

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/1990.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.”

A controvérsia em questão consiste na dúvida se o conteúdo da lei impugnada viola o artigo 5º, XLVII, "b", da Constituição da República, ao supostamente impor pena de caráter perpétuo aos servidores públicos federais ocupantes de cargo em comissão que forem demitidos ou destituídos do cargo pela prática de crimes contra a administração pública (art. 132, I), atos de improbidade (art. 132, IV), aplicação irregular de recursos públicos (art. 132, VIII), lesão aos cofres públicos (art. 132, X) ou corrupção (art. 132, XI).

Da proibição de pena perpétua e sua aplicação no âmbito do direito administrativo sancionador

Eis o teor da norma constitucional que constitui parâmetro para a análise da alegada inconstitucionalidade:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas: [...]

b) de caráter perpétuo;”

É importante destacar que a norma constitucional encontra-se estabelecida enquanto garantia à aplicação de sanções penais. Não obstante,

a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal.

Ao tratar das semelhanças entre os ilícitos penais e administrativos, Nélsion Hungria destacava que *“a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico”* (HUNGRIA, Nélsion. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. p. 24).

Para o autor, *“não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço”* (HUNGRIA, Nélsion. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. p. 24).

Com base nesse entendimento, defende Hungria que a diferença entre as sanções administrativas e penais é de quantidade ou grau, ou seja, na maior ou menor gravidade de uma em cotejo com a outra, de modo que o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal (HUNGRIA, Nélsion. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. p. 24).

O direito espanhol é pioneiro no que se refere ao estabelecimento dessas relações entre as garantias penais e administrativas. Nesse sentido, transcrevo as lições de Luis Prieto Sanchis, ao afirmar que:

“Se a identidade substancial que expomos não há de se traduzir, necessariamente, na judicialização rigorosa de todo o procedimento sancionador, isso põe em destaque que o ordenamento punitivo do Estado é apenas um e que, portanto, nada justifica a tradicional separação entre os princípios e as regras do Direito Penal e os que têm inspirado o Direito Administrativo Sancionador” (SANCHIS, Luis Prieto. **La Jurisprudencia Constitucional y el Problema de las Sanciones Administrativas en el Estado de Derecho** . Revista Española de Derecho Constitucional. N. 4. jan-abr 1982).

Corroborando essa linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional Espanhol no julgamento do Recurso de Amparo 101/1980, assentou entendimento segundo o qual os princípios processuais consagrados no art. 24 da Constituição daquele país, que versa sobre as garantias da efetividade da tutela jurisdicional, do juiz natural e da presunção de inocência, seriam aplicáveis à atividade sancionatória da Administração Pública, ainda que com certos temperamentos, apesar de a redação da norma aludir apenas a

juízes e tribunais (VORONOFF, Alice. **Direito Sancionador no Brasil**. p. 205-206).

Deve-se pontuar que a doutrina espanhola tem exercido forte influência no ordenamento jurídico brasileiro. Ao tratar desse tema, Alice Voronoff destaca que:

“a maneira de se pensar e aplicar o direito administrativo sancionador no Brasil remete, de modo geral, a um raciocínio em dois passos: o primeiro, de extensão. O ponto de partida é usualmente a ideia de que as garantias e os princípios penais previstos na Constituição devam ser transpostos ao exercício do poder punitivo pela Administração Pública, como condição para se elaborar um regime jurídico garantista, adequado à proteção dos particulares contra o arbítrio estatal. Essa possibilidade (e mesmo necessidade) decorreria tanto da ideia da unidade de poder repressivo estatal (o *ius puniendi* único), como do ‘respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana’, como já teve a oportunidade de registrar o Superior Tribunal de Justiça” (VORONOFF, Alice. **Direito Sancionador no Brasil**. p. 199).

No âmbito da jurisprudência, é possível destacar o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 24.559, *in verbis* :

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1º. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

2. A teor dos arts. 615, § 1º. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto

quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.

3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; **prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado.**

4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário”.

(RMS 24.559/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 3.12.2009, DJe 1º.2.2010)

É certo que essa transposição dos princípios e garantias penais para o direito administrativo sancionador exige adaptações, já que a extensão, à seara administrativa, de todo o rigoroso regime de procedimento e punição que envolve a restrição à liberdade de locomoção não se demonstra factível tampouco exigível.

Conforme ressalta Alice Voronoff, “o direito administrativo sancionador, afinal, ocupou espaços e preencheu o dia a dia das pessoas para disciplinar situações da vida que são mais corriqueiras, especializadas, dinâmicas e geralmente dissociadas de um juízo de reprovação moral” (VORONOFF, Alice. **Direito Sancionador no Brasil**. p. 199).

Portanto, o ponto central dessa corrente de pensamento parece ser a questão do estabelecimento de critérios e limites para a extensão das garantias penais às normas sancionadoras da Administração Pública.

Sobre esse tema, um critério razoável para a delimitação constitucional da atividade punitiva parece ser a impossibilidade da imposição de sanções administrativas mais graves que as penas aplicadas pela prática de crimes, já que os conceitos de subsidiariedade e da intervenção penal mínima corroboram a afirmação de Nélson Hungria, quando afirma que o ilícito administrativo seria um *minus* em relação às infrações penais.

É nesse sentido que se conclui que a norma constante do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88 se aplica às sanções administrativas para impedir a imposição de pena administrativa perpétua.

Destaque-se que essa conclusão se aplica até mesmo para os ilícitos administrativos que também se enquadram como infrações penais, como ocorre com o art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990, transcritos à inicial, já que a jurisprudência da Corte tem entendido pela possibilidade de aplicação das mesmas regras penais a esses ilícitos administrativos no que se refere, por exemplo, ao prazo de prescrição (STF, MS 23.242-SP Rel. Min. Carlos Velloso, j. Em 10.4.2002; MS 24.013-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. Em 31.3.2005; STJ, MS 20.857/DF, Redator do acórdão Min. Og Fernandes, DJe 12.6.2019), o que não autoriza, contudo, a conclusão que a prescrição administrativa poderia ser fixada de forma significativamente mais gravosa que aquela aplicável na esfera criminal.

Ressalte-se que esta Corte possui jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da penalidade administrativa de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituição financeira.

Ao concluir pela inconstitucionalidade da norma, o Tribunal assentou expressamente a sua incompatibilidade com a garantia constante do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE **INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5 , XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, E § 2 , DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como ‘custos legis’. Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para a interposição. 2. **No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5 , XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, e § 2 da C.F.** 3. Não é caso, porém, de se**

anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido.”

(RE 154.134, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 15.12.1998, destaques acrescidos)

Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence fez a seguinte reflexão, ao abordar a aplicação da garantia fundamental de proibição de penas perpétuas:

“[...] creio que a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente, mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida em que essas sejam admissíveis no regime constitucional. É o que sucede no caso com a questionada interdição permanente para funções de direção de instituição financeira” (RE 154.134/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29.10.1999).

Outro não é o entendimento da Procuradoria-Geral da República ao afirmar, em parecer juntado a esta ação, que a imposição de penalidades sem as devidas delimitações temporais “ *perpetua indevidamente os efeitos da condenação imposta pela administração*”. Sustenta ainda o *Parquet* que, “ *em consonância com o preceito constitucional supracitado, toda a penalidade há de ser temporária, limitada e definida, conforme dispuser a lei, não se admitindo, por imposição constitucional, pena de caráter perpétuo*” (eDOC 12, p. 3).

Ressalte-se que os argumentos apresentados em defesa da constitucionalidade da norma do parágrafo único do art. 137 da Lei 8.112/1990 não são suficientes para afastar a aplicação da proibição constante do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/1988.

Com efeito, a proibição disposta na norma impugnada não se refere a requisitos gerais de habilitação e acesso a cargos, empregos e funções públicos, nos termos previstos no art. 37, I, da CF/1988.

Trata-se claramente de punição, retribuição pela prática de fatos considerados graves no exercício de cargos em comissão, razão pela qual essa sanção deve submeter-se à norma do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/1988.

Portanto, não resta dúvida de que o dispositivo atacado é inconstitucional por violação à proibição de imposição de sanção perpétua.

Não obstante, mesmo que se entenda pela não aplicação da norma constitucional do art. 5º, XLVII, “b”, da CF/1988 – o que se admite apenas a título argumentativo – a conclusão a que se chegaria é a mesma, tendo em vista a violação ao princípio da proporcionalidade.

No que se refere a esse tema, é importante destacar a compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso. Senão vejamos:

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa. [...]

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz a Corte Constitucional alemã, ‘se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas’.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18º, 2, do Texto Magno, que ‘a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limita-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’.

O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, ‘constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador’’. (MENDES,

Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 225-227).

Destaque-se que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã tem estabelecido níveis de controle de constitucionalidade de leis a partir do grau de intensidade, restrição ou intervenção sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, o que é avaliado sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade.

No famoso caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290), o Tribunal distinguiu os seguintes graus: a) o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) o controle da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 506).

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (BVerfGE 50, 290) (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 507).

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 508).

Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 508).

No caso em análise, entendo que a proibição de retorno ao serviço público constitui restrição à liberdade submetida ao terceiro nível de intensidade, razão pela qual deve ser submetida a um escrutínio mais intenso por parte desta Corte.

Nessa linha, entende-se que a definição de um prazo relativamente determinado de retorno é igualmente apta a atingir os objetivos pretendidos de proteção ao interesse público, sem acarretar, contudo, a imposição de sanção perpétua.

Por esses motivos, concluo pela inconstitucionalidade da norma constante do art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990.

Da possibilidade de regulamentação da questão pelo Congresso Nacional

Destaque-se que a declaração de inconstitucionalidade do art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990 não significa que a proibição de retorno ao serviço público para ocupantes de cargos em comissão que tenham praticado fatos graves não possa ser regulamentada pelo Congresso Nacional.

Com efeito, há certa margem de discricionariedade do Poder Legislativo para o estabelecimento do prazo de proibição, o qual somente não pode ser fixado de forma indefinida ou desproporcional.

Nesse sentido, a legislação fornece alguns parâmetros como, por exemplo: o prazo de suspensão de direitos políticos por até dez anos para atos de improbidade (art. 12, I, da Lei 8.429/1992); a inelegibilidade por oito anos, constante da Lei da Ficha Limpa para os casos de condenação por crimes cometidos contra a Administração Pública (art. 2º da Lei Complementar 135/2010); o prazo de reabilitação penal de dois anos após a extinção da pena (art. 93 do Código Penal); ou o período de cinco anos que é computado para fins de reincidência (art. 64, I, do CP), bem como nas hipóteses do *caput* do art. 137 da Lei 8.112/1990.

Entendo que não cabe a esta Corte definir essa questão *ab initio*, por envolver matéria submetida a certa discricionariedade legislativa que deverá ser decidida pelo Parlamento.

Qualquer critério proposto neste momento pode ser considerado arbitrário e invasivo às atribuições do Congresso Nacional, de modo a constituir indevida atividade normativa a ser exercida de forma inicial pelo STF, sem ao menos conferir a possibilidade de o Legislativo se manifestar sobre o tema.

Ressalte-se que a criação de uma cultura institucional de compartilhamento de responsabilidades e de diálogos institucionais exige a adoção de uma postura de deferência por parte desta Corte às atribuições e decisões do Congresso.

Do contrário, corre-se o risco de se atribuir ao STF a função de tutor ou superego dos demais poderes e da sociedade, inclusive com a diminuição do papel da política e da cidadania, o que não parece ter sido o objetivo da Constituinte de 1988.

Com base nesses motivos, proponho a declaração de inconstitucionalidade da norma, com a comunicação ao Congresso Nacional, para que eventualmente delibere sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público a ser aplicado nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990.

Conclusão

Ante o exposto, voto por **julgar procedente** a presente ação direta, para **declarar a inconstitucionalidade** do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/1990.

Proponho ainda que se comunique o teor desta decisão ao Congresso Nacional, para que delibere, se assim entender pertinente, sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/11/2020 00:00