



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL COMO
MEIO SUBSTITUTIVO DA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO
ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR:**

**A efetivação do princípio constitucional da eficiência
administrativa como postulado do
neoadministrativismo.**

**Salvador-BA
2016**

TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL COMO
MEIO SUBSTITUTIVO DA IMPOSIÇÃO DE UMA
SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR:**

**A efetivação do princípio constitucional da eficiência
administrativa como postulado do
neoadministrativismo.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu – Doutorado em Direito da
Universidade Federal da Bahia como requisito
parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito
Público.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

**Salvador-BA
2016**

A447

Alemida, Tiago Bockie de,

A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo / por Tiago Bockie de Almeida. – 2016.

110 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.

1. Administração pública. 2. Eficiência (Direito). I. Universidade Federal Bahia

CDD- 342.06

TERMO DE APROVAÇÃO

TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL COMO
MEIO SUBSTITUTIVO DA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO
ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR:**

**A efetivação do princípio constitucional da eficiência
administrativa como postulado do
neoadministrativismo.**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Prof. Dr. Ricardo Maurício
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Prof. Dr. Otávio Augusto Reis de Sousa
Instituição: Universidade Federal de Sergipe

Nome: Prof. Dra. Fernanda Ravazzano
Instituição: Faculdade Social da Bahia

Salvador, de de 2016

A todos os meus mestres, na essência de seu significado, que me despertaram o desejo de chegar até aqui.

Ao meu amor, pela compreensão e sacrifício mútuos.

À razão da minha vida, Lulu, por me fazer compreender o verdadeiro significado do que é amar.

“O futuro pertence àqueles que acreditam na
beleza dos seus sonhos.”

Eleonor Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar a administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de sanção administrativa disciplinar. A partir da evolução do modelo de estado, surge o Estado Constitucional e Democrático de Direito, responsável por introduzir no Direito Administrativo uma nova construção teórica que permite a releitura de institutos jurídicos. Sustenta-se que, no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo, cuja finalidade precípua é a defesa do cidadão e a efetivação de direitos fundamentais, o estabelecimento de um diálogo com o servidor público, como forma de se alcançar um consenso, constitui medida essencial para a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa. Para tanto, analisa-se a evolução do modelo de Estado e do modelo jurídico que lhe oferece suporte, a fim de que se demonstre a existência de um direito fundamental ao consenso no desenvolvimento da atividade administrativa. O estudo acerca do processo administrativo disciplinar, com a investigação dos princípios que compõem o regime jurídico disciplinar, a definição da natureza jurídica da sanção disciplinar e os problemas que se verificam na prática administrativa oferecem subsídios para a mudança de paradigma proposta no presente trabalho científico: a superação de um modelo tradicional e punitivo, para um modelo contemporâneo e participativo.

Palavras-chave: Regime disciplinar. Eficiência administrativa. Administração Pública consensual.

ABSTRACT

This study aims to present the consensual government as a substitutive means to the imposition of disciplinary administrative penalty. From the evolution of the state model, the constitutional and democratic rule of law arises, responsible for introducing the Administrative Law a new theoretical construct that allows the reading of legal institutions. It is argued that in the context of contemporary Administrative Law, whose main purpose is the defense of the citizen and the realization of fundamental rights, the establishment of a dialogue with the civil servant, as a way to reach a consensus, an essential measure for realization of the constitutional principle of administrative efficiency. It analyzes the evolution of the State model and the legal model that offers support, so that it shows the existence of a fundamental consensus on the development of administrative activity. The study of the disciplinary administrative proceedings, with the investigation of the principles that make up the disciplinary legal framework, the definition of the legal nature of the disciplinary action and the problems that occur in administrative practice offer subsidies to the paradigm shift proposed in this scientific work: overcoming a traditional and punitive model for a contemporary and.

Keywords: Disciplinary measures. Administrative efficiency. Consensual Public Administration.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. O neoadministrativismo como fundamento para a superação da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: o princípio constitucional da eficiência administrativa como vetor da administração pública em um Estado Democrático de Direito	12
2. O regime jurídico disciplinar	29
2.1. Natureza do processo administrativo disciplinar	29
2.2. Vícios do processo administrativo disciplinar	32
2.3. Natureza da sanção administrativa disciplinar	36
3. A administração pública consensual e o regime disciplinar	42
3.1. O consenso	43
3.2. A influência da cultura na construção do consenso	49
3.3. A administração pública consensual	52
3.4. A proposta: a administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de sanção administrativa disciplinar	65
3.4.1. Necessidade de jurimetria	74
3.4.2. A administração de resultados: foco no desempenho	78
4. Conclusões	96
Referências	100

INTRODUÇÃO

A evolução do modelo estatal, que culminou na formação no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, fomentou a construção de um novo modelo jurídico pautado na centralidade da Constituição no sistema jurídico, com a invasão dos preceitos constitucionais sobre todos os ramos do direito; a compreensão dos princípios como normas jurídicas; bem como a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, a partir da relevância da jurisdição constitucional.

Como conseqüência da evolução, novos paradigmas são responsáveis pela concepção de que o Estado, ao exercer função (e não poder), cumpre-lhe o papel de atuar como prestador de serviço público, a fim de garantir a efetividade de direitos fundamentais do cidadão.

A pesquisa que será apresentada ao longo deste trabalho consistiu na formulação do seguinte problema: a administração pública consensual, como meio alternativo à imposição de sanção administrativa disciplinar contribui (e em que termos) para a concretização do princípio constitucional da eficiência?

Como hipótese do problema proposto, que será comprovada ao longo do presente trabalho, tem-se que a inserção do consenso no desenvolvimento das atividades administrativas contribui para a elevação dos padrões de produtividade na prestação dos serviços administrativos internos, reduzindo-se a prática de infrações administrativas e a aplicação de sanções administrativas disciplinares decorrentes do poder punitivo do Estado, concretizando, desse modo, o princípio constitucional da eficiência administrativa e a boa administração para o atendimento ótimo das necessidades coletivas.

Para tanto, alguns temas do Direito Administrativo precisaram ser revisitados, com a releitura de institutos clássicos ainda fundamentados sob a ótica absolutista, dentre eles o regime disciplinar. A construção de uma nova base teórica resulta na formação de um Direito Administrativo contemporâneo ou neoadministrativismo, compreendido sob uma perspectiva garantista.

Não obstante as peculiaridades existentes nos estatutos funcionais de cada Entidade Federativa, não se utilizou um diploma legal específico no estudo do processo administrativo disciplinar, preferindo-se a abordagem na forma de teoria geral de um regime jurídico disciplinar. Em algumas passagens, como forma de facilitar a compreensão do conteúdo apresentado, certas espécies normativas foram citadas a título exemplificativo.

A fim de se demonstrar a necessidade de substituição do modelo punitivo existente atualmente na estrutura da Administração Pública, adotou-se uma pluralidade de métodos, com ênfase na utilização do método dedutivo, pois a hipótese apresentada como ponto de partida do presente trabalho é testada a partir da compreensão dos institutos jurídicos que integram o regime disciplinar, com base documental, jurisprudencial e bibliográfica, de modo que possa ser, ao final, confirmada ou refutada.

Não obstante a atenção ao rigor científico e acadêmico que se espera de um trabalho de conclusão de curso de doutorado, buscou-se, paralelamente, com a presente pesquisa, oferecer uma contribuição de cunho prático para os operadores do Direito, com a apresentação de soluções para problemas que decorrem do exercício do dever disciplinar pela Administração Pública.

A fim de evitar qualquer confusão terminológica, a expressão Administração Pública será aqui utilizada em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico, compreendendo um conjunto de órgãos, pessoas físicas (agentes públicos) e pessoas jurídicas (entidades). Quando pertinente o emprego do sentido objetivo, material ou funcional de *administração pública*, serão utilizadas as seguintes expressões *atividade administrativa* ou *função administrativa*.

Ademais, as expressões *ato administrativo disciplinar* e *sanção disciplinar* serão empregadas como sinônimos no presente trabalho.

O trabalho é dividido em três partes, que constituem o plano da presente tese de doutoramento.

Na primeira parte, são estudados os novos rumos da Administração Pública contemporânea, com a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a sua substituição pelo dever de proporcionalidade, de modo que o princípio da eficiência seja considerado um vetor da atuação administrativa no âmbito de um novo modelo jurídico que lhe oferece respaldo: o neoadministrativismo.

Na segunda parte, apresenta-se um panorama do regime jurídico administrativo disciplinar, com a especificação dos elementos que o compõem, dos vícios intrínsecos ao processo administrativo disciplinar e da natureza da sanção administrativa disciplinar.

Na terceira parte, como exigência dos postulados do Estado Democrático e Social de Direito, apresenta-se o consenso (e os seus instrumentos técnicos de expressão) como elemento essencial do desenvolvimento da atividade administrativa na contemporaneidade, a partir da superação de um modelo tradicional e sancionatório para um modelo contemporâneo e participativo.

Por fim, a Administração Pública consensual é apresentada como instrumento alternativo à imposição de sanção administrativa disciplinar, com a redução da centralidade e imperatividade próprios do regime disciplinar de caráter eminentemente punitivo, a fim de que, a partir da participação do servidor público no processo decisório, haja a melhoria do serviço público interno, com a elevação dos índices de produtividade no âmbito da Administração Pública.

1. O NEOADMINISTRATIVISMO COMO FUNDAMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO: O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA COMO VETOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O regime jurídico administrativo é caracterizado como um conjunto sistematizado de normas jurídicas (regras e princípios) que dão identidade/autonomia ao Direito Administrativo.

A doutrina clássica¹ do Direito Administrativo brasileiro, a partir dos ensinamentos da doutrina italiana², dispõe acerca da existência de duas pedras de toque que, a partir da função normogênica, fundamentam a existência de todos os demais princípios que compõem o regime jurídico administrativo. São elas: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.³

A ideia de supremacia é caracterizada pela prevalência *a priori* do interesse público sobre o interesse privado⁴, tendo em vista que a Administração Pública é originalmente constituída para salvaguardar os interesses da coletividade⁵. Tal princípio prevê que, em caso de

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 69-75.

² ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè Editore, 1960, p. 190-198.

³ A ideia de interesse público presente tanto na supremacia, quanto na indisponibilidade, corresponde ao interesse público primário ou interesse público propriamente dito (interesse da coletividade), não abarcando a ideia de interesse público secundário, que corresponde ao interesse parcial do Estado.

⁴ Consoante dispõe Celso Antônio Bandeira de Melo, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui “verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 69).

⁵ De acordo com Daniel Sarmento, a ideia de supremacia tenta ser explicada por dois pensamentos, sob uma perspectiva moral: o pensamento *organicista* (o indivíduo é, essencialmente, uma parte do todo social, de modo que o bem de cada indivíduo somente será realizado quando realizado o bem comum) e o pensamento *utilitarista* (a melhor solução para cada problema sociopolítico será aquela que promover, na maior escala, os interesses dos membros da sociedade política). SARMENTO, Daniel. ‘Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.’ In. *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52-53.

eventual conflito entre o interesse público e o interesse privado, este deve ceder para a permanência daquele, tendo em vista a superioridade do interesse público.

A noção de interesse público, ainda de acordo com a concepção doutrinária clássica e dominante corresponde ao “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade.”⁶

Como decorrência de tal princípio e da conseqüente necessidade de proteção do interesse público, há a previsão de prerrogativas próprias da Administração Pública, a exemplo de prazos processuais ampliados, prazos prescricionais específicos, bem como a possibilidade de atuação com autoridade (supremacia propriamente dita), com a prática de atos administrativos dotados de autoexecutoriedade, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, atuação com fundamento no poder de polícia, relação especial de sujeição que fundamenta a aplicação de sanções administrativas disciplinares, etc.

Por outro lado, além da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apresenta-se a indisponibilidade do interesse público pela Administração, que corresponde à ideia de limites que são estabelecidos pela ordem jurídica. Se, por um lado, a Administração possui prerrogativas que decorrem da supremacia, por outro lado, também se sujeita a limites impostos pela indisponibilidade, já que a Administração não pode dispor do interesse público como se fosse próprio da pessoa jurídica responsável por materializar o aparelhamento da organização administrativa.

Tais pedras de toque e os pilares do Direito Administrativo que dela decorrem, foram constituídos sob a égide de um modelo de Estado Absolutista (*Estado de Polícia*), com a prevalência da autoridade e da noção de poder como sinônimo de força. Neste momento histórico, cujas regras tinham origem na vontade do monarca, o “direito público” era considerado o direito ilimitado de administrar para o controle dos administrados.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 60.

A partir das revoluções francesas de 1789, com a inauguração do Estado de Direito, um novo modelo de direito público e, conseqüentemente, de Administração Pública, tem-se por iniciar. Neste momento histórico, visando à proteção dos interesses da burguesia, buscou-se limitar o poder estatal decorrente da classe dominante à época do Estado absolutista, com a condução do poder público pela lei (noção de que o Estado é conferido pela lei), passando o direito público a ser considerado como a via indispensável para o atendimento dos interesses da coletividade.

Com a evolução do modelo de Estado, necessário um novo modelo jurídico que lhe oferecesse respaldo (do jusnaturalismo ao pós-positivismo), já que, com a evolução histórica, houve a modificação da relação entre Estado, sociedade, direito, legitimidade e justiça.

De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, o jusnaturalismo, é caracterizado como uma corrente jurisfilosófica de fundamentação do direito justo. A partir da evolução histórica, o jusnaturalismo foi dotado de características diferenciadas, de modo que pode ser classificado de diferentes formas: cosmológico, teológico, racionalista e contemporâneo⁷, mas sempre tendo a noção de justiça fundamentada no direito natural, seja de base universal, religiosa, antropocêntrica ou cultural, respectivamente.

O positivismo jurídico, em oposição ao jusnaturalismo, exclui o direito natural da categoria de juridicidade, não existindo outro direito, senão o direito positivo (direito em sentido próprio).

A partir de então, os modelos jusnaturalistas, fundamentados na aplicação de uma ética geral e suprema são afastados. Para Ricardo Maurício,

o positivismo legalista do século XIX reduz a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados, segundo escalões de

⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

generalidade. Apresenta uma concepção de sistema jurídico fechado, que deflui da inexistência de lacunas. A doutrina positivista revela ainda uma continuidade da tradição jusracionalista, sustentando a idéia de sistema como instrumento metódico de pensamento. A esta característica, liga-se o dogma da subsunção, pelo qual o raciocínio jurídico se funda no estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva geral genérica, e de uma premissa menor, que reflete o caso concreto.⁸

A partir da compreensão da força normativa da Constituição⁹, que, além de trazer normas responsáveis pela organização política do Estado, também apresenta um arcabouço normativo voltado para os ideais de justiça, com a previsão e garantia de direitos fundamentais, o positivismo jurídico torna-se insuficiente para servir de modelo jurídico à nova sociedade e ao novo papel do Estado que se apresenta.¹⁰

O pós-positivismo, nesse contexto, surge como movimento de compreensão do direito, com a apresentação de uma nova concepção de direito justo, a partir do resgate de ideais do jusnaturalismo. Visa estabelecer, novamente, uma relação entre direito e ética, resgatando a relação entre valores, princípios e regras.

Tendo como características a supremacia da ordem constitucional e a normatização dos princípios, o desenvolvimento do pós-positivismo, a partir da constatação de que o constitucionalismo deve se aproximar da democracia (pós-guerra), constitui o marco filosófico para a construção do neoconstitucionalismo como ordem nova ordem constitucional (aplicação dos postulados do pós-positivismo ao Direito Constitucional). Há, aqui, a superação do Estado Legislativo de Direito para a construção de um Estado Constitucional de Direito.

⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.19.

⁹ Para Konrad Hesse, “o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 27).

¹⁰ Dirley da Cunha Júnior ressalta que o reconhecimento da Constituição como um sistema aberto de normas implica compreender que as normas constitucionais devem efetivamente interagir com a realidade social. De acordo com o Autor, “para manter a sua força normativa e lograr realizar a sua pretensão de eficácia, a Constituição deve ser concebida como um sistema aberto de normas, que simultaneamente conforme e seja conformada pela realidade a que se dirige.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador, Juspodivm, 2009, p. 105).

O que se percebe é que, mesmo com a incorporação das bases ideológicas do Estado de Direito (legalidade, divisão de poderes e igualdade entre os homens), o Direito Administrativo, diante do seu processo histórico de construção e autonomia a partir da origem didática, não conseguiu acompanhar, satisfatoriamente, a evolução da sociedade, que reclama por novos mecanismos de atuação do Estado.

A centralidade da constituição no ordenamento jurídico, com a invasão dos seus preceitos em todos os ramos do Direito a partir dos influxos do neoconstitucionalismo¹¹, incluindo o Direito Administrativo, exige uma adequação dos institutos clássicos à atual realidade social, com a redução da autoridade administrativa e da prática de atos unilaterais. A constitucionalização do Direito Administrativo, tendo como vetor o princípio da eficiência, enseja a formação de um Direito Administrativo contemporâneo com os influxos do neoconstitucionalismo: o neoadministrativismo.

À luz do Estado Democrático e Constitucional do Direito, todos os ramos do Direito e, em especial, o Direito Administrativo, passam por uma nova roupagem à luz do Direito Constitucional. Nessa linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso, destaca a reformulação de três paradigmas do Direito Administrativo:

- a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;
- b) a superação da concepção da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição; e
- c) a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo.¹²

¹¹ A expressão “constituição invasora” é utilizada por Ricardo Guastini em texto publicado em coletânea específica sobre o neoconstitucionalismo, quando explica que o processo de constitucionalização do Direito representa um processo de transformação que o ordenamento jurídico passa ao término do qual o ordenamento em questão resulta impregnado por normas constitucionais. (GUASTINI, Riccardo. ‘La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano’. In.: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 49)

¹² BARROSO. Luís Roberto. ‘Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil’. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº240, abr./jun., 2015, p. 31/33.

O reconhecimento da normatividade da Constituição e da abertura do regime, de modo que existe norma onde não há texto, resulta na ideia de que nem tudo que está previsto na norma corresponde, necessariamente, ao alcance do interesse público. A dinâmica e a complexidade das relações sociais, impedem o reconhecimento de um Direito Administrativo estanque, afastado das transformações que afetam o comportamento e o papel do Estado frente aos cidadãos.

Por isso, a necessidade de revisão de conceitos, com a busca de soluções distintas daquelas apresentadas, muitas vezes, por um dispositivo legal, diante da crise legislativa que se estabeleceu a partir da segunda metade do século XX¹³, admitindo-se a atuação da Administração Pública com fundamento direto na Constituição.¹⁴

Como decorrência da filtragem constitucional¹⁵, destaca-se a principal alteração proposta pelo Direito Administrativo, sob uma ótica neoadministrativista, da qual decorrem as demais revisões dos institutos clássicos da matéria: o foco de proteção. O Direito Administrativo deixa de ser um ramo do direito protetivo do Estado (Poder Público), para caracterizar-se como um direito protetivo do cidadão. A espinha dorsal do Direito Administrativo é modificada, a fim de que a ideia de restrição de liberdades seja substituída por uma nova meta optata: a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.

As características do neoconstitucionalismo, assim, sinteticamente, elencadas: aproximação entre direito e moral; limitação do poder estatal pela ordem constitucional; centralidade da

¹³ Para Gustavo Binbenbojm, a crise da lei, a partir da segunda metade do século XX é caracterizada, dentre outros fatores, pelo “desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”, além da lentidão e generalidade do processo legislativo formal, que não acompanha o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais. (BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35).

¹⁴ De acordo com Paulo Otero, “uma tal substituição da lei pela Constituição como fundamento directo e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias, dispensando a ideia de uma osmose entre a Constituição e a lei que transforma aquela em norma habilitante do exercício da actividade administrativa, permite abrir o caminho a uma ‘legalidade sem lei’ (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 735).

¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 106.

Constituição; força normativa da constituição (Constituição normativa e garantida)¹⁶; relevância da jurisdição constitucional com o fortalecimento do Poder Judiciário¹⁷; força normativa dos princípios; ampliação do rol de direitos fundamentais¹⁸; e a formulação de uma nova teoria¹⁹ de interpretação constitucional²⁰, vão fundamentar a construção do neoadministrativismo, com a superação das construções clássicas do direito administrativo²¹, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, cuja construção teórica deve ser substituída pelo dever de proporcionalidade.

¹⁶ As constituições devem prever, de modo direto, direitos e obrigações imediatamente exigíveis (normativa), bem como procedimentos jurisdicionais que fazem valer os seus preceitos (garantida). (SANCHÍS, Luis Prieto. 'Neoconstitucionalismo y ponderación judicial'. In.: CARBONELL, Miguel (org.).

Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 128). No mesmo sentido, vide John Rawls, que entende a Constituição-garantia como aquela que prevê a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, assegurando-se a sua prioridade (RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 71).

¹⁷ Para Dirley da Cunha Júnior, a Constituição somente “cumprirá fielmente a sua a sua função motivadora, ordenadora e conformadora da vida do Estado e da Sociedade, desde quando se transformar em *força ativa*, e isso só será possível no momento em que os partícipes do processo político-constitucional – sobretudo o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional – se conscientizarem do seu papel de tutores das expectativas sociais e, com vontade de Constituição, façam do texto magno – que deve ser qualquer coisa de mais sagrado, utilizando uma afirmação de Lassalle – uma realidade viva e democrática.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador, Juspodivm, 2009, P. 104).

¹⁸ De acordo com Perez Luño, o constitucionalismo atual não seria o que hoje é sem os direitos fundamentais, de modo que devem estar presentes três pilares no movimento de constitucionalização pós-moderno: a) rol de direitos fundamentais; b) estruturação do Estado; c) conceito ecumênico de sistema econômico.” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Temas Clave de la Constitución Española – Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 19).

¹⁹ A pluralidade dos sujeitos ativos da interpretação constitucional (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997), mínimo existencial, máxima efetividade, reserva do possível e proibição do retrocesso são teses que contribuem para essa nova construção teórica no âmbito da hermenêutica constitucional.

²⁰ Ainda em relação à hermenêutica constitucional, a partir da doção de um sistema neoconstitucional, destaca Ricardo Maurício que, a partir da compreensão de que a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto, a interpretação jurídica passa a ser concebida como uma atividade criadora. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101).

²¹ Consoante dispõe Rafael Oliveira, “as principais transformações do Direito Administrativo pátrio encontram-se inseridas no processo de constitucionalização dessa disciplina jurídica, marcadamente na sua releitura a partir do Estado Democrático de Direito. A nova visão da legalidade administrativa, concebida inicialmente no final do século XVIII, e da legitimidade da Administração Pública demonstram uma nova forma de se pensar e aplicar diversos institutos jurídicos-administrativos clássicos” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33).

Inicialmente, o próprio conceito clássico de interesse público adota uma concepção unitária para, em seguida, estabelecer uma dissociabilidade ao tratar da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, quando, na verdade, um constitui dimensão do outro.

O reconhecimento de que a Constituição, instituidora de direitos fundamentais, encontra-se no centro do ordenamento jurídico, estabelecendo uma estrutura pluralista e flexível dos princípios constitucionais impede o reconhecimento apriorístico de que o interesse público deve prevalecer, em qualquer medida, sobre o interesse privado. De acordo com Gustavo Binbenbojm:

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.²²

A partir da emergência de um modelo pautado na ponderação, com a utilização do postulado da proporcionalidade na análise do caso concreto (tendo em vista os direitos fundamentais e as metas coletivas da sociedade), busca-se a substituição do conceito clássico por um conceito constitucionalizado de interesse público, impedindo-se a distinção abstrata de interesse público e interesse privado, bem como a supremacia apriorística do primeiro em detrimento do segundo.

A superação de uma teoria organicista e utilitarista, permite o afastamento da tese de um interesse público superior (incompatível com o Estado Democrático de Direito), responsável, por exemplo, pela justificação de um processo administrativo disciplinar unilateral, viciado em sua essência e despido de participação do destinatário – o servidor público – da medida administrativa, que está sujeito a uma relação especial de sujeição, a partir da relação de subordinação ainda justificada atualmente na estrutura administrativa.

²² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

Diante do exposto, considerando que o Estado assume o papel de garantidor dos interesses do cidadão, propõe-se, no presente trabalho, a cedência do modelo autoritário, em benefício de um regime disciplinar comunicativo, atuando o princípio da eficiência, diante da sua força normativa, como vetor dessa mudança de paradigma.

O princípio da eficiência²³, assim considerado de acordo com o texto constitucional, foi introduzido expressamente na Constituição Federal de 1988 com a Emenda Constitucional nº 19, também conhecida como Emenda da Reforma Administrativa.

Considerando o sistema aberto da ordem jurídica, especialmente a partir do neoconstitucionalismo, com fundamento nos postulados do pós-positivismo, percebe-se que o princípio da eficiência já existia na Constituição de 1988, sendo que de forma implícita, com a mesma força normativa.

A explicitação, no entanto, teve um papel importante no delineamento de instrumentos que efetivam a eficiência administrativa, também previstos na ordem jurídica constitucional a partir da referida emenda, a exemplo do contrato de gestão (art. 37, § 8º, CF); da gestão participativa dos usuários na prestação do serviço público (art. 37, § 3º, CF); e das avaliações periódica e especial de desempenho (art. 41, § 1º e § 4º, da CF, respectivamente).

A concepção de que a Administração Pública pautada na eficiência, a) com a redução dos processos burocráticos considerados desnecessários; b) com uma atuação regida pela economicidade (*fazer mais com o menos*); e, ao mesmo tempo, c) com o foco no resultado da medida administrativa, provoca uma evolução do modelo administrativo, apresentando, como consequência, dentre outras:

²³ Tendo em vista que a eficiência constitui a proporcionalidade da norma, na medida em que qualquer norma somente pode ser interpretada à luz da eficiência, alguns juristas, a exemplo do Professor Celso Castro, entendem que a eficiência é considerada como postulado (norma jurídica de segundo grau) e não como princípio (espécie de norma jurídica de primeiro grau), já que não possui uma pauta de conduta em seu conteúdo, mas, ao contrário, um mecanismo de leitura. Não obstante a respeitosa e abalizada opinião em sentido contrário, a eficiência, no presente trabalho, será enquadrada como princípio, pois a) é possível extrair-se, em algumas situações, uma pauta de conduta do seu conteúdo; b) em virtude da nomenclatura utilizada constitucionalmente; e, c) a fim de que não haja qualquer confusão terminológica com os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, que possuem uma relação intrínseca com a eficiência.

- a) a elevação dos padrões de desempenho do servidor;
- b) a elevação dos padrões de produtividade da Administração;
- c) a boa administração para o atendimento ótimo das necessidades coletivas;
- d) a redução da prática de infrações administrativas;
- e) a economia de tempo, dinheiro e pessoal, com a redução dos processos administrativos disciplinares.

A abordagem do princípio da eficiência tem como ponto de partida a crise no modelo burocrático, entendendo-se burocracia, de acordo com as linhas inicialmente traçadas por no início do século XX, como uma forma de combate à administração patrimonialista, em busca de um modelo de Administração Pública impessoal e racional.

Para a implementação do modelo burocrático, pautado nos pilares do controle, hierarquia e formalismo, propõe-se uma estrutura verticalizada, regida pela procedimentalização e formalização. Percebe-se, no entanto, como aponta Onofre Batista, algumas disfunções do modelo burocrático, dentre eles:

- a) Procedimentos enrijecidos, que não acompanham a dinâmica evolutiva da sociedade;
- b) Procedimentos e regras como fins e não como meios;
- c) Estrutura altamente hierarquizada, afastando, de forma demasiada, o órgão responsável pelo processo decisório da realidade social.²⁴

²⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 62.

Percebe-se que a administração burocrática, pautada no princípio da legalidade, tem meta a observância dos meios previstos abstratamente na norma jurídica, caracterizando-se a lei como veículo exclusivo da “eficiência”. Se adotados os procedimentos previstos na norma, o objetivo esperado com a atuação administrativa estará alcançado.

A observância dos meios, no entanto, isoladamente considerados, não atende os anseios do cidadão com o desenvolvimento da atividade administrativa, diante da finalidade pública que se almeja com qualquer manifestação da Administração Pública. De nada adianta uma Administração que siga todas as diretrizes procedimentais, se não há efetividade na sua atuação.²⁵

Atrelado ao alargamento da máquina administrativa com o Estado Providência, exige-se que o Estado possua uma estrutura mais eficiente, pautada na busca por resultados, na proteção dos direitos dos cidadãos e na existência de margens discricionárias para a adequação do ordenamento à realidade social.

Como analisado, o processo de constitucionalização do Direito, como marca do neoconstitucionalismo, também produziu efeitos no Direito Administrativo. De acordo com Gustavo Binenbojm, tal fenômeno resulta na mudança de alguns paradigmas, dentre eles, como acima referido, a substituição da supremacia do interesse público pela ideia de dever de proporcionalidade, bem como a superação da vinculação estrita à lei, pela ideia de vinculação à juridicidade.²⁶

²⁵ De acordo com Onofre Batista, “a rigidez hierárquica basilar do modelo burocrático fissa-se em especial porque, no Estado pluralista atual, ao lado da máquina pública, convivem, atuando e prestando serviços públicos, organismos estatais e não estatais. Verifica-se, pois, um pluralismo institucional que vem superando o centralismo e a rigidez do modelo hierárquico. Desmorona-se, assim, o modelo burocrático mais ortodoxo e o esquema hierárquico rígido que o ampara.” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 105).

²⁶ Para o autor, a “ideia de vinculação ao direito não plasmada na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.” *In. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

A valorização dos princípios constitucionais, dotados, agora, de eficácia normativa e força cogente (mandamentos de otimização para Robert Alexy²⁷), no sentido de que são comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, destaca o princípio da eficiência como importante instrumento para dinamizar o ordenamento e, conseqüentemente, a estrutura da Administração Pública.

Não basta a obediência, pela Administração, de um procedimento pré-estabelecido em lei (legalidade), bem como a ausência de subjetivismo (impessoalidade) na atuação administrativa, para a busca da solução ótima que atenda às necessidades coletivas.

Como dispõe Claus Wilhelm Canaris, a evolução da realidade exige uma nova compreensão da ciência jurídica, introduzindo-se um pensamento sistemático com as características essenciais da ordem e da unidade. Segundo o autor, os princípios são normas que exigem complementariedade, concordância prática e aplicação pautada na tópica.²⁸

Impõe-se, desta forma, a complementariedade dos princípios, dentre eles, o da eficiência. Se, no modelo burocrático, o ótimo se verifica com o estrito cumprimento da lei, no modelo gerencial, existente em um Estado Democrático de Direito, exige-se o cumprimento de diferentes princípios (princípio da juridicidade) para o alcance da eficiência.

Vê-se que a administração gerencial, como evolução da administração burocrática, está pautada não apenas na legalidade, mas também na eficiência administrativa; não apenas na adoção dos procedimentos que devem ser traçados, mas também e, fundamentalmente, nos resultados que devem ser alcançados, de modo a se admitirem outros instrumentos que proporcionem a efetividade da medida administrativa, além daqueles previstos na lei.

²⁷ Para Robert Alexy, os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 2009, p. 90).

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-15.

A evolução do modelo de Administração Pública, leva em conta, segundo Onofre Batista, dois aspectos: a superação de um modelo fundado em uma legalidade rígida e o direcionamento da atividade administrativa para o atendimento das necessidades sociais. Segundo o Autor, a questão

é de como passar de uma gestão da máquina pública, preocupada exclusivamente em um modelo fundado no garantismo jurídico, para uma gestão que atenda às necessidades de conformação do modelo legal, mas que ainda tenha como norte uma atuação estatal direcionada ao atendimento das necessidades sociais, ou seja, que tenha a eficiência como princípio.²⁹

Verifica-se, nesse contexto, que a evolução do modelo de administração resulta na maximização do princípio da eficiência, antes reduzido à observância dos procedimentos legais para, posteriormente, caracterizar-se como corolário da satisfação das necessidades coletivas.

A ampliação do conteúdo do princípio da eficiência, conduz, desta forma, à rejeição de uma visão eminentemente legalista, de modo que um ato conforme a lei não deve preponderar no ordenamento, se ineficiente. É o que se verifica, por exemplo, com a aplicação de uma sanção administrativa disciplinar que não atende o resultado que se espera: a restauração do serviço público com a elevação dos índices de desempenho e produtividade.

Conforme Onofre Batista, a Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito eficiente deve exercer a função administrativa, de modo que esteja alinhada ao bem comum, entendido como o conjunto de todas as condições da vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana, bem como, diante da estrutura policêntrica e pluralista, deve perseguir múltiplos interesses: segurança (individual e coletiva; interna e externa), justiça (comutativa e redistributiva) e bem estar econômico, social e cultural.³⁰

²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 103.

³⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 71-73.

Para atuar na busca desses objetivos, a Administração Pública vale-se de meios, muitas vezes escassos, razão pela qual sua utilização deve ser otimizada, com a exigência do menor sacrifício possível dos cidadãos sujeitos à atividade administrativa.

Tem-se, pois, uma relação intrínseca do princípio da eficiência, em seus diversos aspectos (eficácia, produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, continuidade do serviço público e desburocratização) com o postulado da proporcionalidade, em suas três dimensões: adequação, necessidade/exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo (metanorma ou norma jurídica de segundo grau) que não possui, em seu conteúdo, uma pauta de conduta, mas, ao contrário, um mecanismo de leitura para a aplicação das normas jurídicas de primeiro grau. Representa, pois, uma forma de raciocínio e argumentação oferecendo condições para a compreensão e aplicação do Direito.

Nesse sentido, Humberto Ávila³¹, para quem a interpretação de qualquer objeto cultural (e o Direito se inclui nesse rol), submete-se a algumas condições especiais, denominadas de postulados, sem as quais não pode ser compreendido. Para o Autor, os postulados normativos aplicativos são normas de segundo grau, que instituem os critérios de aplicação de outras normas que se situam no plano do objeto da aplicação (normas jurídicas de primeiro grau: as regras e os princípios). Destaca-se, pois uma das diferenças de funcionalidade em relação às normas jurídicas de primeiro grau, pois, ao contrário destas, que se dirigem ao Poder Público e aos administrado, possuem como destinatários o intérprete e o aplicador do Direito.

A medida será adequada quando for apta para os fins a que se destina. A medida necessária ou exigível é aquela menos gravosa possível. Já a terceira dimensão do postulado da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), impõe que os benefícios da medida sejam superiores aos prejuízos por ela causados.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 123-124.

Percebe-se, desta forma, que o postulado da proporcionalidade, como ponto de otimização entre os interesses conflitantes (ponderação) no processo de construção da decisão administrativa, constitui mecanismo fundamental para a efetivação do princípio da eficiência, seja para a satisfação dos padrões de economicidade, a partir da eliminação de processos burocráticos desnecessários (eficiência no âmbito interno), seja para a satisfação das necessidades sociais (eficiência no âmbito externo).

Ao contrário do que propõe a Ciência da Administração, com a distinção que se estabelece entre eficiência (preocupação com os meios – “fazer corretamente as coisas”), eficácia (preocupação como resultado – “fazer as coisas certas”) e efetividade (atuação, ao mesmo tempo eficiente e eficaz), uma atuação para a Ciência do Direito somente se materializa quando se preocupa, ao mesmo tempo, com os meios e com os resultados.

Deve ser estabelecido, portanto, um novo papel do princípio da eficiência como mecanismo de controle da Administração Pública, prestigiando o controle de resultado em relação ao controle meramente formal. Tem-se, desta forma, três espécies de controle:

- a) Controle de Poder: controle de legalidade sobre o Estado;
- b) Controle dos Meios: racionalidade das medidas administrativas; e
- c) Controle dos Resultados: assegurar o cumprimento das políticas públicas.

Nesse sentido, cita-se, a título exemplificativo, o “contrato de autonomia” (como substitutivo do “contrato de gestão” previsto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal), que é apresentado no art. 28 da proposta de anteprojeto elaborada por comissão de juristas para

a modernização da estrutura administrativa³², estabelecendo normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração.³³

Diante do exposto, a adoção do princípio da eficiência como vetor da atividade administrativa, exige uma nova postura da Administração Pública, superando a burocracia própria de um modelo autoritário e unilateral decorrente do Estado de Polícia, com a preocupação de se atingir determinada finalidade³⁴, ao invés de se ater à adoção de procedimentos pré-estabelecidos em lei.

Tendo em vista o bloco de legalidade a que se sujeita, atualmente, a Administração Pública (legalidade em sentido amplo ou juridicidade), com a inclusão de princípios constitucionais explícitos e implícitos para o direcionamento da atividade administrativa, tem-se que a observância de um determinado dispositivo legal, sem o atendimento do princípio da eficiência, reflete a sua incompatibilidade com a ordem jurídica, resultando na sua anulação.

Da mesma forma, diante da natureza e da finalidade da sanção administrativa disciplinar, visando, não apenas à retribuição pelo mal causado, mas à melhoria do serviço e à elevação dos índices de produtividade e desempenho, a sua aplicação no bojo de um processo

³² In. *Nova organização administrativa brasileira*. Coord: Paulo Modesto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

³³ Eis a redação do dispositivo acima referido: “Art. 28 O contrato de autonomia tem como objetivo fundamental a promoção da melhoria do desempenho do supervisionado, visando especialmente a: I- aperfeiçoar o acompanhamento e o controle de resultados da gestão pública, mediante instrumento caracterizado pela consensualidade, objetividade, responsabilidade e transparência; II- compatibilizar as atividades do supervisionado com as políticas públicas e os programas governamentais; III- facilitar o controle social sobre a atividade administrativa; IV- estabelecer indicadores objetivos para o controle de resultados, aperfeiçoando as relações de cooperação e supervisão; V- fixar a responsabilidade de dirigentes quanto aos resultados; e VI- promover o desenvolvimento e a implantação de modelos de gestão flexíveis, vinculados ao desempenho, propiciadores do envolvimento efetivo dos agentes e dirigentes na obtenção de melhorias contínuas da qualidade dos serviços prestados à comunidade.”

³⁴ Para Diogo Figueiredo Moreira Neto, “a eficiência é, sobretudo, um desafio a ser vencido, pois, no torvelinho das mudanças que, por vezes, não nos é dado sequer captar em seu sentido pleno, cabe-nos sempre a busca da melhor orientação científica, a mais razoável e a menos conflituosa, jamais ditada por simpatias políticas ou inclinações emocionais, mas pela firme convicção de que o Direito Administrativo deve e pode ser um instrumento orientado para a preservação da liberdade, para a realização dos direitos fundamentais e para a facilitação do desenvolvimento econômico e social.” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 121-122.

administrativo disciplinar, dissociada desses objetivos, mesmo que sejam observados todos os procedimentos formais pela Administração Pública, conduz à sua anulação.

2. REGIME ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A existência de uma relação especial entre Administração Pública e agente público não tem o condão de impedir a incidência de princípios fundamentais que devem nortear a atividade administrativa. O dever de proporcionalidade, como uma mudança de paradigma, em detrimento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, impõe que tal relação não seja compreendida separadamente das bases de um Estado Democrático de Direito, conciliando-a com os direitos fundamentais.

2.1. NATUREZA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Por que existe um processo administrativo disciplinar? Qual o seu fundamento? Quais os seus postulados? O que se propõe com o processo administrativo disciplinar?

De acordo com uma concepção clássica, a Administração Pública exerce o poder disciplinar sobre as pessoas que estão integradas à sua organização, a partir da hierarquia que se estabelece entre os partícipes da relação jurídica, da qual deriva a subordinação, com a previsão de deveres, proibições, responsabilidades, ilícitos administrativos e faltas disciplinares, a fim de que haja o bom exercício da atividade administrativa.

O regime disciplinar tem origem nas relações especiais de sujeição e na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que justifica uma atuação pautada na hierarquia/superioridade. Tal relação é estabelecida entre a Administração Pública, de um lado, e, do outro, pessoas que se encontram em contato permanente com a Administração e que possuem com esta acentuada dependência, tais como servidores públicos, presos e estudantes de escolas públicas.

Diante do grau de dependência, a teoria da relação especial de sujeição ou de poder, que correspondia a um vínculo entre pessoas desiguais perante o Direito, preconizava um estado de liberdade restringida, de modo que a pessoa considerada inferior na relação jurídica tivesse que cumprir as ordens impostas, unilateralmente, pela parte considerada

superior. A regulação dessas relações, não teria, para essa construção doutrinária, caráter jurídico, razão pela qual não eram submetidas ao controle jurisdicional.³⁵

A partir da alocação da atividade disciplinar no âmbito do dever punitivo do Estado, entende-se que a atividade impositiva de sanção disciplinar fundada na disciplina interna das atividades administrativas, encontra fundamento em um regime jurídico disciplinar, composto por um conjunto de normas – regras e princípios – que lhe são próprios e que lhe dão identidade.

Dentre os princípios que fundamentam a atividade disciplinar da Administração Pública, destacam-se: legalidade, devido processo legal, presunção de inocência, culpabilidade, proporcionalidade e tipicidade.

A existência do processo administrativo disciplinar justifica-se pela necessidade de observância dos princípios constitucionais, que possuem, em seu conteúdo, direitos fundamentais do servidor público faltoso. Trata-se de um procedimento protetivo de direitos fundamentais e limitador do arbítrio estatal. Esta é a sua natureza.

Não se admite, portanto, como se verificou em um passado recente, a figura da verdade sabida³⁶ na aplicação de uma sanção administrativa disciplinar, exigindo-se, por menor que seja a sanção administrativa a ser aplicada, a instauração do processo administrativo disciplinar.

A lei deve estabelecer, portanto, com precisão, as faltas funcionais, as sanções correspondentes e todas as formas de exercício das garantias constitucionais para a regularidade formal do processo administrativo disciplinar. Nessa linha de raciocínio, não se admite que qualquer desses aspectos (preceito primário, preceito secundário e mecanismo de defesa) constituam conceitos jurídicos indeterminados, já que é possível que

³⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80-81.

³⁶ Ocorria a verdade sabida quando a autoridade administrativa hierarquicamente superior presenciava a prática da infração administrativa e aplicava, imediatamente, a sanção administrativa, independente de contraditório, ampla defesa ou qualquer outra formalidade.

o legislador, no momento da elaboração legislativa, já preveja todas as condições para a adequação futura da norma.

Como se não bastasse, a previsão, *in abstracto*, de conceitos jurídicos indeterminados na norma jurídica, não resulta em discricionariedade administrativa por parte do administrador público no momento da sua aplicação. De acordo com a Teoria da Adequabilidade Normativa, de Klaus Günther³⁷, não há de se concluir pela existência de discricionariedade administrativa quando da aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Como analisado ao longo da pesquisa de mestrado, que resultou na dissertação “*O controle pleno do ato administrativo disciplinar pelo Poder Judiciário: uma necessidade em razão dos novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo*”³⁸, apresentou-se a ideia de que, a partir da distinção do discurso de justificação (dirigido ao legislador) e o discurso de aplicação (dirigido ao administrador público), a interpretação e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados no âmbito de um processo administrativo disciplinar, com a consequente aplicação de uma sanção administrativa disciplinar, constitui uma atividade totalmente vinculada e, por esta razão, passível de controle amplo pelo Poder Judiciário.³⁹

A adoção desses princípios contribuem para a redução da autoridade da administração pública. No entanto, a compreensão das bases que fundamentam um regime disciplinar, ainda demonstram a existência de vícios de natureza do processo administrativo disciplinar, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. É o que se demonstrará nas próximas linhas.

³⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

³⁸ ALMEIDA, Tiago Bockie de. *O controle pleno do ato administrativo disciplinar pelo Poder Judiciário: uma necessidade em razão dos novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo*. Dissertação de mestrado. UFBA, 2011.

³⁹ Para Antônio Francisco de Sousa, em estudo aprofundado e específico sobre os conceitos jurídicos indeterminados, “a Administração deve ser hoje, por imposição constitucional, dinâmica, interveniente, mas também clara e transparente. Os seus actos devem e têm de ser quanto possível transparentes e as incompatibilidades entre os interesses da Administração e os interesses dos particulares devem ser resolvidas de acordo com o “quadro legislativo” em que se inserem. Não há motivo para considerar uma eventual cedência da Administração relativamente a um administrado como uma ‘derrota’ ou uma “submissão” daquela a este. Se isso acontecer, é apenas sinal de que cada um está a ocupar o seu lugar e que o sistema funciona bem; em suma, que a vontade do legislador está a ser cumprida.” (SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 82).

2.2. VÍCIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A partir do estudo do regime jurídico disciplinar no item anterior, concluiu-se que a natureza do processo administrativo disciplinar é, ao mesmo tempo, de procedimento protetivo de direitos fundamentais e de instrumento de limitação do poder estatal, frente ao arbítrio na atuação da Administração Pública.

No entanto, antes de se apresentar a proposta de substituição do modelo punitivo, cabe analisar, como justificção da construção teórica, os vícios de natureza do processo administrativo disciplinar e a natureza da sanção administrativa disciplinar. A experiência jurídica, nesse momento, contribuirá para a identificação dos vícios, a partir dos problemas que se verificam na prática, quando do exercício do poder punitivo disciplinar do Estado.

Importante, por esta razão, que se analise a estrutura de um processo administrativo disciplinar, a fim de que se verifique a sua compatibilidade (ou não) com o sistema constitucional e se o princípio constitucional da eficiência, como vetor de uma Administração Pública Contemporânea é efetivado.

De uma maneira geral, tendo em vista os estatutos funcionais que regulam a relação do servidor público com a Administração Pública, o processo administrativo disciplinar percorre as seguintes etapas até a aplicação de uma sanção administrativa disciplinar: instauração, inquérito administrativo (que compreende a instrução, a defesa e o relatório) e julgamento.

A pesquisa realizada ao longo do curso de mestrado⁴⁰ identificou os seguintes problemas funcionais do processo administrativo disciplinar, caracterizados, nesse momento, como vícios:

⁴⁰ ALMEIDA, Tiago Bockie de. *O controle pleno do ato administrativo disciplinar pelo Poder Judiciário: uma necessidade em razão dos novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo*. Dissertação de mestrado. UFBA, 2011.

Vício 01: A instauração do processo administrativo disciplinar deverá ocorrer após a notícia de falta funcional praticada por servidor público no âmbito da Administração Pública. Embora não seja comum a referência à petição inicial no processo administrativo disciplinar, verificando-se, normalmente, na prática administrativa, que a peça que inaugura o processo administrativo disciplinar é a portaria de instauração, contendo a designação dos membros da comissão processante. Às vezes, aponta, ainda, de forma sucinta, os dispositivos legais que refletem a infração praticada e a sanção a ser aplicada.

Alguns estatutos sequer regulamentam a fase da instauração no processo administrativo disciplinar, referindo-a, apenas, como fase integrante do processo.⁴¹ A fim de que os princípios do contraditório, ampla defesa (entende-se plena) e culpabilidade sejam fielmente observados, propõe-se que haja uma peça exordial acusatória também no processo administrativo disciplinar, com a especificação detalhada da infração, em tese, praticada, e a sanção disciplinar a que o servidor público está sujeito, com a devida tipificação.

Vício 02: ainda na fase de instauração, refere-se à composição da comissão processante: é a própria autoridade julgadora que designará os membros da comissão processante, verdadeiros *juízes* responsáveis pela condução do processo administrativo disciplinar.

Vício 03: os membros das comissões processantes, de acordo com os estatutos disciplinares, não precisam ter – e, muitas vezes, não têm – formação jurídica⁴². Frise-se: os membros da comissão processante responsáveis pela condução do processo administrativo disciplinar, no qual são suscitados argumentos técnico-jurídicos, não possuem a habilitação técnica necessária para a compreensão de tais argumentos, emitindo, inclusive, ao final do

⁴¹ É o que se verifica, por exemplo, no art. 151, inc. I, da Lei nº 8.112, de 1990, que se refere à instauração do processo administrativo disciplinar apenas nesse momento em toda a extensão legislativa: “Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão.”

⁴² Em pesquisa realizada pelo Centro Ibero-Americano de Administração e Direito - CEBRAD, em 1999, verificou-se que, apesar do expediente disciplinar envolver, essencialmente, matéria jurídica, 45% dos membros de comissões processantes formadas no âmbito federal não eram graduados em Direito e, em mais de 60% dos casos, as comissões não tinham um espaço físico para produzir os atos processuais (ALVES, Léo da Silva. *Sindicância & processo disciplinar em 50 súmulas*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 13).

processo, um relatório com a opinião e valoração acerca de tais elementos jurídicos produzidos ao longo do processo.

Os próprios estatutos de servidores públicos não fazem, na maioria das vezes, qualquer referência à necessidade de conhecimento jurídico dos membros das comissões, exigindo, apenas, que seja a comissão seja composta por, pelo menos, três servidores públicos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo, acrescentando alguns diplomas legais, às vezes, o requisito da estabilidade e o grau hierárquico superior em relação ao acusado.

Vício 04: Normalmente, a comissão permanente de processo administrativo é um órgão público instaurado dentro do órgão no qual infração foi praticada (este, como órgão público composto). Nos estados, tais comissões, encontram-se, na maioria das vezes, dentro de cada uma das secretarias de Estado. Isso também constitui um problema.

Essa organização administrativa torna o curso do processo administrativo disciplinar ainda mais parcial. Duas são as razões: a) a apuração da infração não ocorre de maneira equidistante dos fatos; e b) os membros das comissões são escolhidos dentre os servidores do mesmo órgão público. Em relação a este segundo aspecto, verifica-se a ocorrência de uma situação peculiar: no turno matutino, por exemplo, os servidores são colegas de trabalho e, no turno vespertino, encontram-se *em lados opostos*, como acusado e acusador, posto que um deles materializa a acusação feita pela Administração Pública. Os institutos jurídicos da suspeição e impedimento não se revelam suficientes para a solução desse entrave.

Apenas com a criação de um órgão de correição específico e autônomo, que é o que se propõe, fora da estrutura organizacional da prática da infração, permitindo o desenvolvimento de suas atividades de apuração de maneira equidistante dos fatos, cuja composição será formada por membros alheios aos fatos, com a exigência de que todos tenham habilitação jurídica e que tenham mandato fixo haverá uma grande contribuição para o alcance da imparcialidade no curso de um processo administrativo disciplinar.

Tudo quanto apontado refere-se à estrutura formal do processo administrativo disciplinar. A maneira pela qual as fases se desenvolvem e, principalmente, perante quem são desenvolvidas, precisam ser revistas.

Destacam-se alguns problemas existentes no âmbito disciplinar da estrutura da Administração Pública, que carecem de rápida reformulação para o atendimento do princípio da eficiência e conseqüente proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos:

- 1) O processo administrativo disciplinar está estruturado de maneira equivocada: os papéis de instauração, processamento e julgamento são desenvolvidos por uma mesma pessoa, a Administração Pública.
- 2) Ausência de peça exordial acusatória que, além da designação dos membros da comissão processante, especifique, detalhadamente, os fatos a serem apurados, com a tipificação da conduta e a sanção disciplinar cabível;
- 3) Autoridade julgadora designa os membros da comissão processante;
- 4) Membros das comissões processantes sem formação jurídica;
- 5) Acusador e acusado integrantes do mesmo quadro de pessoal da Administração Pública;
- 6) A condução do processo administrativo disciplinar não ocorre de maneira eqüidistante dos fatos;
- 7) Inexistência de órgão fiscal.
- 8) Despreparo dos membros de comissões processantes
- 9) Ausência de obrigatoriedade de órgão fiscal;

10) Cláusulas sancionatórias abertas;

11) Falta de obrigatoriedade de defesa técnica em processo administrativo disciplinar.

Verifica-se, portanto, a necessidade de alteração do atual sistema de apuração e julgamento do processo administrativo disciplinar, apresentando-se uma nova proposta para o direito administrativo disciplinar a partir do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, já que toda sistematização dos deveres administrativos se dissociam do mito de perfeição legal, buscando-se alternativamente, mecanismos diversos para a efetivação das diretrizes constitucionais.

2.3. NATUREZA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

Feitas as considerações acerca dos princípios informadores do processo administrativo disciplinar, bem como dos vícios que o circundam, cabe, analisar, nesse ínterim, a natureza da sanção administrativa disciplinar, como espécie no gênero sanção administrativa.

A sanção jurídica pode ser conceituada como a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito na norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes.

A sanção administrativa constitui espécie de sanção jurídica, apresentando-se, como destaque, basicamente, duas peculiaridades: a inobservância de um comportamento previsto na norma jurídica representa a prática de um ilícito administrativo e a Administração Pública, no exercício da função administrativa⁴³, é a competente para a aplicação da sanção⁴⁴ (requisitos de uma sanção administrativa).

⁴³ Ressalta-se que os três Poderes estruturais do Estado podem exercer função administrativa e, consequentemente, podem aplicar sanção administrativa.

⁴⁴ Em sentido contrário, Fábio Medina Osório, sustenta que a sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do direito administrativo formal e material, de modo que se uma sanção é aplicada em virtude da infringência de uma norma que atinge a Administração Pública, a sanção será qualificada como sanção administrativa. (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62).

O ilícito administrativo, correspondendo ao descumprimento injustificado de um dever certo e determinado imposto por um ato normativo, constitui o antecedente necessário de uma sanção administrativa. Ao institucionalizar e monopolizar o poder de punir os ilícitos cometidos pelos indivíduos, o Estado retira da sociedade, transferindo para si, o poder de punir os ilícitos cometidos pelos indivíduos. No caso da sanção administrativa, o monopólio punitivo é da Administração Pública.

Destacando-se a sua natureza jurídica e os seus requisitos essenciais, é possível apresentar, nesse passo, um conceito de sanção administrativa. Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a sanção administrativa é “un mal infligido por la Administración a um administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa.”⁴⁵

A sanção administrativa pode decorrer do exercício do poder de polícia, sem a necessidade de uma relação direta da Administração Pública com o destinatário da sanção, a exemplo da sanção administrativa que é aplicada por agente da vigilância sanitária que constata a prática de ilício administrativo relacionado à adulteração do prazo de validade dos alimentos, como pode decorrer do poder disciplinar, aplicando-se a sanção administrativa disciplinar a destinatários que possuem uma relação direta de disciplina com a Administração Pública.

A sanção administrativa disciplinar, por sua vez, decorre do poder punitivo do Estado e, mais especificamente, do exercício da atividade disciplinar da Administração Pública, caracterizando-se como uma consequência jurídica em desfavor do servidor público que pratica uma falta funcional prevista no estatuto correspondente e que somente incidirá após a conclusão do processo administrativo disciplinar.⁴⁶

⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008, tomo II, p. 163.

⁴⁶ Como será aprofundado no capítulo seguinte, aqui reside uma diferença entre as sanções administrativas e o prêmio (sanções premiaias) justamente por aquela (as sanções negativas) representarem uma privação de direitos, seja com a restrição de liberdades, seja com a imposição de alguns deveres.

Como sanção jurídica que é, a sanção administrativa, incluindo a sanção administrativa disciplinar, consiste em uma consequência negativa (medida afluiva) imposta ao infrator de um dever jurídico.⁴⁷

A partir da existência de uma relação especial de sujeição, acima referida, cabe saber como, e em que medida, a Administração Pública pode utilizar as sanções administrativas disciplinares para o atendimento do interesse social.

As sanções administrativas em geral podem ser classificadas como *retributivas* (quando a sanção esgota-se na aplicação de um mal ao infrator) ou *ressarcitórias* (quando a sanção, além de impor um mal ao infrator, repara o dano causado à vítima).

Diante da adoção do princípio da eficiência como vetor da Administração Pública Contemporânea, a sanção administrativa disciplinar não deve ter a finalidade de impor um castigo ao infrator, muito menos de reparar um dano causado à Administração Pública.

A medida afluiva administrativa somente terá cabimento quando objetivar a restauração do serviço público, visando à melhoria dos índices de desempenho no âmbito interno e à elevação dos padrões de qualidade no âmbito externo, tendo como destinatários os cidadãos, na qualidade de usuários do serviço público.

Não obstante a inexistência de diferenciação entre delitos e infrações (a distinção cabe ao legislador, diante dos bens jurídicos a serem protegidos)⁴⁸, a finalidade da sanção é apresentada como diferença entre a sanção administrativa disciplinar e a sanção penal. Enquanto esta tem por objetivo estabelecer a paz social dentre os integrantes de uma

⁴⁷ Alejandro Huergo Lora, fazendo uma distinção entre as sanções e medidas não sancionadoras, dispõe que “la distinción entre sanciones y medidas no sancionadoras no puede ser determinante a la hora de fijar el ámbito de aplicación de todos los principios y garantías que forman el Derecho administrativo sancionador, y en particular de aquellos que se configuran como técnicas de protección de la posición jurídica del particular, porque en ese caso se llegará al absurdo de establecer garantías más elevadas ante medidas de importancia relativamente escasa y dejar menos protegido al particular frente a las potestades administrativas de más calado.” (LORA, Alejandro Huergo. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 236).

⁴⁸ De acordo com Alejandro Nieto, não há igualdade nem desigualdade entre os ilícitos penais e administrativos, sendo um conceito exclusivamente normativo (NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 155).

sociedade (ordem pública), aquela visa assegurar, a ordenação interna da atividade administrativa, a fim de que a boa prestação do serviço público não seja maculada ou seja restaurada com a máxima brevidade.⁴⁹

Não deve prosperar a ideia, portanto, de que a finalidade da sanção administrativa retributiva seja preventiva, no sentido de que se pune para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícito (caráter preventivo da sanção).⁵⁰

Ressalta-se, no entanto, que tal critério não se afigura seguro ou exclusivo para a diferenciação das referidas sanções, em especial quando se está diante de crimes contra a Administração Pública, cuja finalidade do preceito secundário da norma penal também seria, ao menos mediamente, o bom funcionamento interno dos serviços administrativos.

Da mesma forma, as sanções administrativas disciplinares têm como finalidade, em alguma medida, a proteção, em âmbito externo, da ordem pública, especialmente nos casos de ilícitos de maior gravidade, que também configuram, por vezes, atos de improbidade administrativa ou infrações penais. Isso porque, conforme salienta Fábio Medina Osório, “a ineficiência administrativa, deteriora a imagem do setor público no meio comunitário, produz desgaste institucional, gera o descrédito da instituição pública na sociedade.”⁵¹

Justamente diante da natureza distinta de tais sanções, com pressuposto de fato específico, finalidade própria e autoridade competente determinada, não há *bis in idem* quando da aplicação da sanção disciplinar e da sanção penal, o que justifica a independência de instâncias ou esferas de responsabilidade, nos termos do art. 121 da Lei nº 8.112/90.⁵²

⁴⁹ Como já assinalado, outras diferenças entre sanção penal e sanção disciplinar podem ser apontadas, a exemplo do órgão competente para a aplicação da sanção (órgãos judiciais x órgãos administrativos em sentido estrito, respectivamente), bem como a natureza do ilícito (ilícito penal x ilícito administrativo).

⁵⁰ Entendendo pelo caráter preventivo das sanções administrativas, vide MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 76.

⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.163.

⁵² Art. 121- “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”

Vale ressaltar, no entanto, que, embora a distinção entre as sanções seja absoluta, o mesmo não se pode afirmar em relação ao processo penal e ao processo administrativo disciplinar, pois se o servidor for absolvido por negativa de autoria ou inexistência do fato, haverá a vinculação de instâncias de responsabilidade, com a absolvição do servidor também na esfera administrativa. É o que se depreende do art. 126 da Lei nº 8.112/90.⁵³

Não se admite que as sanções disciplinares tenham o caráter aflagante próprio das sanções penais, com a finalidade de retribuir o mal causado. A sanção administrativa disciplinar, portanto, não dota do caráter de prevenção (geral ou especial) da sanção penal. Ao contrário, tem natureza eminentemente pedagógica, de modo que o desvio de conduta na prestação do serviço público seja corrigido, sem o propósito de estimular a mudança de comportamento do servidor infrator.

A mudança do comportamento ilícito do servidor, evitando-se a reincidência, decorrem de outras práticas administrativas que não a aplicação de sanções, a exemplo do oferecimento de condições satisfatórias de trabalho, do fomento à capacitação, de estímulos funcionais premiais, etc.

Daí compreender a sanção disciplinar numa perspectiva restauradora: a sanção deve ser utilizada apenas com o intuito de reorganizar o serviço público, sem a característica de repressão pelo dano causado. A adequação e a necessidade, como dimensões do postulado da proporcionalidade, resultam na compreensão de que a sanção disciplinar somente será apta para os fins a que se destina, bem como atenderá os critérios de exigibilidade (medida menos gravosa possível), se contribuir para o alcance da eficiência administrativa.⁵⁴

⁵³ Art. 126- “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

⁵⁴ Em sentido contrário, Marcelo Caetano, para quem a sanção administrativa disciplinar exerce um papel de ameaça intimidativa, “desempenha um papel semelhante de intimidação quando, pelo exemplo do sofrimento do transgressor, mostra ao comum das pessoas a eficácia das sanções cominadas.” (CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo. Lisboa: Coimbra Editora, 1965, p. 351).

De acordo com as ideias apresentadas no presente trabalho de pesquisa, não se comunga do pensamento acima transcrito. A sanção administrativa disciplinar, ao contrário da sanção penal, não possui, dentre as suas finalidades: a reprovação pela prática do ilícito e é exatamente aqui onde reside o caráter retributivo do preceito secundário de uma norma penal, e a prevenção (geral ou especial).

Assim, como não há razão de se entender pela aplicação de uma penalidade disciplinar como forma de compensar a falta disciplinar praticada, a segregação do agente público (prevenção geral) ou o caráter ressocializador da sanção (prevenção especial) perdem sentido.

Nesse sentido, sempre que uma sanção administrativa disciplinar encontrar-se dissociada da sua natureza e finalidade, proporcionando um resultado que não se encontra adequado à manutenção da boa prestação do serviço público (elevação dos índices de desempenho e qualidade), o princípio da eficiência restará violado.

Um outro caminho é apresentado no presente trabalho. A observância de mecanismos substitutivos do modelo disciplinar punitivo, autoritário e unilateral atual, a exemplo da introdução do consenso e da aproximação do servidor público do processo decisório, conduzem a Administração Pública ao atendimento do princípio da eficiência.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E O REGIME DISCIPLINAR

Nos capítulos anteriores, verificou-se a necessidade de superação do modelo eminentemente burocrático de Administração Pública, pautada tão somente na observância dos padrões de legalidade a partir da adoção dos procedimentos previamente estabelecidos na ordem jurídica.

Ao contrário, em uma Administração Pública Contemporânea, conduzida pela ideia de “administração de resultados”, busca-se a adoção de um modelo gerencial de administrar, que seja conduzido pelos influxos do neoconstitucionalismo e que resulte em uma administração atenta à busca de resultados, para a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa.

Nesse sentido, a utilização do consenso na atividade administrativa e, em especial, no direito administrativo sancionador, constitui uma imposição da nova ordem jurídica a partir da ascensão do Estado Democrático de Direito, a fim de que haja a valorização do cidadão nas suas relações com a Administração Pública, incluindo os processos decisórios, para a satisfação das necessidades coletivas.

E em que consiste o consenso? É o que se demonstrará, inicialmente, no presente capítulo, para que, em seguida, seja possível abordar os fundamentos dogmáticos da administração pública consensual como um novo modelo de gestão e a sua aplicação no âmbito do regime disciplinar.

3.1. O CONSENSO

O consenso corresponde à existência de mecanismos institucionalizados ou que são construídos a partir da práxis – processos de audição e de participação, por exemplo – em que os interessados na decisão administrativa participam, ativamente, na formação delas.

Cezar Saldanha Souza Junior conceitua o consenso como o “acordo entre membros da Comunidade, sobre as bases da ordem desejável”.⁵⁵ Diogo Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, conceitua o princípio do consenso como “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e Estado.”⁵⁶

Consoante dispõe Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, a consensualidade “é em si mesma, positiva, desde que existam – e funcionem – instrumentos destinados a evitar que se caia em ‘tentações’ de procura das ‘soluções mais fáceis’ ou do ‘baixo-negócio’ (v.g. princípio da imparcialidade, princípio da proporcionalidade).”⁵⁷

A ideia de consenso também pode ser extraída, em certa medida, das lições apresentadas por Antônio Carlos Wolkmer⁵⁸ quando delinea os elementos de identificação e as condições para um pluralismo jurídico, compreendido como um modelo cultural, caracterizado pela aproximação entre estado e sociedade, com a construção de um espaço comunitário de reordenação do espaço público e reconhecimento de novos sujeitos coletivos de juridicidade.

Segundo o citado Autor, as relações individuais e coletivas devem ser pautadas na diversidade, na alteridade e na informalidade das identidades (ideia de consenso), a fim de

⁵⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002, p. 70.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ‘Novos institutos consensuais da ação administrativa’. In. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2013, p. 133.

⁵⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Lisboa: Almedina, 1996, p. 107.

⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2011, p. 223-272.

que se conceba uma identidade comum em uma política descentralizadora, democrática e participativa.⁵⁹

Habermas, por outro lado, é responsável pela construção de uma peculiar e emancipatória de legitimidade do Direito, pautado, em grande parte, na ideia de consenso no âmbito da racionalidade comunicativa (Teoria do Agir Comunicativo).⁶⁰

Como substituição da consciência monológica de Kant, Habermas propõe um novo conceito de emancipação e uma interpretação linguística pautada na busca do consenso como condição de validade de uma proposição científica, de modo que a verdade não corresponda, necessariamente, à realidade, mas, ao contrário, alcance um caráter público.

Para Habermas, o ser humano é um sujeito que possui uma grande potencialidade comunicativa, que desenvolve um novo conceito de emancipação, pela razão comunicativa pela qual a linguagem é considerada na sua dimensão de práxis social.

Nesse sentido, o consenso está interligado ao interesse prático, apresentado por Habermas como sendo o interesse de resguardar uma autocompreensão e uma compreensão intersubjetiva, com fundamento na capacidade da linguagem de criar relações sociais entre os indivíduos e produzir um mundo comum (o conhecer deve ser compreendido como um mecanismo de conservação da própria espécie).⁶¹

Habermas encara o conhecimento como um processo que é, ao mesmo tempo objetivo e subjetivo, pois não é possível conceber o mundo dissociado dos sujeitos que o produzem. Portanto, ao contrário do que dispõe Gadamer⁶², Habermas não admite a separação entre

⁵⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2011, p. 174-180

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I; trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 190.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Trad.: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 234.

⁶² Hans-Georg Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, busca definir como ocorre a compreensão, apresentando os fatores determinantes desse processo de conhecimento, a partir de quatro categorias fundamentais: círculo hermenêutico, pré-compreensão, tradição e fusão de horizontes. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Trad.: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991).

verdade (categoria determinante da abordagem filosófica) e método (traço essencial da atividade científica).

Com a teoria do agir comunicativo, Habermas, com a pretensão de superar os limites do paradigma de consciência, aprofunda a sua proposta em uma teoria pragmática da linguagem, compreendendo a filosofia como um processo de cooperação dialética, coletiva e interdisciplinar.

Busca, portanto, a partir de uma hermenêutica macroscópica, fazer uma análise dos meios de integração social produzidos pela comunicação linguística, incorporando diferentes elementos, a exemplo de elementos econômicos, sociais, antropológicos, pedagógicos, dentre outros. Nessa linha de raciocínio, Habermas sustenta que há uma evolução da humanidade, com as transformações das instituições sociais, a partir do aprendizado que a linguagem proporciona.

Nesse contexto, a partir da análise de uma convenção/consenso, três níveis ou estágios de consciência moral são apresentados na construção habermasiana: pré-convencional, no qual as ações são avaliadas apenas de acordo com as suas próprias consequências; convencional, no qual se analisa a conformidade com um dado sistema de normas; e pós-convencional, segundo o qual um sistema de normas somente poderá ser justificado a partir de um prisma universalista.

Assim, Habermas compreende que toda comunicação, que é desenvolvida através de uma linguagem, pressupõe, sempre, uma tentativa de consenso e de acordo mínimo entre partícipes desta comunicação. Tem-se, portanto, que o acordo sobre as pretensões expostas durante os atos de fala é pressuposto de uma comunicação válida.

Diferenciando o agir estratégico do agir comunicativo, Habermas afirma que, no caso de processos de entendimento mútuo linguísticos,

os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente pretensões de verdade,

pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão - e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.⁶³

Considerando que cada integrante participa do processo comunicacional com as suas crenças e valores, no momento que se permite compreender a comunicação como um processo que deve ser pautado no consenso, abre-se uma possibilidade aprendizado mútuo (emissor e receptor da mensagem). Daí a relevância do consenso como instrumento de busca da melhor solução possível diante de um litígio/conflito, em contraposição à solução estabelecida unilateralmente por uma das partes.

Apenas com o processo comunicativo é possível o advento de novas possibilidades argumentativas, de modo que os direitos fundamentais do homem são consequência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo. De acordo com o autor, a formação democrática da vontade

não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos.⁶⁴

Para Habermas, portanto, a busca de uma comunicação adequada, com concessões mútuas a partir da necessidade de se alcançar o consenso (este sempre deverá conduzir a relação comunicacional), avança a finalidade da comunicação: de *ato locucionário*, que visa, tão somente, comunicar uma ideia sobre um determinado objeto, para *ato ilocucionário*, permitindo a realização de uma ação diferente daquela que era concebida inicialmente ou, até mesmo, realização de uma ação diferente da própria comunicação.⁶⁵

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.79.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I; trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 345.

⁶⁵ Robert Alexy dispõe que, a partir da execução de atos locucionários e ilocucionários, admite-se a produção de um terceiro efeito do ato da linguagem, o efeito perlocucionário, que consiste na provocação de uma reação na esfera de sentimentos de uma pessoa. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria*

O agir comunicativo, como uma das formas de condução da comunicação, tem por objetivo a busca de um entendimento que preencha as expectativas recíprocas de comportamento.⁶⁶

Para o Autor, o conceito “agir comunicativo”,

que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas.⁶⁷

Embora as lições de Habermas sejam fundamentais, como fundamento teórico-filosófico, para a compreensão do consenso, esse marco teórico não pode ser aplicado, em sua totalidade, na atividade administrativa, para a construção de uma administração pública consensual.

Isso porque, o discurso, para Habermas, pressupõe uma *situação ideal de fala*, que exige a presença dos seguintes requisitos (inexistentes na atividade administrativa) para que se alcance um consenso verdadeiro (racional) e não apenas um pseudo-consenso (procedimental):

1- Simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala;

2- Ideia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo);

do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59).

⁶⁶ Ao contrário do agir comunicativa, Habermas dispõe que existe uma outra forma de condução de uma comunicação, que é pautada no agir racional teleológico (agir instrumental e agir estratégico), que ocorre quando se utiliza outra pessoa como instrumento para o alcance um resultado de interesse pessoal (agir instrumental) ou quando se utiliza um artifício para que o terceiro entenda que se busca um determinado fim, quando, na verdade, se deseja fim subjetivamente diverso (agir estratégico).

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I; trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 35.

3- O *medium* linguístico⁶⁸, de modo que os partícipes da comunicação (interlocutores) devam entender adequadamente os termos do debate, com uma linguagem de conhecimento comum, no âmbito de três dimensões: dimensão *sintática* (gramaticalmente adequada à compreensão), dimensão *semântica* (o entendimento das expressões) e dimensão *pragmática* (que concerne ao conceito do mundo da vida).

4- Inexistência de limitação temporal para se obter o acordo;

5- A sinceridade, que corresponde à crença daquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada.

6- Ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.⁶⁹

Considerando-se que os debates reais não reúnem os requisitos essenciais para a caracterização de uma *situação ideal da fala*, como medida de verificação de legitimidade dos discursos, questiona-se: a inexistência, em grande parte, dessas condições na atividade administrativa constitui óbice para a construção de uma administração pública consensual?

O próprio Habermas responde afirmando que, embora, muitas vezes, as condições acima referidas, como idealizações, não estejam presentes na realidade, elas podem ser utilizadas como parâmetros que, na comunicação, podem colaborar para o exame da verdade, correção e autenticidade de acordos, como também são pressupostos inerentes à própria comunicação.

⁶⁸ Em *Direito e Democracia*, Habermas destaca a importância desse elemento na situação ideal da fala, dispondo que “ao explicarmos o significado de expressões linguísticas e a validade de proposições assertóricas, tocamos em idealizações ligadas ao *medium* da linguagem: a idealidade da generalidade do conceito e do significado é acessível a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento. Tais idealizações embutidas na linguagem podem assumir, além disso, um significado relevante para a teoria da ação, caso as forças de ligação ilocucionárias de atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I; trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 35).

⁶⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 89.

Desta forma, não há de se considerar a *situação ideal da fala*, como uma construção utópica e dissociada da realidade brasileira, bem como, em especial, da realidade administrativa brasileira. Primeiramente porque afirmar que o discurso constitui condição de possibilidade da comunicação humana resulta, de logo, em uma contradição performativa.

Além disso, quando se sustenta que a *situação ideal da fala* é uma construção meramente teórica “liga-se a uma dicotomia real/ideal, ainda tributária da filosofia clássica, ligada aos primórdios da metafísica platônica, o que, por si só, deve ser descartado em um contexto de reviravolta linguística-pragmática.”⁷⁰

Portanto, para a aplicação do consenso associado a um contexto, importante que haja o processo de adequação, atentando-se à realidade de cada organização, com os influxos de cada cultura. É o que se demonstrará no próximo item.

3.2. A INFLUÊNCIA DA CULTURA NA CONSTRUÇÃO DO CONSENSO

Não se entende a cultura como algo estanque, imóvel, compreendida como uma composição lógica. Os aspectos sociais, econômicos, políticos, interferem no modo de ser e de se comportar de um determinado grupamento social, de modo a se construir uma ideologia e um processo do conhecimento.

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer, a real compreensão do processo de conhecimento resultado da cultura

[...] não se fundamenta em esquemas interpretativos ideais *a priori* e em proposições técnicas lógico-formais, mas, essencialmente, na práxis cotidiana interativa de um todo concreto que se organiza para produzir vida social. A totalidade das estruturas de uma dada organização social refletirá sempre a globalidade das relações de forças, o grau de desenvolvimento de sua riqueza material e os interesses e necessidades humanas fundamentais.⁷¹

⁷⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 117.

⁷¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2011, p. 25.

Não é possível, portanto, compreender uma sociedade e a sua cultura sem a análise prévia dos diferentes fatores acima apontados, inerentes ao processo histórico de formação de um determinado grupamento de seres humanos.

Como aponta Clifford Geertz⁷², a cultura, como sistemas entrelaçados de signos interpretáveis – que ele mesmo qualifica como símbolos – não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma inteligível – isto é, descritos com densidade.

Para além do seu significado, importante que se verifique a importância da cultura. Tem-se que a cultura conduz o comportamento de uma sociedade, de modo que se tenha, em um grupamento de pessoas, algumas condutas como aceitáveis e outras como não aceitáveis, o que se modifica com o tempo. Tal modificação pode ocorrer, por exemplo, a partir da influência de determinada sociedade por outras culturas. A influência que uma cultura exerce sobre a outra, em maior ou menor grau caracteriza-se como um fenômeno denominado multiculturalismo.

Algumas críticas são apontadas ao multiculturalismo, no sentido de que o mesmo compromete a unidade social e política, prejudicando a dinâmica da integração em sociedade.

Como forma de combater tais críticas, Andrea Semprini⁷³ aponta que a coesão social não poderia ser reduzida a uma lógica binária, apontando que existem quatro modelos de espaço multicultural: i) modelo político liberal clássico; ii) modelo liberal multicultural; iii) modelo multicultural “maximalista”; iv) modelo de multiculturalismo combinado, mas que, na verdade, nenhum deles tem condições de prefigurar um espaço multicultural. Para tal representação, devem coexistir algumas condições, a exemplo da compreensão acerca das reivindicações, das identidades e dos valores exigidos por determinados grupos, que não

⁷² GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 10.

⁷³ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad.: Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p. 129-140.

devem ser considerados como dados sociais objetivos, historicamente fundamentados e estáveis.

A cultura, ademais, deve ser entendida como pública. como aponta Geertz⁷⁴ uma ideação, não existe na cabeça de alguém; embora não física, não é uma identidade oculta. Uma vez que o comportamento humano é visto como ação simbólica, o problema se a cultura é uma conduta padronizada ou um estado da mente ou mesmo as duas coisas juntas, de alguma forma perde sentido. O que se deve indagar é qual a sua importância: o que está sendo transmitido com a sua ocorrência e através de sua agência. Isso pode parecer uma verdade óbvia, mas há inúmeras formas de obscurecê-la, a exemplo de:

a) imaginar que a cultura é uma realidade “superorgânica” autocontida, com forças e propósitos em si mesma, i.e., reificá-la;

b) alegar que ela consiste no padrão bruto de acontecimentos comportamentais que de fato observamos ocorrer em uma ou outra comunidade identificável — ou seja, reduzi-la; e

c) a ideia de que a cultura está localizada na mente e no coração dos homens — é etnocência, que afirma que a cultura é composta de estruturas psicológicas por meio das quais os indivíduos ou grupos de indivíduos guiam seu comportamento. A cultura é pública porque o seu significado o é.

Dizer que a cultura consiste em estruturas de significado socialmente estabelecidas, nos termos das quais as pessoas fazem certas coisas como sinais de conspiração e se aliam ou percebem os insultos e respondem a eles, não é mais do que dizer que esse é um fenômeno psicológico, uma característica da mente, da personalidade, da estrutura cognitiva de alguém.

⁷⁴ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 8-10.

Stuart Hall⁷⁵, discutindo a tensão entre o global e o local para a compreensão da identidade, seja com o fortalecimento das identidades locais ou a com formação de novas identidades (a partir a influência do processo de globalização por exemplo), dispõe que, para uma corrente teórica, as mudanças estruturais na sociedade moderna provocam uma mudança na concepção que os indivíduos tem de si mesmos (crise de identidade), o que vai refletir na própria sociedade em momento posterior.

O direito, como objeto cultural⁷⁶, deve estar atento a essas peculiaridades, seja no processo de elaboração da norma, seja no momento de sua aplicação, buscando estabelecer um espaço para a adequação de acordo com a realidade de cada organização.

Calmon de Passos⁷⁷, analisando a relação que se estabelece entre Direito e cultura, adverte que, diante do objeto de regulação (a convivência social), o Direito não é algo dado, pronto, mas, ao contrário, é, o que dele faz o processo de produção, situando-se, pois, no universo do discurso e da ação.

A Administração Consensual é apresentada, nesse contexto, como mecanismo de ajuste atento à realidade que é apresentada para a incidência da norma, com a análise das peculiaridades do caso concreto, servindo como instrumento alternativo à imposição de sanções administrativas disciplinares e, conseqüentemente, melhorando a qualidade do serviço prestado.

3.3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

A busca por uma consensualidade na atuação administrativa, como forma de redução da autoridade do Poder Público, constitui uma exigência na Administração Pública

⁷⁵ HALL, Stuart. *A identidade Cultural na Pós Modernidade*; Trad.: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro – 11 ed., 1 reimp. – Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 9.

⁷⁶ Edmund Husserl, a partir da Teoria Geral dos Objetos, entende que os objetos podem ser ideais, naturais, culturais e metafísicos, e enquadra o direito como fenômeno cultural, pois é produzido pelos seres humanos com existência referida no tempo e no espaço e passível de ser valorado (exame axiológico). HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24-25.

Contemporânea, que deve estar atenta às especificidades de cada cultura, de modo a oferecer soluções que melhor se adequem a uma dada realidade.

A noção de administração pública consensual tem fundamento no Estado Democrático de Direito, que apresenta bases diferentes de legitimação do poder estatal, como evolução de um modelo de Estado pautado no neoconstitucionalismo, exige a criação de canais de interlocução com os integrantes da sociedade, bem como a constituição de mecanismos de interação para a participação dos indivíduos no processo decisório (gestão participativa).

As relações sociais cada vez mais dinâmicas no âmbito de uma sociedade complexa, assim caracterizada diante da necessidade de atendimento de múltiplos interesses, exigem uma celeridade muito maior na solução das demandas que ora são apresentadas, bem como a efetividade das medidas administrativas, ambas como decorrência do princípio da eficiência administrativa.

Nesse contexto, considerando a necessidade de descentralização do poder estatal, a fim de que haja uma participação efetiva dos administrados cidadãos no desenvolvimento da atividade administrativa, apresenta-se, como modelo de gestão, a construção de uma administração pública consensual, pautada nos postulados da *Governança Pública* e de um *Estado em Rede*.

O *Estado em rede* ou *sociedade em rede* é o Estado/sociedade caracterizado(a) pelo compartilhamento de autoridade em rede⁷⁸. Explica-se. A partir da coincidência de três processos históricos independentes, quais sejam, a revolução da tecnologia da informação; a crise econômica do capitalismo e do estatismo, com a reestruturação de ambos; e o apogeu de movimentos sociais culturais, a exemplo do feminismo e ambientalismo, fazem surgir uma nova ordem social, que é denominada de sociedade em rede, bem como uma

⁷⁸ Consoante dispõe Manuel Castells, o Estado em rede pode ser definido como “o Estado caracterizado pelo compartilhamento da autoridade (ou seja, em última instância, a capacidade de impor violência legitimada) em uma rede”. In. CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim do milênio*. Trad.: Roneide Venancio Majer 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 03, p. 406-407.

nova economia (economia informal/global) e um novo processo cultural, pautado em uma virtualidade real.⁷⁹

Segundo Manuel Castells⁸⁰, destacam-se três características do *Estado em rede*:

1) Presença intensa da “lógica difusa da sociedade em rede” na sociedade contemporânea, caracterizada pela existência de mecanismos de percepção e participação social.

2) A organização político-administrativa é analisada e compreendida a partir da “lógica difusa da sociedade em rede”, com a superação de um modelo vertical, estaque e distante, como se a estrutura estatal estivesse organizada em gavetas incomunicáveis.

3) A adoção do conceito de Estado em rede resulta em um processo de globalização governamental, no qual se tem uma convergência negociada de diversos interesses de governos nacionais, caracterizado como um “processo irreversível de soberania compartilhada”

A governança pública (*public governance*), segundo Elke Löffler⁸¹, corresponde a uma geração de reformas administrativas e de Estado, que têm por finalidade, a partir de ações conjuntas do Estado, mercado e sociedade civil caracterizadas pela eficácia, transparência e compartilhamento, apresentar soluções inovadoras para os problemas sociais, o que resultará na criação de possibilidades de um desenvolvimento futuro sustentável para todos participantes.

Pode-se compreender a governança pública como um novo modelo regulatório entre os três primeiros setores da economia, a fim de haja uma reestruturação das relações entre eles e,

⁷⁹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim do milênio*. 3. ed. Trad.: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 03, p. 410-412.

⁸⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad.: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 01, p. 209.

⁸¹ In. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? RAP - Revista de Administração Pública- Rio de Janeiro 40(3):479-99, Maio/Jun. 2006 (HEIDEMANN, Francisco G.; KISSLER, Leo).

consequentemente, apresente-se como alternativa à estrutura governamental tradicional, caracterizada, fundamentalmente, pela hierarquia.

Como objetivo fundamental da governança pública, é possível destacar a busca precípua pela estabilidade das instituições públicas (políticas e sociais) “a partir do fortalecimento das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas.”⁸²

Se, por um lado, a partir da quebra do monopólio estatal no processo decisório (perda/redução da centralidade administrativa), há a descentralização do poder estatal, com a aproximação da sociedade civil, permitindo que os administrados sejam ouvidos na tomada de decisão administrativa, e, principalmente, contribuam ativamente na sua construção, por outro lado, a ação estatal se torna muito mais efetiva, na medida em que os destinatários da conduta foram os autores no processo de escolha e sopesamento do interesse público.

Assim, ao contrário do que se poderia pensar, não há o enfraquecimento do Estado como consequência da horizontalização da sua atividade (redução de autoridade e verticalidade). Ao contrário, a integração da sociedade civil ao Estado (processo contínuo de interpenetração recíproca), permitindo a conjugação de vontades para a formação de uma medida, enseja uma nova legitimação (mais forte) das suas ações, além de evitar a ocorrência de novos conflitos/litígios que, naturalmente, existem a partir de uma manifestação unilateral de vontade.

O que se propõe, como mudança de paradigma, é a superação do modelo tradicional hierarquizado que compreende a sociedade como detentora do poder, responsável pela outorga aos seus governantes executivos e legislativos, legitimamente eleitos, mas que

⁸² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

passam, depois disso, a agir de forma unilateral, como emissores de decisões e que serão recepcionadas pela sociedade.⁸³

Justamente por ser o detentor do poder, o povo continua com a necessidade de participação no processo decisório, especialmente no que tange à sua aplicação prática. A parcela de atuação, portanto, não pode ser reduzida, apenas, à escolha de governantes que atuarão em seu nome. Ademais, o processo de gestão participativa contribui para uma legitimação constante do governo eleito, pois permite a aproximação daqueles integrantes da sociedade que não tiveram a sua escolha aceita em pleito eleitoral como opção política.

A abertura da estrutura administrativa, a partir de uma capilaridade de órgãos e entidades políticas/administrativas que compõem uma acepção subjetiva de administração pública, a fim de que se permita a participação e a integração da sociedade civil, torna-se essencial na contemporaneidade, sob pena de que o afastamento próprio do modelo tradicional torne inócua toda e qualquer ação estatal que, ao final resultaria, direta ou indiretamente, em benefícios aos cidadãos.

A partir dos fundamentos de governança pública e Estado em rede acima apresentados, verifica-se, não apenas a necessidade de reestruturação administrativa em seu âmbito orgânico, como também, sob o aspecto material, exige uma nova forma de gestão interna (introversa), bem como de atuação perante a sociedade civil (extroversa).

Nesse contexto, surge a administração pública consensual, que busca a evolução de um modelo burocrático de administração pública, pautado na unilateralidade de suas ações e com uma preocupação de observância dos procedimentos estabelecidos a partir de uma legalidade estrita, para um modelo gerencial de administrar.

⁸³ Consoante dispõe Diogo Figueiredo Moreira Neto, “a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo) e facilmente obedecidos (ordem). MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

O modelo gerencial, conduzido pelo princípio da eficiência administrativa, avança para se preocupar não apenas com os meios, mas com a finalidade da medida, contemplando medidas bilaterais e multilaterais para a máxima efetividade do interesse público, de modo que o ato administrativo, medida unilateral por excelência⁸⁴, não possa ser utilizado como primeira alternativa para a atuação administrativa.

Como analisado anteriormente na concepção habermasiana de consenso, a partir da necessidade de existência de uma *situação ideal da fala*, para o seu alcance e efetivação, não se trata de uma construção utópica. Permite-se, para a efetividade de participação no poder decisório que a aproximação se dê em células, ou seja, em atividades específicas do poder público, a exemplo do regime disciplinar na administração pública, com a construção de um consenso como meio alternativo à imposição de uma sanção administrativa disciplinar, como será analisado posteriormente.

Tais medidas participativas, em células, refletirão em novos grupamentos governamentais na pirâmide organizacional da administração pública, com a ascendência necessária até os mais altos escalões de poder decisório, no âmbito dos órgãos independentes, que terão o reflexo das decisões conjunta no desenvolvimento de suas atividades, como uma verdadeira retroalimentação.

A aproximação da sociedade civil para o primeiro setor, ressaltará a importância do diálogo para que as medidas participativas sejam efetivadas. Assim, acompanhando a evolução de uma administração pública burocrática e autoritária para uma administração pública gerencial e participativa, surge a figura de administração dialógica (próxima da sociedade, com o estabelecimento de vínculos contínuos, a partir do desenvolvimento de processos de comunicação), em contraposição à ideia de administração monológica (afastada da sociedade).

⁸⁴ Dentre os atributos do ato administrativo, destaca-se a imperatividade como expressão da unilateralidade da atuação administrativa, correspondendo ao poder extroverso da Administração Pública em determinar a produção de efeitos de sua manifestação independente da concordância do(s) destinatário(s) da medida. Assim, a proposta de redução de utilização do ato administrativo no desenvolvimento das atividades administrativas, com a sua substituição por modelos consensuais apresentados ao longo da presente pesquisa, implicará, necessariamente, na redução da imperatividade justificada pela supremacia do interesse público pelo interesse privado.

A administração dialógica é preconizada por uma gestão pública democrática, que exige a participação administrativa para uma atuação funcional consensual. Há, aqui, uma releitura da análise de interesse público, que é construído bilateralmente, a partir de uma grande margem de intervenção comunicativa para a discussão dos atores sociais envolvidos, permitindo uma interpenetração das organizações da sociedade civil na estrutura pública (comunicação dos espaços público e privado).⁸⁵

É justamente a partir do diálogo entre as partes que devem ser propostas as bases para a participação dos cidadãos no Estado, como forma de se reduzir a imperatividade/autoridade das ações estatais e de se alcançar o consenso que se almeja, com a utilização de instrumentos administrativos consensuais, como acordos, pautas conciliatórias, transações administrativas, contratualização, acertamento, dentre outros.

Como bem salienta Raimundo Márcio Ribeiro Lima⁸⁶, a administração dialógica se caracteriza, primordialmente, por:

- a) empreender uma concepção democrática da função administrativas nos seus mais diversos segmentos;
- b) fomentar o emprego da consensualidade no trato das matérias ou questões públicas;
- c) destacar a politização do cidadão com vista a participar efetivamente na formação da decisão estatal; e
- d) trabalhar relações talhadas, sempre que possível, na reciprocidade comunicativa.

A reserva de um espaço de autoridade como nota característica das relações de direito público é uma concepção ultrapassada e que não se coaduna com os postulados de uma administração pública contemporânea. A própria distinção dicotômica entre interesse público e interesse privado, passa por uma nova análise, cuja identificação deixa de ser unilateral.

⁸⁵ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Administração pública dialógica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 101.

⁸⁶ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Administração pública dialógica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 102.

A partir do momento que a administração pública permite que seja integrada pela coletividade, tendo o diálogo, a comunicação, a participação e o consenso como reflexos, ela deixa de ter a exclusividade na definição do que é interesse público e do que precisa ser tutelado, contribuindo para que a atividade administrativa seja simplificada, com a eliminação de processos burocráticos desnecessários, e dotada de maior produtividade.

Diante da existência de outros interesses constitucionalmente salvaguardados, Diogo Figueiredo Moreira Neto⁸⁷ dispõe nem sempre o interesse público deverá preponderar de modo absoluto em uma relação. Nesse sentido, o Autor destaca a importância na solução do conflito:

Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa. é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público. [...] O conflito termina por inviabilizar o atendimento satisfatório do interesse público, quando não exige ônus superiores às vantagens públicas esperadas.

De fato, os órgãos e entidades da administração pública podem atuar de diversas maneiras. A partir da evolução que se apresenta na presente pesquisa, com a introdução do diálogo e a busca do consenso na atividade administrativa, alguns instrumentos técnicos de expressão da administração consensual passam a fazer parte da rotina administrativa.

Tais instrumentos refletem o modo de atuação das pessoas que integram a estrutura administrativa "a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da administração pública."⁸⁸

⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 20013, p. 154.

⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009, p. 314.

Destacam-se a concertação administrativa, a contratualização administrativa, o acordo administrativo, a transação administrativa e a conciliação.

1) Concertação administrativa:

A administração, a partir da renúncia de parte dos seus poderes, a exemplo da imperatividade, participa de debates, realizando ajustes com os destinatários de eventual medida administrativa, para que a decisão seja construída conjuntamente e dotada de maior efetividade.

Ressalta-se que, na concertação administrativa, deve haver uma paridade entre os interlocutores, de modo que não haja uma relação de subordinação como decorrência de uma hierarquia entre as partes. Isso porque, eventuais conflitos/litígios também deve estar inserido no âmbito consenso travado anteriormente, de modo que deve ser reconhecida a autonomia dos parceiros envolvidos (administração paritária).

2) Contratualização administrativa:

Aqui, a administração pública busca a bilateralidade na relação com o administrado, discutindo as cláusulas que devem compor o pacto. Não obstante a nomenclatura utilizada (contratualização), incluem-se, nessa forma de expressão, não apenas o contrato administrativo típico, mas, também, diante do seu objeto, outros instrumentos de ajuste, a exemplo dos convênios, termos de cooperação e contratos de gestão, sempre privilegiando o emprego de técnicas negociais entre os partícipes.

3) Acordo administrativo, acordo substitutivo ou acordo decisório:

Considerando que não possuem relações de cunho patrimonial como objeto, os acordos administrativos são apresentados como instrumentos autônomos. Trata-se de uma noção

mais ampla, que engloba outras formas de expressão da administração consensual, como o contrato, a transação administrativa e a conciliação.

Como reflexo da necessidade de acordos administrativos na atualidade, destaca-se o Decreto Federal nº 7.392/2010, alterado pelo Decreto Federal nº 7.526/2010, que define a estrutura da Advocacia Geral da União – AGU e determina a instituição, no âmbito da Consultoria-Geral da União (órgão de direção superior), da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

De acordo com o art. 18 do Decreto Federal nº 7.392/2010, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal tem por finalidade precípua a redução da litigiosidade entre órgãos e entidades integrantes da estrutura da Administração Pública, fomentando a resolução de conflitos em sede administrativa a partir de práticas conciliatórias, a fim de que não sejam propostas demandas contenciosas judiciais, propondo, no que couber, o termo de ajustamento de conduta, bem como convertendo ações já judicializadas⁸⁹.

Discutindo a viabilidade jurídica dos acordos substitutivos para o encerramento de processos administrativos de aplicação de multa no âmbito da regulação, Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara⁹⁰ sustentam que

No contexto da legislação atual há competência da Anatel para firmar acordos substitutivos com as prestadoras, optando, com isso, pela adoção consensual de outras medidas de interesse do setor, preferenciais à aplicação de multas. Entre tais medidas pode figurar a assunção de compromisso de realizar investimentos que beneficiem os serviços e os interesses de âmbito coletivo que estejam envolvidos em cada caso.

Trata-se da opção conciliatória diante da divergência em torno da ocorrência ou não de infrações e do modo correto de aplicar determinada norma ou cumprir dada obrigação. Esse tipo de solução vem sendo encampada por diversos órgãos e segmentos da atuação estatal. Procuradorias, Ministério Público e autarquias,

⁸⁹ No que tange à conversão de demandas já judicializadas, dispõe o art. 18, inc. IV, do Decreto, que compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: “buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial.”

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 9, n. 34, p. 02, Belo Horizonte, abr./jun. 2011.

atuando em matéria de meio ambiente, proteção dos consumidores, defesa da concorrência e do livre mercado, entre vários outros segmentos experimentam cada vez maior frequência a substituição de procedimentos contenciosos por soluções conciliadas entre Estado e particulares.

Um exemplo recente de inovação no ordenamento jurídico brasileiro ao “acordo de leniência” na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

De acordo com o art. 16 da espécie normativa acima referida, o acordo de leniência é previsto como instrumento alternativo de aplicação das sanções referidas no art. 6º, às pessoas jurídicas que incorreram na prática de algum ato lesivo arrolado no art. 5º da mesma lei, desde que resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; na cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e no comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

4) Transação, conciliação e mediação administrativas:

A *transação* administrativa corresponde a uma técnica de negociação em que as partes, mediante concessões mútuas, têm por objetivo prevenir ou acabar com um determinado litígio. A solução para o conflito é estabelecida pelas duas partes envolvidas.

Situação diversa ocorre com a *conciliação*, quando um terceiro alheio à relação conflituosa é responsável pela condução das partes para que elas, de comum acordo, aceitem a solução do litígio. Há, aqui, a utilização de técnicas para que as partes aceitem as ponderações que são feitas visando à resolução do conflito. Ao contrário da arbitragem, quando um árbitro tem a faculdade de impor, compulsoriamente, a solução, na conciliação há, apenas, uma sugestão de composição, pressupondo o acordo entre as partes.

Vale apontar, no âmbito da transação e conciliação administrativas, a recente alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 703, que inova o ordenamento jurídico para permitir a transação, o acordo ou a conciliação em sede de ação de improbidade administrativa. Isso porque a referida espécie normativa revogou o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)⁹¹, que vedava tal possibilidade.

A vedação legislativa no âmbito da ação de improbidade administrativa impedia, por exemplo a celebração de um termo de ajustamento de conduta, nos moldes da ação civil pública, com a aplicação do regramento previsto na Lei nº 7.345/85, impondo-se a propositura de uma ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, quando proposta pelo Ministério Público ou uma ação civil pela prática de ato de improbidade de improbidade, quando proposta pela pessoa jurídica interessada, com as peculiaridades rituais previstas no art. 17 da Lei nº 8.429/92.

A justificativa que se apresentava para a vedação legislativa cingia-se à indisponibilidade da tutela do patrimônio público (interesse difuso) e, mediatamente, do interesse público primário. A exemplo do que será citado posteriormente, não se busca, aqui, o afastamento do interesse público. Ao contrário, percebeu-se que, a partir da aproximação do destinatário da norma na solução do litígio, a medida será mais efetiva e o interesse público será alcançado em uma extensão muito maior.

Hoje, a partir da alteração legislativa, estão permitidas transações (com concessões mútuas), acordo ou conciliações em sede de improbidade administrativa, abrindo-se espaço, inclusive, para a aplicação consensual das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Já na *mediação*, o mediador, que desenvolve uma atividade pautada na neutralidade e imparcialidade, auxilia as partes a solucionar o litígio, sem, no entanto, sugerir (como na conciliação) ou impor (como pode ser verificado na arbitragem) os termos do acordo que será apresentado como resultado da composição.

⁹¹ O dispositivo legal apresentava a seguinte redação: “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

Em relação à mediação na estrutura administrativa, destaca-se a recente Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa lei apresenta, no art. 1º, parágrafo único, uma conceituação técnica legal de mediação, nos seguintes termos: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

A lei prevê a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública, com a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública das entidades políticas, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A partir da disposição dos diferentes instrumentos técnicos negociais⁹², diferentes situações práticas podem ser apontadas, a título exemplificativo, como forma de busca do consenso na atividade administrativa.

a) Quando a Administração Pública prefere chegar a um acordo com o proprietário particular para a compra de um terreno, ao invés de proceder à desapropriação como forma de intervenção supressiva do Estado na propriedade privada estará buscando uma alternativa no consenso. Verifica-se, nessa hipótese, que não há a aplicação do art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, que prevê a figura do acordo administrativo em relação ao preço

⁹² Além da fundamentação jurídica anteriormente exposta, existem outras disposições esparsas no ordenamento jurídico brasileiro que, de algum modo, trazem a previsão de um dos instrumentos técnicos negociais apresentados: - Art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41 (dispõe sobre desapropriações de utilidade pública); art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências); art. 53, da Lei nº 8.884/94 (transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências); art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385/76 (Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários).

em uma das fases do processo de desapropriação (fase executória). Aqui, o acordo é prévio, inclusive, à declaração de desapropriação;

b) Quando a Administração Pública altera o traçado de determinada rodovia, escolhendo uma solução que resulte em maior custo para o Erário, a fim de atender os interesses da população de certa localidade, também utiliza o consenso como alternativa para o conflito.

Por fim, a adoção de fórmulas convencionais, como contratos administrativos, convênios e termos de cooperação técnica, revelam a prática administrativa consensual. Além dos exemplos citados, cumpre investigar, nesse passo, de que modo o consenso pode ser utilizado como instrumento alternativo de imposição de sanção administrativa na relação disciplinar que se estabelece entre servidor público e Administração Pública.

3.4. A PROPOSTA: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL COMO MEIO SUBSTITUTIVO DA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

Verificou-se, até o presente momento, diante da nova dinâmica das relações sociais, que à administração pública contemporânea, sob os influxos do neoadministrativismo, impõe-se a relativização de formalidades rígidas e excessivas para a efetivação de direitos fundamentais. A ponderação, nesse contexto, como evolução da motivação, possui um papel de destaque na formulação da consensualidade administrativa no âmbito disciplinar.

No estudo do ato administrativo, não há de se confundir motivo com motivação. O motivo, enquanto elemento do ato administrativo, corresponde aos fundamentos de fato (circunstâncias fáticas que devem existir no caso concreto) e de direito (fundamentação jurídica) que justificam a prática do ato administrativo, caracterizando-se como a razão de existência da medida administrativa. A motivação, ao contrário, representa a exposição/exteriorização dos motivos existentes.

Assim, em um ato administrativo concessivo de férias a um servidor público, por exemplo, os motivos correspondem ao cumprimento do período aquisitivo para a concessão das férias

(como regra, 12 meses de efetivo exercício) e a norma legal/constitucional que prevê, abstratamente, a situação de fato que fundamenta o gozo das férias pelo servidor público. A motivação, no entanto, é a exposição desses fundamentos, no momento que o ato administrativo é editado.

Visando à transparência e à necessidade de controle dos atos administrativos, a motivação deve consistir em prática fundamental no desenvolvimento das atividades administrativas, impondo-se a sua existência em toda e qualquer atuação da Administração Pública, mesmo na prática de atos administrativos discricionários. Deve ser superada, portanto, a ideia de que a motivação constitui regra na atuação administrativa, admitindo-se que em algumas situações, seja dispensada a motivação, a exemplo da exoneração de ofício de servidor público ocupante de cargo público de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*).

A motivação, no entanto, embora necessária, não constitui medida suficiente para a satisfação do interesse social a partir da compreensão de que o cidadão constitui o centro da atuação estatal. Muitas vezes, uma medida administrativa, isoladamente considerada, devidamente motivada, pode ser considerada, *a priori*, como jurídica. Em análise comparativa com outra medida administrativa, no entanto, a segunda medida pode ceder espaço a partir da prevalência da primeira medida.

A ponderação, como instrumento de legitimação administrativa, consiste na análise valorativa de interesses concorrentes, tendo como resultado a escolha de medidas que realizem um fim constitucionalmente perseguido. A ponderação deve ser conduzida pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, entendidos como pressupostos operacionais de aplicação, de modo que a decisão administrativa, em uma análise comparativa, seja direcionada para a opção mais adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.⁹³

⁹³ Para Gustavo Binenbojm, tanto o legislador, quanto o administrador público devem “percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano da justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.)

A ponderação, por sua vez, considerando que a satisfação dos interesses do cidadão é objetivo primeiro da atuação estatal, tem como parâmetro a dignidade da pessoa humana. Isso porque o ser humano, em nenhuma hipótese, poderá ser reduzido à condição de meio para que sejam alcançados resultados de cunho coletivo.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, por exemplo, como analisado no capítulo 01 do presente trabalho, pode ceder para a prevalência de um interesse individual, a partir da adoção da ponderação. Somente esta, concretamente, estabelece o que deve prevalecer, a partir dos instrumentos de atuação (proporcionalidade e razoabilidade) e do seu parâmetro (dignidade da pessoa humana).

Visando à maximização da realização dos princípios como forma de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, vale registrar que Robert Alexy, a partir da diferenciação entre norma e enunciado normativo e da existência de duas espécies de normas jurídicas (regras e princípios), com uma distinção de cunho qualitativo entre elas, propõe que a ponderação seja a técnica utilizada para a superação de uma antinomia no âmbito da *lei de colisão*.⁹⁴

A antinomia entre normas jurídicas deve ser compreendida a partir da qualificação da norma como regra ou como princípio. Enquanto a antinomia entre regras (conflito de regras), diante do seu menor grau de abstração, há uma questão de validade (*máxima do tudo ou nada*), com a solução proposta a partir da subsunção, haverá antinomia entre princípios (colisão de princípios) quando eles, isoladamente considerados, conduzem a uma contradição, de modo que um princípio reduz as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio.

Para Robert Alexy, na colisão de princípios há uma questão de peso, ou seja, os princípios com maior peso terão precedência (sopesamento entre os interesses conflitantes). É o que

⁹⁴ Para o Autor, a lei de colisão pode ser compreendida como “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica que tem precedência.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 99).

ele denomina de “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”⁹⁵.

Diante de tais considerações, sustenta-se que a motivação deve estar, sempre, atrelada à ponderação, para que o interesse social seja atendido em sua máxima efetividade. A motivação, desta forma, será fortemente enriquecida pela ponderação, com eventual sacrifício de uma medida (menos efetiva) por outra (mais efetiva).

Um exemplo pode ser utilizado para o esclarecimento da ideia que se propõe. Imagine-se, a título ilustrativo, que determinado Secretário de Estado da Educação tenha disponível verba pública vinculada ao fomento da cultura dos alunos da rede de educação básica. No entanto, a partir da análise da necessidade pública, verifica-se que o acervo da biblioteca pública precisa ser renovado, bem como pode ser construído um memorial para a preservação de documentos históricos relacionados à cultura da localidade.

Tanto a medida 01 (renovação do acervo), quanto a medida 02 (construção do memorial), se adotadas pelo gestor público, podem ser devidamente motivadas, a partir da exposição de fato e de direito que justificam a medida, e consideradas válidas perante a ordem jurídica, já que compatíveis com a destinação da verba pública.

No entanto, com a utilização da ponderação, a partir da análise do caso concreto, é possível sustentar que a segunda medida, atenderá, com maior efetividade, o interesse social, já que, sem a construção do memorial, preservará os documentos representativos da história e da cultura local, servindo, inclusive, de instrumento de trabalho e pesquisa para os livros que serão escritos posteriormente.

No âmbito da Administração Pública contemporânea, a ponderação, como forma de fortalecimento da motivação, deve ser compreendida como instrumento de ajuste da norma à realidade social. A norma é posta em situações de normalidade, mas ela precisa ser

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 96.

moldada para cada situação concreta, não devendo ser compreendida como um padrão inflexível: quando os fatos mudam, a norma também deve ser adequada, mesmo que a circunstância não esteja prevista expressamente no ordenamento jurídico.

Vale registrar, nesse sentido, o posicionamento de Vicente Alvarez Garcia⁹⁶, que sustenta a utilização da ponderação, a partir da análise do caso concreto, à luz do conceito de necessidade no âmbito do direito público.

Para o Autor, as circunstâncias ordinárias da vida de um determinado grupo social conduz a uma regulação jurídica, qualificando um direito ordinário (direito das circunstâncias normais). Ocorre que, diante da dinâmica social, há situações muito diferentes daquelas previstas como circunstâncias de normalidade que poderiam causar quebra ou redução de funcionalidade na ordem jurídica. Por esta razão, a fim de se evitar tal fenômeno, o próprio ordenamento jurídico prevê normas específicas destinadas a conectar as circunstâncias excepcionais (ou que se tornaram necessárias pelo fato da norma jurídica não ter acompanhado as relações sociais), com os fins perseguidos pela sociedade.⁹⁷

Consoante dispõe o Autor:

La necesidad, pues, opera en todo tipo de circunstancias como instrumento jurídico de conexión entre este elemento circunstancial o fáctico y el elemento teleológico, integrado por el conjunto de fines esenciales para el grupo social en un lugar y un tiempo determinados y cuya protección y realización tienen encomendada los Poderes Públicos.

La necesidad así entendida puede operar de dos formas: en primer lugar, mediante su traducción o proyección en normas positivas del más diverso rango (constitucional, legal o reglamentario); en segundo lugar, como principio general del Derecho, integrador del ordenamiento jurídico, que sirve de base jurídica o de causa de justificación de las medidas que indefectiblemente los Poderes Públicos se viesen obligados a adoptar *praeter legem* o, incluso, *contra legem*, para lograr la realización de un determinado fin esencial de la comunidad en unas circunstancias fácticas concretas que lo hicieran peligrar.⁹⁸

⁹⁶ GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

⁹⁷ GARCIA, Vicente Alvarez. *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 155-160.

⁹⁸ GARCIA, Vicente Garcia. *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 573-574.

Isso porque a legalidade é condição necessária e não suficiente para a administração pública contemporânea, devendo ser propostos outros modelos para o atendimento do interesse social. Não há como se estabelecer, *a priori*, uma ordem jurídica adequada, de modo que a evolução da sociedade e, conseqüentemente, da Administração Pública, com a mudança das circunstâncias fáticas ou jurídicas que serviram de fundamento para a elaboração de determinada norma jurídica, justifica a constante adaptação do direito positivado.

Não significa dizer, nesse caso, com a adoção de outros modelos, além daqueles previstos na norma jurídica, que a Administração Pública está atuando à margem da lei. Ao contrário, partindo-se da ideia de que a legalidade em sentido estrito não atende à regulação social, as medidas adotadas possuem respaldo nas diretrizes estabelecidas pela própria ordem jurídica, compreendido o princípio da legalidade em uma acepção ampla (princípio da juridicidade).

Admite-se, portanto, à luz das circunstâncias do caso concreto e tendo em vista os interesses juridicamente protegidos, o descumprimento da lei eleitoral para a realização de uma obra pública, com a construção de passarelas e vias de acesso que preservem a vida dos transeuntes em uma via pública movimentada.

Da mesma forma, admite-se a adoção do consenso como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar, tendo em vista a necessidade de se elevar os índices de desempenho no âmbito de uma administração pública contemporânea.

Tem-se, portanto, que a norma jurídica, no âmbito de uma legalidade estrita pode caracterizar-se como adequada para a regulação de algumas circunstâncias fáticas, mas não todas elas, já que, como apontado, é impossível que o legislador preveja todas as variações que podem afetar os fatos sociais.

Nas hipóteses acima referidas, sem previsão direta na norma estrita, a atuação do administrador público está respaldada pelo interesse social que se mostra indispensável,

necessário, e que reclama, nas situações concretas apresentadas a proteção do direito à vida e a elevação dos índices de desempenho, respectivamente, em detrimento de outras medidas a partir da ponderação.

Desta forma, a consensualidade administrativa, aqui proposta como substituição do modelo de controle sancionatório, não colide com o princípio da legalidade, nem com o dever de proporcionalidade que deve nortear a atividade da Administração Pública Contemporânea.

Diante da concepção que se deve ter de interesse público em uma Administração Pública contemporânea, como analisado no capítulo 01 do presente trabalho, bem como “em razão da pluralidade de interesses públicos e da necessidade de maior eficiência na ação administrativa, a legitimidade dos atos estatais não está restrita ao cumprimento da letra fria da lei, devendo respeitar o ordenamento jurídico em sua totalidade.”⁹⁹

A necessidade de satisfação dos índices de eficiência no âmbito interno da Administração Pública, que refletirão, externamente, na qualidade do serviço público prestado aos cidadãos, permite uma relativização de uma concepção estrita de legalidade, com a flexibilização de procedimentos formais previamente estabelecidos na norma jurídica.

A adoção de medidas alternativas (consensuais), devidamente fundamentadas, pautadas em padrões aceitáveis do ponto de vista racional (razoabilidade) e com o atendimento das dimensões da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade, demonstrando que os benefícios da medida, comparados com a sanção administrativa disciplinar prevista na norma jurídica, são superiores aos prejuízos por ela causados) atenderão, em melhor medida, a eficiência que se busca no desenvolvimento das atividades administrativas.

É possível a criação de uma zona de substituição ao regramento legal como forma de melhor atendimento do interesse público. Vale ressaltar, no entanto, que a Administração

⁹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise do impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 201.

Pública não poderá escolher, a seu critério, qual medida propor para o servidor público para a formação da medida consensual substitutiva da aplicação da sanção administrativa disciplinar. Não se tem, aqui, a discricionariedade como liberdade de escolha, o que enseja uma faculdade da Administração Pública, mas, ao contrário, como necessidade de adequação do caso concreto à eficiência administrativa.¹⁰⁰

Para que seja possível a consensualidade na seara administrativa disciplinar, importante que haja a abertura do sistema, de modo que o gestor público tenha a possibilidade de negociar com o acusado, evitando ou encerrando processos administrativos disciplinares. No que tange à diferença entre sistemas fechados e abertos, precisas as lições de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁰¹:

A viabilidade em tese dos acordos substitutivos depende das características do sistema normativo em que se origina o poder sancionador administrativo. Eles são inviáveis nos casos de sistemas normativos fechados, que imponham rigidamente certa sanção administrativa como única reação possível à ocorrência de certo fato por ele mesmo definido em suas especificações (infração). Nessa hipótese não haverá espaço para reações alternativas nem, portanto, qualquer negociação. O Estado terá que, unilateralmente, decidir se houve ou não o fato e, em caso positivo, aplicar e executar a sanção.

Mas há sistemas normativos abertos. São aqueles em que autoridades administrativas são autorizadas a negociar com o acusado, para evitar ou encerrar processos administrativos. O poder de negociar envolve o de modular em concreto a aplicação das normas gerais definidoras de deveres, proibições, infrações ou sanções.”

Tendo em vista o novo modelo de Estado que se estabelece a partir da evolução social (Estado Social e Democrático de Direito), com a necessidade de elevação dos padrões qualitativos na prestação do serviço público, o conteúdo do princípio da eficiência impõe a

¹⁰⁰ Precisas as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, prefaciando uma das obras do mestre espanhol Eduardo García de Enterría: “a subjetivação da justiça administrativa, que rompeu o mito histórico de sua suposta objetividade, com a qual se mascarava uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão, considerado, ainda, como súdito, que devia ceder ante a suposta superioridade dos ‘interesses’ gerais geridos pela Administração, já é um ganho definitivo – e, por isso, definitivamente, irrenunciável – de nosso tempo.” (ENTERRÍA, Eduardo García. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?* Trad.: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. XI).

¹⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 9, n. 34, p. 01-02, Belo Horizonte, abr./jun. 2011.

abertura do sistema normativo disciplinar e uma mudança de paradigma¹⁰² na estrutura da Administração Pública: da punição ao desempenho.

Importante que a Administração, ao invés de manter o foco na reprimenda da conduta, busque as razões que levaram o servidor público a transgredir, encontrando mecanismos substitutivos da aplicação de penalidades administrativas.

O foco no caráter punitivo pode ser verificado nos dados apresentados pela Controladoria Geral da União – CGU com a criação do cadastro de expulsões no serviço público federal, como forma de prevenir a corrupção¹⁰³.

O cadastro disponível no Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, acima referido, no qual é possível se realizar pesquisa acerca da situação funcional de cada servidor público, com a obtenção de dados como data e natureza da medida expulsiva do serviço público (demissão, destituição de cargo em comissão/função de confiança ou cassação de aposentadoria/disponibilidade), bem como a falta funcional que foi praticada (lesão aos cofres públicos, proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública, por exemplo), comprova o quanto afirmado anteriormente.

A própria atividade correcional é apresentada como uma das áreas fundamentais da Controladoria Geral da União, consistindo “nas atividades relacionadas à apuração de possíveis irregularidades cometidas por servidores públicos e à aplicação das devidas penalidades”¹⁰⁴, sem qualquer referência ao desenvolvimento de um trabalho preventivo ou

¹⁰² A compreensão de paradigma como um conjunto de ilustrações recorrentes e padronizadas de determinados institutos, a partir de uma interpretação efetivada em determinado tempo e lugar foi extraída das lições de Thomas S. Kuhn, in *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

¹⁰³ Os dados são extraídos do Portal da Transparência: até 30 de agosto de 2012 (não há a informação do termo inicial), foram aplicadas 3.027 expulsões a 2.552 servidores. A relação entre sanções expulsivas aplicadas e o número de servidores não é correspondente, pois, em algumas situações, o mesmo servidor recebe mais de uma punição, diante da existência de diferentes processos administrativos disciplinares em face de sua pessoa. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2012/noticia13012.asp>>. Acesso em: 01 jan 2014.

¹⁰⁴ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Correicao/>> Acesso em: 01 jan 2014.

de investigação das causas que resultaram na prática de uma infração administrativa disciplinar.

Entende-se que há um desvirtuamento da atividade correcional pela Administração Pública, pois o objetivo não deve estar centrado tão somente na atividade punitiva, mas na prevenção do comportamento de desvio como forma de buscar a melhoria na prestação do serviço público.

Verifica-se que não há qualquer preocupação com a análise de fatos que levaram à transgressão¹⁰⁵, não se mensurando, estatisticamente, as consequências advindas das medidas punitivas: a) houve alguma melhoria na prestação do serviço? b) existem índices de produtividade da estrutura da Administração Pública? c) tais índices foram elevados com a aplicação da penalidade administrativa? d) o que levou o servidor público a infringir a norma administrativa? e) as competências estão objetivamente definidas na legislação funcional?

3.4.1. NECESSIDADE DE JURIMETRIA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

As causas das transgressões não são investigadas, nem as consequências práticas da aplicação das sanções são medidas. Tal postura não pode ser admitida, tendo em vista a necessidade premente de se restaurar a boa prestação do serviço público, com a identificação dos problemas que resultaram no desvio de conduta na Administração Pública.

Destaca-se, nesse contexto, a *jurimetria* como ferramenta de aplicação de métodos quantitativos no Direito, correspondendo à análise do Direito a partir da observação empírica.

¹⁰⁵ Considerando que o Direito é sempre uma decisão de conflito de interesses, que exige uma solução institucionalizada, dispõe Calmon de Passos que se torna fundamental compreender o que leva os homens ao conflito. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27-30.

Com a *jurimetria*, busca-se aproximar as consequências jurídicas do contexto no qual elas se encontram inseridas, avançando a análise do fenômeno jurídico para além do plano das ideias, permitindo, comprovar, por exemplo, quais medidas administrativas são mais efetivas, alcançando a finalidade que se espera.

Consoante dispõe Celso Luiz Braga de Castro, os operadores do Direito utilizam, com certa frequência, expressões como *eficiência*, *proporcionalidade* e *razoabilidade* sem apresentar qualquer dado concreto de como podem medir as atividades desenvolvidas com fundamento nesses princípios. Segundo o Autor¹⁰⁶,

[...] se não tivermos instrumentos de medição, podemos descambar para o discurso livre, onde tudo afinal será uma questão de gosto ou preferência pessoal.

[...]

Saber se uma medida é ou não adequada, não se afigura algo simplista, mas, ao contrário, demanda verificação objetiva. Em determinadas sociedades uma norma pode ser necessária em um determinado tempo e inteiramente obsoleta em outro. Os benefícios esperados de uma norma podem ser maiores ou menores e os custos são variáveis em função da dimensão espaço-tempo.

[...]

Definitivamente, portanto, o estudo da razoabilidade ingressa no campo da probabilidade e só pode ser respondido por meio de estudos estatísticos.

No âmbito do regime jurídico funcional, destaca-se a importância da *jurimetria* para o estabelecimento de estatística disciplinar na Administração Pública e, conseqüentemente, identificar a melhor medida corretiva em resposta à prática de infrações administrativas disciplinares.

De acordo com a atual estruturação do regime disciplinar, verifica-se que o processo administrativo disciplinar não é focado na raiz do problema, mas apenas constitui o instrumento que deve ser adotado pela Administração Pública para oferecer uma resposta

¹⁰⁶ CASTRO. Celso Luiz Braga de. Jurimetria. 'O desafio do jurista contemporâneo'. In: *Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos* / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013, p. 218.

ao servidor público que pratica uma infração administrativa disciplinar. Há uma preocupação em punir o fato praticado, ao invés de se perquirir as razões de sua ocorrência.

Apenas com a medição de determinados índices e posterior acompanhamento do servidor público faltoso (aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos fatos jurídicos), será possível verificar, como projeção jurídica, qual a alternativa que resultará na elevação dos índices internos de eficiência administrativa, não bastando cumprimento do rito procedimental previsto na norma jurídica, visando à aplicação da sanção administrativa disciplinar.

E também o inverso. Com a *jurimetria*, permite-se saber, por exemplo, que a instauração de um processo administrativo disciplinar, em determinadas situações, será inócua, posto que a aplicação da sanção não resolverá o problema. A finalidade da norma, qual seja, a melhoria do serviço público, que se busca a partir de uma concepção restauradora da sanção administrativa disciplinar, não será alcançada.

Será possível, verificar, portanto, que os problemas são de outra natureza, e que o *remédio* (sanção) que está sendo utilizado não é compatível com a *doença* (infração) diagnosticada. Consoante dispõe Celso Luiz Braga de Castro¹⁰⁷, quando as atividades são desenvolvidas, sem a análise prévia dos impactos da medida, o legislador, no caso da elaboração da norma, bem como o administrador, na gestão dos interesses da coletividade, “navega sem instrumentos, sem bússola ou, para usar uma linguagem mais atual, sem GPS”, produzindo efeitos substancialmente danosos.

Poderia se imaginar, a partir dos dados apresentados acima pela Controladoria-Geral da União (nota de rodapé nº 41), que a aplicação exacerbada de sanções tem como consequência, a redução da ilicitude administrativa, quando tal cultura punitiva, não tendo a Administração Pública qualquer preocupação com as causas e consequências das medidas,

¹⁰⁷ CASTRO. Celso Luiz Braga de. Jurimetria. ‘O desafio do jurista contemporâneo’. In: *Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos* / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013, p. 222.

bem como com a qualidade de vida do servidor público, na verdade, apenas aumenta a prática de faltas funcionais.

Diante do desinteresse que a Administração Pública nutre pelo servidor, haverá, nesse caso, um desestímulo do servidor público no exercício das suas atividades funcionais, o que resultará, em segundo plano, na redução da qualidade do serviço prestado, em nova ilicitude, em novo controle disciplinar *a posteriori*, em mais uma instauração de processo administrativo disciplinar e, por fim, na aplicação de mais uma sanção administrativa disciplinar para a estatística dos órgãos de controle, caracterizando-se como um grande círculo vicioso.

Um dado interessante foi apresentado pelo grupo de pesquisa “Fundamentos para uma nova teoria do Direito Administrativo”, da Universidade Federal da Bahia, no ano de 2013, quando investigaram sobre a implantação de um sistema preventivo à judicialização do contencioso administrativo do Estado da Bahia: “no Estado da Bahia, 75% das lides dirigidas contra a Unidade da Federação, envolvem servidores públicos insatisfeitos com o tratamento que lhes é dado.”¹⁰⁸

Importante o conhecimento de quais infrações são praticadas cotidianamente no âmbito da administração pública e em que localidade há uma maior ou menor incidência, a fim de que seja possível perquirir as razões dessa prática; quais as condições para a prática da falta funcional; qual a relação entre o fomento à capacitação do servidor público e a prática de infrações administrativas; qual o comportamento do servidor público após a falta funcional e após a aplicação da sanção administrativa; quais as medidas adotadas pela Administração Pública em caso de reincidência; etc.

Tais dados, embora não mensurados pela Administração Pública, são muito importantes para que o Direito não seja analisado apenas sob uma perspectiva abstrata, aproximando,

¹⁰⁸ CASTRO. Celso Luiz Braga de. Jurimetria. ‘O desafio do jurista contemporâneo’. In: *Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos* / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013, p. 219

cada vez mais, os fatos jurídicos, da realidade que fundamenta a criação e manutenção de uma determinada norma jurídica no ordenamento.

Pode haver, em algumas hipóteses (e apenas a coleta e a tabulação de dados podem afirmar isso), a transferência do problema para o servidor público, pois a Administração Pública não oferece condições mínimas de trabalho, a fim de que as atividades administrativas possam ser desenvolvidas satisfatoriamente.

Daí a importância em se aproximar o Direito da estatística, com o objetivo de mensurar e analisar todos os fatos que circundam a prática de uma falta funcional, a fim de que alguns cenários possam ser antecipados, a partir do planejamento da atividade administrativa e do diálogo com servidor público.

3.4.2. A ADMINISTRAÇÃO DE RESULTADOS: FOCO NO DESEMPENHO.

Uma das prováveis causas de transgressões funcionais no serviço público é a falta de *assimilação* que tem o servidor público, sem que seja possível compreender a dimensão do resultado de sua conduta, o que enseja um estágio de *acomodação*¹⁰⁹ e, conseqüentemente, em uma redução de rendimento funcional.

Isso porque a atividade punitiva isoladamente considerada, com a aplicação da sanção disciplinar dissociada de uma política participativa e de fomento do desempenho pela Administração Pública, torna-se ineficaz. Aqui, a previsão constitucional é dissociada da realidade que se encontra na estrutura da Administração Pública.

A Constituição Federal, em algumas passagens, prevê a avaliação de desempenho como mecanismo de controle da atividade funcional, a exemplo do art. 41, § 1º, inc. III¹¹⁰, com a

¹⁰⁹ Os termos *assimilação* e *acomodação* são aqui utilizados como processos de interação social, ao lado da cooperação, do conflito e da competição.

¹¹⁰ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (...) III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

previsão da avaliação periódica de desempenho, e do art. 41, § 4º¹¹¹, com a previsão da avaliação especial de desempenho.

Tanto a avaliação especial, quanto a avaliação periódica de desempenho, têm por objetivo verificar se o servidor público cumpriu ou não os fatores de desempenho¹¹². A diferença entre as avaliações refere-se ao momento de realização de cada uma delas: enquanto a avaliação especial de desempenho é realizada no curso do estágio probatório, a fim de que seja concedida a estabilidade ao servidor público após o preenchimento dos requisitos constitucionais (três anos de efetivo exercício e aprovação na avaliação), a avaliação periódica de desempenho é realizada após o alcance da estabilidade, durante a vida funcional do servidor público.

Vale ressaltar que a lei complementar prevista no art. 41, § 1º, inc. III, da Constituição Federal, que regulamentará a avaliação periódica de desempenho ainda não foi editada, razão pela qual, a Administração Pública, de uma maneira geral, sequer avalia o servidor público após o alcance da estabilidade.¹¹³

Nas duas hipóteses, a inobservância dos fatores de desempenho resultará na reprovação na avaliação de desempenho e, como consequência, haverá a extinção do vínculo funcional, na modalidade exoneração, mediante processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa.

O aspecto que precisa ser ressaltado, nesse momento, é que, na prática administrativa, no entanto, o que se verifica é a avaliação de desempenho apenas sob a ótica de controle punitivo, sem a preocupação de se identificar dados para a melhoria do serviço público. Não tem por objetivo o controle preventivo da eficiência, a fim de que sejam implementadas medidas corretivas.

¹¹¹ Art. 41. (...) § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

¹¹² No âmbito federal, previstos no art. 20 da Lei nº 8.112/90: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade.

¹¹³ Ressalva-se a hipótese da Administração Pública, por ato administrativo interno, regulamentar a avaliação periódica de desempenho, o que constitui ato administrativo nulo, sendo nula, também, os atos de exoneração que se fundamentam no ato infralegal.

O objetivo principal da avaliação é o fomento ao desempenho do servidor público. Assim, constitui obrigação da Administração Pública, já no início da relação funcional, estabelecer uma aproximação do servidor público, para a criação de um canal de diálogo com o mesmo, a fim de lhe apresentar os critérios que serão utilizados para a sua avaliação ao longo do desenvolvimento das suas atribuições funcionais.

Ademais, além da apresentação prévia dos critérios de avaliação, deve a administração pública:

- 1) apresentar os caminhos que devem ser percorridos pelo servidor público para que sejam alcançados os índices satisfatórios no momento que o mesmo for avaliado;
- 2) promover a capacitação constante do servidor, para a apresentação e renovação do conhecimento técnico necessário para o exercício das atribuições próprias do cargo público¹¹⁴;
- 3) fazer análises corretivas durante o exercício da atividade funcional¹¹⁵;
- 4) investimento em estrutura de trabalho, com o oferecimento das ferramentas mais modernas para o desenvolvimento da atividade administrativa.

¹¹⁴ Nesse sentido, vale apontar o quanto previsto no art. 39, § 2º, da Constituição Federal, que determina a criação e manutenção de programas de capacitação do servidor público, nos seguintes termos: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

¹¹⁵ Uma das decorrências do princípio da eficiência, a partir da evolução que se propõe para a Administração Pública (de burocrática a gerencial) é o planejamento estratégico na estrutura administrativa. Assim, neste ponto, importante que as autoridades administrativas atuem como verdadeiros gestores, de modo que possam aplicar o PDCA (*Plan, Do, Check, Act*) como rotina no desenvolvimento das atividades administrativas.

Todos esses aspectos refletirão na elevação da pontuação dos critérios de desempenho do servidor, melhoria dos índices internos de produtividade e, conseqüentemente, na efetivação do princípio da eficiência.

Não se admite, portanto, que a Administração Pública se quede inerte durante os três anos da vida funcional do servidor público, por exemplo, para, ao final, sem cumprir com o seu dever funcional de informar e sem adotar quaisquer medidas acima referidas, simplesmente analise, com efeitos retroativos ao primeiro dia de exercício do servidor público e, simplesmente, proponha a exoneração, mesmo que assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Será possível, que, nesse caso, delineado o comportamento passivo da Administração Pública, que essa tenha autoridade para, uma vez praticado uma falta funcional pelo servidor público, instaure um processo administrativo disciplinar e, ao final, aplique a reprimenda prevista no preceito secundário da norma jurídica administrativa? Entende-se que não.

Nesse sentido, precisas as lições de Noberto Bobbio acerca da previsão de sanções premiaias no ordenamento jurídico. Trata-se de sanções premiaias conferidas àqueles que desenvolvem atividades em benefício da coletividade ou do próprio Estado, já que a sanção, para o Autor, como será analisado a seguir, não constitui a essência do direito.

Desta forma, importante compreender, inicialmente, o posicionamento da sanção na teoria geral do direito contemporâneo, a partir das concepções de Kelsen e de Bobbio, para que, em seguida, seja possível estabelecer uma relação com o objeto do presente tópico: o fomento ao desempenho.

Existem três grandes modelos de concepção da ciência jurídica: modelo analítico, modelo hermenêutico e modelo decisório.

O *modelo analítico* concebe a ciência jurídica a partir do estudo da norma jurídica de forma estática, com o predomínio de uma função organizatória e sob uma perspectiva meramente formal. A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, é um exemplo da escola analítica, pois estuda a norma jurídica com uma característica marcante: o formalismo metodológico.

O *modelo hermenêutico* compreende o Direito como uma teoria da interpretação, estudando-o de acordo com as relações que se estabelecem entre os seus elementos (função avaliativa).

Já o *modelo decisório*, também denominado modelo empírico, entende que o Direito tem como finalidade o controle do comportamento humano, razão pela qual a norma jurídica é estudada como teoria para a decisão. A partir do estudo das obras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹¹⁶ e Alf Ross¹¹⁷, verifica-se que ambos os autores são enquadrados nesse modelo de compreensão do Direito.

O direito natural, para Kelsen, deixa de estar na base do direito positivo, razão pela qual se constrói uma concepção do direito sob o aspecto puramente formal (direito como ordem). No âmbito da Teoria Pura, o Direito deve ser destituído de qualquer conteúdo axiológico, ideológico ou científico-cultural.

Segundo o Autor¹¹⁸, a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, não tendo por objetivo estudar aspectos de determinados ramos do direito isoladamente considerados. Tem por objetivo responder à indagação: o que é direito? Tal teoria não tem a preocupação de compreender a formação do direito, razão pela qual tem, como princípio metodológico fundamental da teoria, o afastamento de objetos estranhos ao Direito. Daí a sua qualificação como pura.

¹¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2005.

¹¹⁷ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru, Edipro, 2ª ed., 2007.

¹¹⁸ Consoante dispõe Hans Kelsen, “na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79).

A partir do propósito de garantir o conhecimento único do Direito como princípio metodológico, entendendo-o como um sistema de normas que regulam a conduta humana, a norma jurídica, para Kelsen, deve ser compreendida como algo que “deve ser”, ou seja, que o homem, enquanto integrante de uma sociedade e de uma comunidade jurídica, deve-se conduzir de uma determinada maneira.¹¹⁹

Como ordem coativa que é o Direito, as ações contrárias ao padrão de conduta estabelecido nas normas jurídicas, serão consideradas indesejáveis e terão, como resposta, um ato de coação caracterizado como sanção. Em linhas explicativas, Kelsen apresenta a sanção como ato de coação, nos seguintes termos:

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.¹²⁰

Vê-se, portanto, que, para Kelsen, a sanção é concebida, usualmente¹²¹, como um ato de coação em face do autor da conduta antijurídica, mesmo contra a sua vontade, resultando, por exemplo, em atos de privação coercitiva da sua vida ou da sua liberdade.¹²² Tem-se, nesse contexto, a sanção como uma medida negativa, correspondendo a um mal¹²³ por uma infração praticada.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37.

¹²¹ Kelsen dispõe que, embora o prêmio e o castigo possam ser compreendidos no conceito de sanção, usualmente designa-se por sanção apenas a pena, o mal (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26).

¹²² Com uma nota de divergência, ressalta Miguel Reale dispõe que, somente quando a medida se reveste de força física é que será qualificada como sanção. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 675.

¹²³ Para o Kelsen, “dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36).

Considerando que todo processo de produção jurídica está direcionado ao atendimento da função social, Bobbio¹²⁴, afastando-se da visão sistemática proposta por Kelsen, dispõe que as sanções podem ser dotadas de um caráter negativo (sanções negativas) ou de um caráter positivo¹²⁵ (sanções positivas ou premiais) no âmbito de sua função promocional. Explica-se.

Para Bobbio, todas as regras são proposições “que tem a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos ao invés de rumo a outros.”¹²⁶

Nesse sentido, são insuficientes as teorias predominantes na teoria geral do Direito (sanção jurídica como sanção institucionalizada e sanção jurídica como coação a partir do exercício da força como parte do poder constituído) para a interpretação da sanção jurídica em termos de coação. Para o Autor,

(...) a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger, pela força, isto é, para ‘forçar’ o recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força.

[...]

(...) considerar a coação como garantia do cumprimento da sanção nos permite considerar como sanções jurídicas também sanções positivas: segundo essa interpretação da relação entre sanção e coação, são jurídicas as sanções positivas que suscitam para o destinatário do prêmio uma pretensão ao cumprimento, também protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos.
127

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 23-24.

¹²⁵ De acordo com Gisele Mascarelli Salgado, o conceito de sanção positiva não é criação de Bobbio, existindo referências diretas e indiretas nas obras de vários autores anteriores. O que vai diferenciar a utilização da sanção positiva por Bobbio é a sua inserção como elemento do conceito de Direito (SALGADO, Gisele Mascarelli. *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*. Tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2008, p. 114).

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad.: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005. p. 26.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad.: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005. p. 26.

As sanções premiais ou positivas, para o Autor¹²⁸, também denominadas de “estímulos à execução ou superexecução de comandos” ou, ainda, como “técnicas de encorajamento”, diferenciam-se das sanções negativas, diante da qualidade da ação e da consequência que se apresenta: as sanções positivas representam um prêmio a uma boa ação, enquanto a sanção negativa representa um castigo a uma má ação.

A ideia de função promocional surge a partir do aumento das normas de organização, próprio do Estado Social e Democrático de Direito, bem como do uso cada vez mais frequente das *técnicas de encorajamento*. “Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais”¹²⁹, de modo que seja reduzida a função protetora e repressora do Direito, características do Estado liberal.

Enquanto a função protetora e repressora do Direito em um Estado liberal é caracterizada pela utilização de técnicas de desencorajamento, a função promocional do Direito, própria de um Estado Social (prestacional), utiliza técnicas de encorajamento, de modo que os atos conformes (compatíveis com a ordem jurídica) não sejam apenas tutelados, mas também, provocados.

Bobbio sintetiza a distinção de um ordenamento protetivo-repressivo (técnicas de desencorajamento com impedimentos e punições/sanções negativas) de um ordenamento promocional (técnicas de encorajamento com facilitações e premiações/sanções positivas) do seguinte modo: “

(...) ao primeiro interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo interessam principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmos aos recalitrantes.¹³⁰

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 28-29.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 2.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 15.

Nos âmbitos de uma sanção negativa e de uma sanção positiva, como reflexo *a posteriori* de um comportamento, respectivamente, nos ordenamentos acima referidos, há uma inversão do posicionamento do sujeito ativo e do sujeito passivo. No primeiro caso, apresenta-se a seguinte fórmula: “se fazes A, deves B” (função conservadora; de manutenção do *status quo*). Já na segunda hipótese, com o estabelecimento de prêmios em decorrência da técnica de encorajamento, a fórmula passa a ser a seguinte: “se fazes A, podes B” (função transformadora ou inovadora).¹³¹

Vale ressaltar que não deve prosperar a ideia de que às sanções negativas atribui-se o caráter de privação e às sanções positivas o caráter de atribuição. Isso porque, tanto as sanções negativas, quanto as sanções positivas podem ser atributivas ou privativas. Na sanção negativa, por exemplo, pode ser atribuída uma desvantagem (atributiva) ou ser privada uma vantagem (privativa). Da mesma forma, na sanção positiva, é possível atribuir uma vantagem (atributiva) ou ser privada uma desvantagem (privativa).

Ademais, as sanções positivas, da mesma forma que as sanções negativas, podem ser retributivas ou compensatórias. Quando a sanção positiva propõe-se a oferecer uma reação favorável a um comportamento que traz uma vantagem à sociedade, estará exercendo a sua função retributiva. No entanto, quando a sanção positiva visa compensar o agente do esforço realizado ou das despesas assumidas, ao proporcionarem uma vantagem à sociedade, estará exercendo a sua função compensatória.¹³² Percebe-se, pelos exemplos citados, que tais funções não são excludentes.

Conclui-se, portanto, que as sanções positivas são fruto de um Estado assistencial contemporâneo, no qual se exige do Direito mais do que a tutela de condutas conforme às normas. A aproximação do Direito à realidade social exige a sua utilidade. Destaca-se, nesse sentido, que o Direito, partir das suas normas encorajadoras (sanções premiaias), que

¹³¹ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 19-22.

¹³² BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007. p. 25-26.

fomentam comportamentos positivos pelo destinatário da norma jurídica, assume um caráter promocional.

Esse é o destaque que deve ser dado no âmbito de uma Administração Pública contemporânea, que deve ser preocupar com a aproximação da realidade na qual se encontra inserida, a exemplo do estabelecimento de medidas positivas e premiaias aos servidores públicos, a fim de que os resultados sejam alcançados e as medidas administrativas sejam mais efetivas.

Em resumo: cabe à Administração Pública oferecer condições aos seus servidores públicos, com o estabelecimento de uma cultura organizacional, a fim de que sejam praticadas boas ações em benefício da coletividade, e, nas palavras de Bobbio, substituídas as técnicas de desencorajamento pelas técnicas de encorajamento, tornando as ações necessárias, fáceis e vantajosas, tanto para o servidor público, quanto para a própria Administração.

Alguns exemplos que caracterizam a adoção de técnicas de encorajamento, seja a título de facilitação (*a priori*), seja a título de premiação (*a posteriori*), podem ser apresentados, sugestivamente, para que a Administração Pública estabeleça o foco das suas atividades no desempenho:

- 1) Reuniões semanais de estabelecimento de competências e colheita de feedback (facilitação);
- 2) Cursos mensais de capacitação (facilitação);
- 3) Designação de servidores públicos que recebam uma maior pontuação, a partir de um sistema interno de avaliação mensal de atribuições funcionais, para comissões de trabalho, devidamente remuneradas (premiação);
- 4) Prioridade na escolha do período de gozo de férias, na hipótese de contribuição inovadora para a redução de processos burocráticos, por exemplo (premiação);

5) Concessão de uma folga mensal para o servidor público que se destacar no alcance das suas metas (premiação).

Destacada, em linhas gerais, a função promocional do Direito, a partir da aplicação da de sanções positivas (facilitação e premiação) no âmbito da Administração Pública Contemporânea, visando à aproximação do servidor público e o estímulo ao seu desempenho, cabe analisar, nesse momento, de que modo o consenso pode ser utilizado como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar.

A punição administrativa, destituída do caráter de prevenção geral, pode ensejar a desmotivação (*acomodação*) do servidor no âmbito da Administração Pública, resultando na desproporcionalidade (em sentido estrito; relação custo-benefício) da medida administrativa: os benefícios do ato administrativo sancionador serão inferiores aos prejuízos por ele causados.

Como analisado no capítulo 01 do presente trabalho, não se admite que às sanções disciplinares seja atribuído o caráter aflitivo próprio das sanções penais, com a finalidade de se retribuir o mal causado com a prática da infração funcional. Ao contrário, a sanção administrativa disciplinar, se aplicada, deve ser compreendida numa perspectiva restauradora.

Embora o intuito de uma norma seja o ajuste de determinado grupamento social, é preciso estar atento à realidade de cada organização, pois, a depender de diferentes circunstâncias, a exemplo de diferenças culturais de cada grupo, a efetividade da norma não será a mesma, impondo-se a adoção de mecanismos de ajuste diante das peculiaridades que são apresentadas como objeto de incidência.

Uma Administração Pública autoritária e distante do servidor público, que impõe verticalmente as normas de conduta não atingirá o objetivo que se espera: mínimo de infração (e, como consectário lógico, de sanção) e máximo de desempenho.

A proposta que se apresenta é de substituição, sempre que possível, dos mecanismos de imposição unilateral (centrado no viés da autoridade¹³³) por medidas alternativas que propiciem o consenso entre os partícipes da ação administrativa.

A proposta não se reduz ao oferecimento, pela Administração Pública, de um termo fechado de ajustamento de conduta. Ao contrário, como referido ao longo do presente trabalho, a solução, a partir da adoção dos pilares que fundamentam uma Administração Pública consensual, deve ser construída bilateralmente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Não se propõe, no presente trabalho, a extinção do processo administrativo disciplinar como instrumento para a aplicação da sanção ou, até mesmo, a extinção das medidas punitivas no âmbito da Administração Pública. Há situações que justificam a manutenção do processo administrativo disciplinar que tenha como resultado a aplicação de uma sanção disciplinar.

É o que pode ocorrer, por exemplo, quando um servidor público, pratica uma ou mais infrações administrativas e, não obstante as negociações anteriores que foram realizadas a partir de um diálogo travado entre a Administração Pública e o servidor público, verifica-se a reincidência na prática das faltas funcionais.

Outra situação que justifica a manutenção do processo administrativo disciplinar é a negativa do diálogo pelo servidor (a Administração Pública sempre deverá estar aberta ao diálogo e formação do consenso) ou porque, embora o diálogo seja desenvolvido, não foi possível alcançar o consenso entre as partes.

¹³³ A ideia de autoridade, reforçada pela existência de poderes especiais de império – *puissance publique* para os franceses – por parte do Estado marcou várias construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a Teoria da Irresponsabilidade do Estado.

Ao contrário, partindo da hipótese de que a aplicação da sanção administrativa disciplinar não põe fim à prática de faltas funcionais na Administração Pública, busca-se apresentar meios alternativos à aplicação de sanção, visando a boa prestação do serviço público, de modo que o processo administrativo disciplinar e a consequente aplicação de uma sanção administrativa disciplinar constituam medidas excepcionais na condução das atividades administrativas.

Isso porque, às vezes, mesmo com a adoção de alguns mecanismos consensuais, haverá a transgressão e, como consequência, a aplicação da sanção disciplinar. A adoção de tais instrumentos não consistirá, portanto, na única solução possível para um serviço público perfeito no âmbito da Administração Pública, mas contribuirá para que a atividade punitiva do Estado não esteja dissociada da realidade cultural de cada organização, importando que a medida administrativa seja eficiente e proporcional, resultando em um bônus maior que o ônus produzido.

Ressalta-se que a solução que se propõe em uma determinada situação pode não ser a mesma de um caso concreto posterior, não obstante o enquadramento legal seja o mesmo. Isso porque deve-se levar em consideração a natureza da infração, as circunstâncias em que a falta funcional foi praticada e, até mesmo, o nível de concessões mútuas da Administração Pública e do servidor público ao longo do processo de formação do consenso.

Exemplifica-se. Em uma dada situação ‘A’ o servidor público Paulo, durante o horário de trabalho, passava, diariamente, nos setores da Administração Pública visando à comercialização de alimentos, o que resultava em uma carga horária de trabalho bem inferior àquela prevista em lei (de seis para 03 horas, por exemplo).

Nesta hipótese, o servidor violou a proibição prevista no art. 117, inc. XVIII, da Lei nº 8.112/90 (“exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”), sujeitando-se à aplicação da penalidade administrativa de demissão, nos termos do art. 130 do estatuto funcional.

Ciente da prática, a Administração Pública, por meio do órgão competente (Câmara Administrativa Consensual - CAC, por exemplo), convoca o servidor público, para, inicialmente, solicitar-lhe esclarecimentos acerca do ocorrido. Fica constatado que o servidor público, além das atribuições próprias do cargo público, tinha um vasto conhecimento técnico e experiência na iniciativa privada (antes de ingressar no serviço público), em matéria de licitações e contratos.

Conjuntamente, a Administração Pública e Paulo pactuam na interrupção das atividades alheias ao cargo público e na designação do mesmo no grupo de trabalho de licitações e contratos, existente na estrutura administrativa, para o gerenciamento dos contratos administrativos dos órgãos, resultando no pagamento de uma vantagem pecuniária prevista em lei. Tal vantagem pecuniária é inferior ao valor recebido pelo servidor com a atividade extra ao cargo efetivo.

Adotando-se uma postura monológica e punitiva, poderia a Administração Pública tradicional, impedir, unilateralmente, que Paulo continuasse o exercício da atividade privada na repartição pública, instaurando o processo administrativo disciplinar e aplicando a penalidade administrativa de suspensão. No entanto, com uma postura diversa, ganha o servidor, que será valorizado e reconhecido como profissional e a Administração Pública, com o conhecimento técnico e a experiência prática prévia do servidor público.

Agora, em uma situação B, o servidor público Fernando, durante a sua jornada de trabalho, estuda, diariamente, para provas de concursos públicos, com prejuízo das suas atribuições funcionais, resultando em acúmulo processual ou sobrecarga de atividade para os demais colegas de trabalho.

Verifica-se que a presente conduta, da mesma forma que a situação A anteriormente apresentada, viola a proibição funcional prevista no art. 117, inc. XVIII, da Lei nº 8.112/90, sujeitando o servidor à aplicação da penalidade administrativa de suspensão, de acordo com a previsão do art. 130 do regime jurídico.

Adotando-se procedimento dialógico similar ao que foi praticado na situação A, a CAC, a partir das discussões travadas ao longo da coleta de dados, verifica que Paulo já foi aprovado para provas subjetivas e, até mesmo, provas orais de alguns concursos públicos, possuindo vasto domínio das disciplinas Direito Administrativo e Direito Constitucional, já que são cobradas em grande parte dos concursos realizados por Fernando.

A CAC, ciente do ocorrido, solicita que a Escola de Governo realize uma pesquisa com os servidores públicos que compõem os diferentes órgãos da estrutura administrativa, para a indicação dos cursos de capacitação e atualização que contribuirão para o exercício da atividade funcional.

Assim, a Administração Pública, por intermédio da CAC, em consenso com o servidor público, acordam em não instaurar o processo administrativo disciplinar visando aplicar a sanção disciplinar (no caso, a penalidade de suspensão)

Em contrapartida, Fernando se compromete a desenvolver as suas atividades com o zelo que se espera, alcançando os índices de produtividade estabelecidos pela chefia imediata, devendo, além disso, ministrar, gratuitamente, cursos de capacitação de Direito Administrativo e de Direito Constitucional para os demais servidores públicos, de acordo com a demanda constatada pela Escola de Governo.

Verifica-se que, apesar do mesmo enquadramento legal, a adoção de mecanismos consensuais resultaram na aplicação de duas soluções diversas, diante das peculiaridades de cada caso concreto. Em ambas, no entanto, houve a substituição do processo administrativo disciplinar e da sanção correspondente, com vantagens tanto para o servidor público, quanto para a Administração Pública.

E por que aproximar o servidor público da decisão administrativa?

No âmbito da relação interna da Administração Pública, o próprio servidor público, que vivencia os problemas da prática administrativa, enquanto destinatário das decisões, pode oferecer soluções para a melhoria do serviço público a partir de um processo de interação com a Administração Pública. É estabelecido um diálogo entre a Administração Pública e o servidor público faltoso (*Administração Dialógica*), buscando-se uma consensualidade como forma de legitimação da medida administrativa.

A participação do servidor público no processo construtivo decisório, com o estabelecimento de metas em termos de ajustamento de conduta por exemplo, é fundamental por duas razões: a) permite que a Administração Pública tenha ciência dos entraves à boa prestação do serviço público, adotando-se medidas corretivas e prevenindo a prática de infrações funcionais; b) permite a aceitação da decisão administrativa, pois o destinatário estabelece, juntamente com a Administração, as bases nas quais se fundamentarão a medida.

Nesse sentido, as lições de Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, para quem a aproximação do destinatário da medida garante, em melhor medida, a ponderação dos interesses envolvidos e a construção de uma decisão administrativa mais eficaz, já que será aceita mais facilmente pelos destinatários.¹³⁴

A participação dos cidadãos no processo administrativo decisório, como contraponto da “margem de liberdade de atuação da Administração”, constitui, imediatamente, forma de legitimação¹³⁵ do procedimento¹³⁶ e, mediamente, forma de democratização da Administração Pública.

¹³⁴ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. Em busca do acto administrativo perdido. Lisboa: Almedina, 1996, p. 107.

¹³⁵ A noção de legitimidade pode ser extraída das lições de Luhmann, para quem pode ser definida como uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad.: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Brasília Universitária, 1980, p. 30).

¹³⁶ Para Niklas Luhmann, “nos processos de decisão orientados para um objetivo, pode procurar-se, quando muito, mediante a criação de ‘sistemas de contato’, ou mediante uma disposição mais aceitável de meios e compensações, alcançar o consenso e a cooperação mais concretos possíveis entre os interessados. Este esforço não é inofensivo, pois leva a uma considerável restrição das possibilidades de decisão administrativa, obriga à admissão de várias informações e objetivos secundários no decurso da decisão e sobrecarrega a

Para o referido Autor,

a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários.¹³⁷

Para além de uma justiça restaurativa, que funciona como instrumento institucionalizado de soluções pré-estabelecidas pelo Poder Público em que a outra parte (servidor público) apenas é convocada para a manifestação de vontade em relação ao que foi proposto, a administração consensual propõe a construção de uma decisão que é tida como solução para as duas partes a partir da análise do caso concreto.

No âmbito do regime disciplinar, que constitui foco do presente ensaio, um exemplo que pode ser citado é o ajuste de conduta do servidor público faltoso, com a formalização de termos de ajustamento (ou acertamento) de conduta.

O ajustamento de conduta, caracterizado como um mecanismo de controle disciplinar alternativo à aplicação de penalidade administrativa, sem que haja, portanto, a instauração do processo administrativo disciplinar, tem fundamento no princípio constitucional da eficiência, permitindo que o serviço seja restaurado com maior rapidez, a partir da adoção de processos menos burocráticos.

O carácter educativo do termo de ajustamento de conduta permite que o servidor público compreenda, em melhor medida, o desajuste que a sua conduta causou na prestação do serviço público, o que torna a decisão administrativa mais eficaz, a fim de que a infração

racionalidade da decisão.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad.: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Brasília Universitária, 1980, p. 168-169).

¹³⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. Em busca do acto administrativo perdido. Lisboa: Almedina, 1996, p. 402.

não seja praticada novamente. Tem-se, aqui, o caráter pedagógico da medida, o que contribui para a concretização do postulado constitucional da eficiência.

Assim, a partir de critérios objetivos e impessoais que sejam amplamente divulgados, deve ser criado um espaço para o conhecimento e a valorização do servidor público, quando do destaque reconhecido de suas habilidades funcionais, a partir dos critérios normativamente previstos, a exemplo de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, responsabilidade, criatividade, habilidade técnica, dentre outros, que contribuam para a elevação dos índices de produtividade no serviço público, de modo que, a partir da satisfação do servidor público, seja reduzida a prática de infrações administrativas e a consequente aplicação de sanções administrativas disciplinares.

O Estado da atualidade está mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante do que a de detentor do poder de império¹³⁸

O que se propõe, com a administração pública consensual disciplinar, é o afastamento da sanção administrativa disciplinar em troca de comportamentos positivos, negativos ou permissivos por parte do servidor público mais adequados para a prevenção na prática de ilícitos e que eventual punição ao servidor, construída a partir de um diálogo com a Administração Pública, resulte em benefícios para a própria estrutura administrativa.

Em síntese e em caráter conclusivo, buscou-se apresentar, com a presente pesquisa, a propositura de uma abertura na relação Administração-servidor a partir de uma mudança de paradigma no comportamento administrativo: substituição do modelo de controle sancionatório pelo controle consensual, a partir da proteção de interesses com o estímulo de atos inovadores, em detrimento da proteção de interesses mediante a repressão de atos desviantes.

A eficiência administrativa, nesse contexto, estará maximizada.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral e política*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 26.

CONCLUSÕES

Com as considerações, análises e críticas apresentadas ao longo do presente trabalho, pretendeu-se, precipuamente, a releitura de institutos jurídicos à luz dos postulados do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Para tanto, foi necessária a mudança de alguns paradigmas, com novas formulações teóricas, a fim de que a atividade punitiva disciplinar do Estado seja reformulada de acordo com as bases do Direito Administrativo contemporâneo.

A vinculação do Estado à Constituição constitui um ganho para a sociedade, permitindo que o cidadão tenha direitos em face da Administração Pública, dentre eles, o direito a um regime disciplinar justo.

Diante do que foi exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

1. O regime jurídico administrativo é caracterizado como um conjunto sistematizado de normas jurídicas (regras e princípios) que dão identidade/autonomia ao Direito Administrativo.
2. A doutrina clássica do Direito Administrativo brasileiro, dispõe que o regime jurídico administrativo tem fundamento em dois pilares, também denominados de pedras de toque, cuja construção teórica remonta à época do Estado Absolutista: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.
3. Considerando que a Administração Pública é originalmente constituída para salvaguardar os interesses da coletividade, a ideia de supremacia é caracterizada pela prevalência *a priori* do interesse público sobre o interesse privado, justificando a existência de prerrogativas especiais e a possibilidade de atuação com autoridade (poder de império).

4. A evolução do modelo de Estado (do Estado Absolutista ao Estado de Direito), impõe a evolução do modelo jurídico que lhe oferece respaldo (do jusnaturalismo ao pós-positivismo).

5. O pós-positivismo constitui o marco filosófico para a construção do neoconstitucionalismo como ordem nova ordem constitucional, caracterizado, dentre outros fatores, a centralidade da Constituição, dotada de força normativa, no ordenamento jurídico; a normatividade dos princípios; e a ampliação do rol dos direitos fundamentais.

6. O processo de constitucionalização do Direito Administrativo proporcionada pelo neoconstitucionalismo, enseja a formação de um Direito Administrativo contemporâneo, denominado de neoadministrativismo, que impõe a releitura de institutos clássicos à atual realidade social, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

7. O reconhecimento de que a Constituição, instituidora de direitos fundamentais, encontra-se no centro do ordenamento jurídico, estabelecendo uma estrutura pluralista e flexível dos princípios constitucionais impede o reconhecimento apriorístico de que o interesse público deve prevalecer, em qualquer medida, sobre o interesse privado.

8. O princípio constitucional da eficiência constitui vetor da Administração Pública em um Estado Neoconstitucional, impondo-se a redução dos processos burocráticos considerados desnecessários; uma atuação regida pela economicidade; e a busca por resultados que atendam às necessidades coletivas, conduz à evolução do modelo administrativo para uma Administração Gerencial.

9. Uma atuação administrativa somente será eficiente se, necessariamente, proporcional, pois pressupõe, a otimização da relação entre meio e fim (adequação), a minimização dos sacrifícios (necessidade) e a busca da solução ótima, com a maximização dos resultados, a partir da preponderância dos benefícios em detrimento dos prejuízos;

10. Tendo em vista o bloco de legalidade a que se sujeita, atualmente, a Administração Pública (legalidade em sentido amplo ou juridicidade), com a inclusão de princípios constitucionais explícitos e implícitos para o direcionamento da atividade administrativa, tem-se que a observância de um determinado dispositivo legal, sem o atendimento do princípio da eficiência, reflete a sua incompatibilidade com a ordem jurídica, resultando na sua anulação.

11. Da mesma forma, diante da natureza e da finalidade da sanção administrativa disciplinar, visando, não apenas à retribuição pelo mal causado, mas à melhoria do serviço e à elevação dos índices de produtividade e desempenho, a sua aplicação no bojo de um processo administrativo disciplinar, dissociada desses objetivos, mesmo que sejam observados todos os procedimentos formais pela Administração Pública, conduz à sua anulação.

12. A existência do processo administrativo disciplinar justifica-se pela necessidade de observância dos princípios constitucionais, que possuem, em seu conteúdo, direitos fundamentais do servidor público faltoso, de modo que possui a natureza de um procedimento protetivo de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, de instrumento limitador do arbítrio estatal.

13. O processo administrativo disciplinar possui problemas funcionais, seja pela sua fundamentação (na relação especial de sujeição, pautado na ideia de autoridade), seja na sua estrutura (miscigenação de papéis, ausência de peça exordial acusatória, inexistência de órgão correcional específico, etc).

14. Somente se justifica a imposição de uma sanção administrativa disciplinar que promova o princípio da eficiência, com a restauração do serviço público e satisfação dos índices de desempenho, qualidade e produtividade na Administração Pública, não dotando, portanto, do caráter de prevenção (geral ou especial).

15. A cultura compreendida como como sistemas entrelaçados de signos interpretáveis, influencia na construção de uma administração consensual, na medida em que conduz o comportamento de uma sociedade, de modo que se tenha, algumas condutas como aceitáveis e outras como não aceitáveis.

16. O consenso pode ser definido como modelo cultural, caracterizado pela aproximação entre estado e sociedade, com a construção de um espaço comunitário de reordenação do espaço público e reconhecimento de novos sujeitos coletivos de juridicidade.

17. A noção de administração pública consensual tem fundamento no Estado Democrático de Direito, que apresenta bases diferentes de legitimação do poder estatal, como evolução de um modelo de Estado pautado no neoconstitucionalismo, exige a criação de canais de interlocução com os integrantes da sociedade, bem como a constituição de mecanismos de interação para a participação dos indivíduos no processo decisório (gestão participativa).

18. O consenso na Administração Pública, permite a participação dos interessados na decisão administrativa (no caso, os servidores públicos) para a construção do processo decisório dotado de legitimidade.

19. No âmbito disciplinar, o consenso é apresentado como uma alternativa à imposição de sanções administrativas disciplinares, a partir da adequação à realidade cultural que é apresentada, a fim de que sejam elevados os padrões de qualidade na prestação do serviço público.

20. A abertura na relação Administração-servidor a partir de uma mudança de paradigma no comportamento administrativo fundamenta a substituição do modelo de controle sancionatório pelo controle consensual, a partir da proteção de interesses com o estímulo de atos inovadores, em detrimento da proteção de interesses mediante a repressão de atos desviantes.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano. Milano: Giuffrè Editore, 1960.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 2009.

ALMEIDA, Tiago Bockie de. O controle pleno do ato administrativo disciplinar pelo Poder Judiciário: uma necessidade em razão dos novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo. Dissertação de mestrado. UFBA. 2011.

ALVES, Léo da Silva. Sindicância & processo disciplinar em 50 súmulas. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO. Luís Roberto. 'Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito/: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil'. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº240, abr./jun., 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007.

_____. Teoria da Norma Jurídica. Trad.: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

_____. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral e política. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo. Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad.: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: fim do milênio. 3. ed. Trad.: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 03.

_____. A sociedade em rede. Trad.: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 01, p. 209.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. Jurimetria. O desafio do jurista contemporâneo. In: Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador, Juspodivm, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García. As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma? Trad.: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008, tomo II.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2005.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Trad.: Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

GARCIA, Vicente Alvarez. El concepto de necesidad en derecho publico. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GUASTINI, Riccardo. 'La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano'. In.: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trota, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Trad.: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. Consciência moral e agir comunicativo. Trad.: de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I; Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HALL, Stuart. A identidade Cultural na Pós Modernidade; Trad.: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro – 11 ed., 1 reimp. – Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HEIDEMANN, Francisco G; KISSLER, Leo. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? RAP - Revista de Administração Pública- Rio de Janeiro 40(3):479-99, Maio/Jun. 2006.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, maio/jun. 2006.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LORA, Alejandro Huergo. Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel, 2007.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad.: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Brasília Universitária, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MODESTO, Paulo (coord). Nova organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. Mutações de direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. 'Novos institutos consensuais da ação administrativa'. In. Revista de Direito Administrativo, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2013.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANCA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Temas Clave de la Constitución Española – Los Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, ALF. Direito e Justiça. Trad.: Edson Bini. Bauru, Edipro, 2ª ed., 2007.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio. Tese de doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2008.

SARMENTO, Daniel. 'Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.' In. Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. (coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- SANCHÍS, Luis Prieto. 'Neoconstitucionalismo y ponderación judicial'. In.: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trota, 2003.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Trad.: Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.
- SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. Em busca do acto administrativo perdido. Lisboa: Almedina, 1996.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Curso de introdução ao estudo do direito. Salvador: Juspodivm, 2009.
- _____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUSA, António Francisco de. Conceitos indeterminados no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e democracia constitucional. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 9, n. 34, p. 02, Belo Horizonte, abr./jun. 2011.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2011.