, João Vilas Boas, *Direito Administrativo II – Roteiro Teórico-Prático*, Braga, NEDip/ELSA-UMINHO, 2019.

FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva, *O poder disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2ª ed., Petrony Editora, 2013.

FREITAS, Juarez, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, Vol. II.

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 9ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros editores.

MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo moderno*, 21ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, e FILHO, José Emmanuel Burle, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2016.

MOREIRA, João Batista Gomes, *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte, Fórum, 2005.

NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Tese de Doutorado, Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, vol. II.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.

PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

SEABRA FAGUNDES, Miguel, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 8.ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

———, *Conceito de mérito no Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, V. 23, 1951, p. 6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830>, consultada em 16/04/21.

SILVA, Almiro e Couto, *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, Rev. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1990.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

LEGISLAÇÃO

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>, consultada no dia 14/04/2021.

Código do Procedimento Administrativo. DL. n.º 4/2015, de 07 de janeiro, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis, consultado no dia 13/04/2021.

Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Lei n.º. 15/2002, de 22 de fevereiro, disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/documentacao/legislacao/cpta2019/>, consultado em 29/04/2020;

Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, consultada no dia 28/11/2019;

Constituição da República Portuguesa, Lisboa, 1976, disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoerepublicaportuguesa.aspx>, consulta do no dia 27/11/2019;

Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm, consultada no dia 29/03/2021.

Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis, consultada no dia 10/06/2021.

Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm, consultada em 10/06/2021.

Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, consultada em 26/12/2021.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Central Administrativo Sul e Norte

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de fevereiro de 2021, processo n.º 1143/13.6BESNT, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c300>

4c6d7d/9654d5aa92f7239780258673002f2f06?OpenDocument&Highlight=0,1143%2F13.6BESNT%20, consultado no dia 15/10/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 02 de julho de 2020, processo n.º 62/12.8BEALM, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ab0df9ebbe6ecc718025859a005a3e78?OpenDocument&Highlight=0,62%2F12.8BEALM>, consultado no dia 05/10/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14 de junho de 2018, processo n.º 439/09.8BECTB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/2f64a8b90adb5a32802582be002d3d71?OpenDocument&Highlight=0,439%2F09.8BECTB%20>, consultado no dia 04/10/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 26 de janeiro de 2018, processo n.º 00001/17.0BEMDL, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/0278db3067dc15568025833e00559daf?OpenDocument>, consultado no dia 27/09/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 23 de junho de 2017, processo n.º 00051/12.2BECBR, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/0e8ac39c54ee0d60802581b6005a8e9c?OpenDocument&Highlight=0,00051%2F12.2BECBR>, consultado no dia 27/09/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de fevereiro de 2021, processo n.º 121/11.4BEBJA, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/03a7aa8ca7a4bc248025867300305502?OpenDocument&Highlight=0,121%2F11.4BEBJA>, consultado no dia 06/10/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de março de 2020, processo n.º 00810/14.1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/58e576a75c6647d78025853c00477ded?OpenDocument>, consultado no dia 28/09/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de julho de 2019, processo n.º 00968/10.9BEAVR, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/cfb8d1b3f25e479d802584380039d8af?OpenDocument&Highlight=0,00968%2F10.9BEAV>, consultado no dia 27/09/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de julho de 2019, processo n.º 2511/14.1BESNT, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9389a9140ec253538025842d003d35b6?OpenDocument&Highlight=0,2511%2F14.1BESNT%20>, consultado no dia 05/10/2021.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 30 de janeiro de 2018, processo n.º 1429/13.0 BESNT, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d4c16122e29e9ad80258232005b042c?OpenDocument&Highlight=0,1429%2F13.0,BESNT>, consultado no dia 29/09/2021.

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18 de fevereiro de 2021, processo n.º 0162/17.8, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0f28a5efe91415a48025868500626787?OpenDocument&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar>, consultado no dia 22/06/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03 de novembro de 2016, processo n.º 0548/16, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/eb37114101a8be3f8025808b003d5423?OpenDocument&Highlight=0,ltp>, consultado no dia 22/06/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de março de 2015, processo n.º 0245/14, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bdb080b7639c24e180257e0c0059150b?OpenDocument&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar,discrecionariada> de, consultado no dia 18/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de maio de 2019, processo n.º 02831/11.7BEPRT, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/870f3c2257a946e880258408004bd353?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,02831%2F11.7BEPRT#_Section1, consultado no dia 18/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de junho de 2019, processo n.º 0804/11.9BECBR 0228/18, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7284b4edd561c4fc80258433004d3c1c?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,san%C3%A7%C3%A3o,disciplinar#_Section1, consultado no dia 18/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de outubro de 2020, processo n.º 0972/16.3BELSB, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fbb17baac6008f848025861b0040c74a?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0972%2F16.3BELSB#_Section1, consultado no dia 20/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03 de outubro de 2019, processo n.º 022/19.8BALSBB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/49204e2a498a916a8025848e0054c914?OpenDocument&Highlight=0,022%2F19.8BALSBB>, consultado no dia 20/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de outubro de 2019, processo n.º 0714/18.9BALSBB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7d483d201ff1aabb802584aa00405b26?OpenDocument&Highlight=0,0714%2F18.9BALSBB>, consultado no dia 20/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de setembro de 2020, processo n.º 0431/17.7BALSBB, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/042bc73e17b58ca0802585f400525c2b?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,0431%2F17.7BALSBB#_Section1, consultado no dia 20/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de outubro de 2020, processo n.º 035/12.0BECBR 0812/18, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bd9959>

3d3dfb9ba18025861b0033229b?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,035%2F12.0BECBR, 0812%2F18#_Section1, consultado no dia 18/10/2021.

Tribunal Regional Federal da 1ª região

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 22 de março de 2019, apelação n.º 2007.34.00.030708-2-DF, disponível em: [https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200734000307082&pA=200734000307082&pN=305704220074013400\)&thesaurus=JURIDICO&fr=v](https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200734000307082&pA=200734000307082&pN=305704220074013400)&thesaurus=JURIDICO&fr=v) eja, consultado no dia 28/10/2021.

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 13 de março de 2019, apelação n.º 2009.31.00.003450-8-JFAP, disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>, consultado no dia 28/10/2021.

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 04 de setembro de 2019, apelação n.º 0004160-79.2014.4.01.3600-JFMT, disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>, consultado no dia 28/10/2021.

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 26 de junho de 2019, apelação n.º 2008.31.00.001113-7-JFAP, disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200831000011137&pA=200831000011137&pN=11127020084013100>, consultado no dia 28/10/2021.

Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 30 de outubro de 2017, apelação n.º 2009.35.00.016413-1-JFGO, disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00163263120094013500>, consultado no dia 28/10/2021.

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de agosto de 2017, MS 20.428/DF, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303005291&dt_publicacao=24/08/2017, consultado no dia 26/10/2021.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 19 de dezembro de 2018, MS 19.995/DF, ac. disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300898200&dt_publicacao=19/12/2018, consultado no dia 26/10/2021.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2019, MS 24.031-DF, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800164182&dt_publicacao=16/10/2019, consultado no dia 27/10/2021.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 11 de março de 2019, MS 17.151/DF, disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27MS%27.clap.+e+@num=%2717151%27\)+ou+\(%27MS%27+adj+%2717151%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27MS%27.clap.+e+@num=%2717151%27)+ou+(%27MS%27+adj+%2717151%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), consultado no dia 25/10/2021.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 2017, MS 15.783/DF, disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27MS%27.clap.+e+@num%2715783%27\)+ou+\(%27MS%27+adj+%2715783%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27MS%27.clap.+e+@num%2715783%27)+ou+(%27MS%27+adj+%2715783%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), consultado no dia 25/10/2021.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 04 de setembro de 2014, MS 19449 / DF, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, consultado no dia 03/05/2021.

Supremo Tribunal Federal

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de dezembro de 2018, RE 589998, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>, consultado no dia 03/05/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 03 de agosto de 2015 Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 27.934-DF, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=8865578>, consultado no dia 26/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de novembro de 2018 Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 34.405-DF, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748568895>, consultado no dia 27/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 04 de dezembro de 2019, Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 33.655-DF, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751544130>, consultado no dia 27/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de março de 2014, Recurso Ord. em Mandado de Segurança 28.208-DF, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>, consultado no dia 26/10/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 01 de fevereiro de 2019, Ag. Reg. no Recurso Ordin. em MS n.º 35.121-DF, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339468186&ext=.pdf>, consultado no dia 26/10/2021.

Outras fontes de pesquisa

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=650>, consultado em 06/11/2021.

Trecho da aula da professora Joana Covelo de Abreu, na disciplina de Direito Administrativo Global, ministrada no programa de Mestrado em Direito Administrativo da Universidade do Minho, Braga, em novembro de 2019.