

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O ato administrativo sancionatório não pode ser perpetrado livremente, ao sabor da vontade da autoridade julgadora, pois o poder disciplinar está regido por princípios constitucionais impostergáveis, tais como os da eficiência, moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, todos corolários do princípio da legalidade que abarca também a ampla e contraditória defesa para perfeita sintonia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

Preconiza a tal respeito a doutrina abaixo invocada:

“A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais (...) A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, achase ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito do Direito Administrativo onde floresceu desde aquela máxima clássica de Jellinek de que "não se abatem pardais disparando canhões", até chegar ao Direito Constitucional, cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram”.¹

No mesmo sentido:

"A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade." (A proporcionalidade na

¹ Bonavides, Paulo – Curso de Direito Constitucional – Malheiros, 25ª ed., pág. 402

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de jurisprudência, nº 23, p 470, dez. 1994)

Não há devido processo legal quando a sanção imposta desborda da medida ideal para a repressão estatutária pretendida, mormente quando a própria legislação estatutária prevê a necessidade de mitigação da pena, como ocorre com a Lei Complementar nº 893/2001-Estatuto da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

É comum verificarmos casos em que o policial militar acusado de ter cometido uma ou mais infrações graves, as quais poderiam ser satisfatoriamente punidas com atos disciplinares não exclusórios, mas que culminam com a imposição de penas de demissão ou expulsão ao arrepio da garantia constitucional. Mormente quando aplicadas a policial militar primário, com bons antecedentes funcionais, com bom ou ótimo comportamento e detentor de láureas do mérito pessoal.

Como que por um passe de mágica sua vida funcional pregressa é apagada, para dar lugar a uma motivação sancionatória que simplesmente ignora as disposições do artigo 41, inciso I, do Estatuto Militar em tela.

Diz a norma de regência:

“Artigo 41 - Na aplicação das sanções disciplinares previstas neste Regulamento, serão rigorosamente observados os seguintes limites:

I - quando as circunstâncias atenuantes preponderarem, a sanção não será aplicada em seu limite máximo”.

As circunstâncias agravantes e atenuantes são previstas nos artigos 35 e 36, do aludido Estatuto Militar, onde constam como atenuantes: I - estar, no mínimo, no bom comportamento; II - ter prestado serviços relevantes; III - ter admitido a transgressão de autoria ignorada ou, se conhecida, imputada a outrem; IV - ter praticado a falta para evitar mal maior; V - ter praticado a falta em defesa de seus próprios direitos ou dos de outrem; VI - ter praticado a falta por motivo de relevante valor social; VII - não possuir prática no serviço; e VIII - colaborar na apuração da transgressão disciplinar. Como agravantes: I - mau comportamento; II - prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões; III - reincidência específica; IV - conluio de duas ou mais pessoas;

V - ter sido a falta praticada durante a execução do serviço; VI - ter sido a falta praticada em presença de subordinado, de tropa ou de civil; VII - ter sido a falta praticada com abuso de autoridade hierárquica ou funcional.

Fica fácil perceber que a primariedade, o bom comportamento, os elogios, as láureas, as menções honrosas, a colaboração para o esclarecimento dos fatos e a falta de prática no serviço, além de outras, podem e devem ser apreciadas na motivação do sancionatório e quando prevalecerem deve ser respeitada a *lex mitior*, ou seja, o inciso I, do referido artigo 41, para que se proceda à mitigação da pena a ser imposta, impedido o apenamento máximo. Contudo na prática não é isso o que ocorre, mesmo quando o parecer da comissão processante ou da autoridade sindicante ponderem pela atenuação da pena.

Em casos dessa natureza e não são raros exsuda a punição com vigor inconcebível, ilegal, que merece ser profligado pelo controle externo dos atos administrativos exercido pelo Poder Judiciário.

Em sede administrativa, infelizmente, nem sempre se respeita a lei por força de anos de arbitrariedades perpetradas por maus administradores, como sabiamente espancados na iluminada lição abaixo reproduzida:

“Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores. Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário”, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém. O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação”.²

² Medauar, Odete - Direito Administrativo Moderno, pág. 196/7, Ed. RT, 4ª ed., 2000)

Também vale nos reportarmos à seguinte ensinança:

“Os poderes manejados pela Administração são instrumentais, estão voltados exclusivamente ao atingimento das finalidades legais. Diante de determinados acontecimentos do mundo, a Administração deve perseguir os resultados que são definidos em lei. Nesse passo, quando a autoridade tiver o dever de definir o conteúdo do ato administrativo, sua decisão será válida se, diante dos fatos concretos, for prestante à realização da finalidade legal. Fora daí existirá mau exercício da competência discricionária”³.

Não deve o punido jamais conformar-se com o resultado da punição, se estiver protegido pelas circunstâncias atenuantes, deve socorrer-se do trabalho de um profissional do direito e enveredar pela seara da demanda judicial, pois em muitos casos é possível fazer valer os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para anular a sanção imposta, vejamos algumas situações dessa natureza:

“...É certo que as autoridades militares que elaboraram tais pareceres trataram os antecedentes do aqui autor para, no âmbito da razoabilidade e da proporcionalidade, opinarem por sanção não exclusória.

Entretanto, compartilho do entendimento do autor que as circunstâncias expostas acima, configuram as atenuantes do art. 35, incisos I (bom comportamento), II (serviços relevantes) e VIII (colaborar com a apuração da transgressão).

E à míngua de circunstâncias agravantes e com a presença de três circunstâncias atenuantes, estas preponderam, não podendo, de acordo com o art. 41, I do RDPM a sanção atingir seu grau máximo, no caso em tela, a sanção de natureza exclusória...”

³ Neto, Benedito Porto – As Leis de Processo Administrativo – Malheiros, 2000, pág. 120

(TJMSP – Sentença prolatada nos autos da ação cível nº 0004589-40.2013.9.26.0020, 2ª Auditoria - da lavra do Eminentíssimo Magistral Dr. MARCOS FERNANDO THEODORO PINHEIRO Juiz de Direito Substituto, em 19/02/2015)

O Colendo STF também dispõe de decisões de tal jaez, vejamos:

“Embora o Judiciário não possa substituir-se à administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.” T(RMS24.901, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 26-10-2004, Primeira Turma, DJ de 11-2-2005.)

Enfim, há evidente possibilidade de reversão da punição extremada quando violada restar a regra de mitigação, salvo os casos raros em que a falta é de tamanha gravidade que não comporte a possibilidade de reeducação funcional do servidor, porém estes casos são exceção e não regra.

São Paulo, 31 de julho de 2016.

Dr. Paulo Lopes de Ornellas

Advogado