

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**SILVINO SCHLICKMANN JUNIOR**

**UMA VISÃO DO DIREITO COMPARADO SOBRE  
O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:  
PARALELOS COM O DIREITO ESTADUNIDENSE**

**CURITIBA**

**2011**

**SILVINO SCHLICKMANN JUNIOR**

**UMA VISÃO DO DIREITO COMPARADO SOBRE  
O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:  
PARALELOS COM O DIREITO ESTADUNIDENSE**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho.

**CURITIBA**

**2011**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

SILVINO SCHLICKMANN JUNIOR

### **UMA VISÃO DO DIREITO COMPARADO SOBRE O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: PARALELOS COM O DIREITO ESTADUNIDENSE**

Monografia Final de Graduação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Direito do Estado, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dra. Angela Cássia Costaldello  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Me. Daniel Wunder Hachem  
Setor de Ciências Jurídicas – UNIBRASIL

Curitiba, 19 de novembro de 2011.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, que me possibilitou chegar até aqui.

À minha esposa Lisi, pelo Amor e incansável dedicação.

A meus pais, pelos valores que me ensinaram.

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelos conselhos, orientação deste trabalho e pela confiança em mim depositada.

Ao amigo Wladimir Denkowski, pelo companheirismo ao longo de todo o curso e pelas palavras de incentivo.

Mesmo que soubesse  
que o mundo se desintegraria amanhã,  
ainda assim plantaria a minha macieira.

Martin Luther King Jr

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as similaridades e diferenças que configuram o Poder Administrativo Disciplinar do Brasil e dos Estados Unidos. Embora estejamos tratando de países que possuem sistemas jurídicos bastante distintos, através do uso das ferramentas do Direito Comparado analisaremos os sistemas Romano-Germânico e da *Common Law*, bem como o Direito Administrativo que se fundou em cada um dos dois países. Analisando as características do serviço público encontraremos similaridades entre Brasil e Estados Unidos, onde os funcionários possuem conjuntos de direitos e deveres para com a sociedade. Ao tratar especificamente do Poder Administrativo Disciplinar, descreveremos a estrutura administrativa de cada um dos países, juntamente com os meios de exercício do poder disciplinar disponíveis.

Palavras-chave: Direito Comparado. Brasil. Estados Unidos da América. Sindicância. Processo Administrativo Disciplinar. Princípios Constitucionais. Contencioso Administrativo. *Douglas Factors*. *Adverse Actions*.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2. DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>3</b>
2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO .....	4
<b>3. OS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>6</b>
3.1 O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.....	8
3.2 O SISTEMA DA COMMON LAW .....	10
<b>4. DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>13</b>
4.1 ORIGEM .....	13
4.2 CONCEITO .....	14
4.3 DESENVOLVIMENTO .....	16
4.3.1 <i>Desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil</i> .....	17
4.3.2 <i>Desenvolvimento do Direito Administrativo nos EUA</i> .....	19
4.4 FONTES .....	21
4.4.1 <i>A Constituição e a Lei</i> .....	22
4.4.2 <i>Jurisprudência</i> .....	23
4.4.3 <i>Doutrina</i> .....	24
4.4.4 <i>Costumes</i> .....	25
<b>5. O SERVIDOR PÚBLICO.....</b>	<b>26</b>
5.1 O SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL.....	27
5.2 O SERVIDOR PÚBLICO NOS ESTADOS UNIDOS .....	29
<b>6. O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>32</b>
6.1 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO BRASIL.....	33
6.1.1 <i>Estrutura Administrativa Disciplinar</i> .....	34
6.1.2 <i>Sindicância</i> .....	36
6.1.3 <i>Processo Administrativo Disciplinar</i> .....	38
6.1.3 <i>Princípios aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar</i> .....	40
6.2 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS ESTADOS UNIDOS .....	43
6.2.1 <i>Estrutura Administrativa Disciplinar</i> .....	45
6.2.2 <i>Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal</i> .....	47
6.2.3 <i>Ação Baseada em Desempenho Inaceitável</i> .....	48
6.2.4 <i>Ações Disciplinares</i> .....	50
6.2.5 <i>Ações Adversas</i> .....	52
6.2.6 <i>“Douglas Factors”</i> .....	52
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

# 1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho procuraremos tratar do tema do poder administrativo disciplinar no Brasil, aplicado a esfera federal, em contraste com seu similar no Direito estadunidense.

O trabalho terá início com uma breve visita ao Direito Comparado, e sua aplicação ao Direito Administrativo, como método de conhecimento de parte do Direito estadunidense, e, sobretudo, como ferramenta de aprofundamento nos conceitos do Direito Administrativo brasileiro, particularmente no que se refere ao poder administrativo disciplinar.

Em um segundo momento, passaremos a uma sucinta caracterização dos direitos dos dois países, estabelecendo as bases de duas das principais famílias de direito: a família Romano-Germânica e a família da *Common Law*, às quais estão filiados os sistemas de direito do Brasil e dos Estados Unidos, respectivamente. Concluiremos que são marcantes as diferenças entre tais famílias de direito, mas que são comuns alguns de seus métodos de conhecimento.

Passaremos por um histórico do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma que trata da administração pública, abordando sua origem, conceito, desenvolvimento e fontes, em cada um dos países que nos propomos a estudar. Observaremos que ambos os países adotam o sistema de Jurisdição Una, embora possuam direitos administrativos com origens bastante distintas.

Prosseguindo o estudo, uma vez que buscamos comparar os meios de exercício do poder disciplinar cabíveis contra servidores públicos vinculados ao serviço público federal do Brasil e dos Estados Unidos é relevante destacar algumas das diferenças na regulação da atividade do servidor público nesses dois países, considerando os principais direitos e obrigações dos servidores.

Por fim, trataremos do Poder Administrativo Disciplinar propriamente dito, enquanto um dos vários poderes que estão disponíveis à Administração Pública, e que se constitui no poder de apurar desvios de conduta dos servidores públicos, protegendo o interesse da coletividade. É o poder disciplinar que confere à



Administração os meios necessários à aplicação de penalidades. Descreveremos este poder no Brasil, destacando a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, bem como os princípios fundamentais que lhe são aplicáveis.

Ao descrever o Poder Administrativo Disciplinar dos Estados Unidos, abordaremos os quatro tipos de procedimentos que lá existem: a Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal; a Ação Baseada em Desempenho Inaceitável; a Ação Disciplinar, em sentido estrito; e a Ação Adversa. Trataremos também do método utilizado para conferir proporcionalidade as penas aplicadas, que é a observância de um conjunto de critérios, extraídos da jurisprudência, chamado de *Douglas Factors*.

## 2. DIREITO COMPARADO

A comparação entre diferentes Direitos não é tarefa inédita, nem tampouco se pode dizer que é recente. Ainda assim, constitui-se em valiosa ferramenta para a compreensão de sistemas jurídicos com os quais não estamos habituados. Mais que isso, não raro, se reveste de importância fundamental no estudo de nosso próprio Direito.

Quando se fala em Direito Comparado, é preciso ter em mente que não se trata de uma disciplina jurídica em si, como seria o Direito Administrativo ou o Direito Constitucional. Ao contrário, o Direito Comparado é antes uma “ciência de comparação dos sistemas jurídicos”<sup>1</sup>, um método, “que consiste em estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante tal confronto”.<sup>2</sup>

Nas palavras do Prof. Hansom, “o primeiro objetivo dos estudos comparativos não é o de nos fazer adquirir conhecimentos sobre um outro sistema, mas o de nos fazer compreender melhor nosso próprio direito”.<sup>3</sup>

Necessário também se faz consignar que o Direito Comparado não se presta apenas a comparar direitos positivos de Estados distintos. Embora seja esta a aplicação mais comumente reconhecida ao Direito Comparado, este se presta, da mesma forma, a comparar ramos distintos de um mesmo direito, e também para comparar um sistema consigo próprio, mas em versões separadas pelo tempo. Neste trabalho, nos referimos ao Direito Comparado como um “instrumento de conhecimento dos direitos estrangeiros, elemento de compreensão do direito nacional”.<sup>4</sup>

Também, através do Direito Comparado, direitos completamente distintos se

---

<sup>1</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p. 25.

<sup>2</sup> RIVIERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. p. 34.

<sup>3</sup> HANSOM apud RIVIERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. p. 38.

<sup>4</sup> RIVIERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. p. 36.

aproximam. A comparação oferece uma via de mão dupla, uma vez que, ao mesmo tempo, traz conceitos valiosos de outro direito ao nosso sistema jurídico e conceitos do nosso próprio direito são incorporados em direitos estrangeiros.

A exemplo do que ocorre no Brasil, que busca no Direito Comparado instrumento para estudar e compreender outros direitos, também o fazem os juristas estadunidenses, como nos ensina Cappeletti:

O interesse por estudos comparativos nas *law schools* norte-americanas responde à crescente relevância do Direito estrangeiro para as questões dos advogados e seus mandantes sobre este globo interdependente e diminuto. Como profissionais e, também, como personalidades líderes nos setores público e privado, os advogados no Ocidente participam de uma reconstrução institucional continuada do mundo relevante. Agora que seu mundo relevante compreende *common law* e *civil law*, [...] a familiaridade com o Direito de outros povos é parte indispensável de uma formação jurídica adequada.<sup>5</sup>

Assim, mantendo fora do escopo a distinção entre vencidos e vencedores, o Direito Comparado nos possibilitará traçar os paralelos entre o nosso Direito Administrativo, e aquele que é praticado nos Estados Unidos da América, quando se faz necessário recorrer àqueles mecanismos de controle que aparelham o poder administrativo disciplinar.

## **2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO**

Dentre as áreas nas quais se faz uso do Direito Comparado, pode-se dizer que o Direito Administrativo teve um início tardio. Uma das razões para tal fato estaria no contexto histórico em que se deu o início dos trabalhos em Direito Comparado.

Conforme ensina Jean Rivero, o Direito Comparado teve origem em um mundo liberal, sendo limitada sua possibilidade de intervenção no Direito Constitucional, somado ao fato de que poucos países, exceção feita à Alemanha e

---

<sup>5</sup> CAPPELETTI apud FRANKENBERG, Günther. **A Gramática da Constituição e do Direito**. p. 348.

posteriormente à França, tenham desenvolvido sistematicamente suas doutrinas.<sup>6</sup>

Nos dias atuais, sobretudo em consequência do aumento vertiginoso na quantidade de relações comerciais entre os países, em decorrência do fenômeno da globalização, cada vez mais é necessário conhecer o Direito Administrativo dos demais países. Para além de uma motivação acadêmica, trata-se de uma necessidade prática.

Segundo o autor francês, testemunhamos um grande progresso no estudo comparado do Direito Administrativo, especialmente, mas não exclusivamente, no direito anglo-saxão.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> RIVIERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. p. 54.

<sup>7</sup> Idem, p. 55.

### 3. OS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Para que seja possível comparar o Direito Administrativo brasileiro com o Direito Administrativo estadunidense, e, em um segundo momento, discutir as diferenças e similaridades do poder administrativo disciplinar desses dois países, é de fundamental importância analisar os principais aspectos dos sistemas de direito adotados pelo Brasil e pelos Estados Unidos, tendo em vista que cada qual, em razão de seus desenvolvimentos históricos, seguiram caminhos distintos.

Para fins didáticos, costuma-se agrupar os tipos de direitos em famílias, buscando identificar suas similaridades e discrepâncias. Conforme ensina René David, embora as regras possam apresentar uma variação infinita, quando comparamos o direito de vários países, “as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitado.”<sup>8</sup>

Trata-se, portanto, de comparar diferentes sistemas jurídicos em busca de elementos que possibilitem sua classificação, segundo critérios específicos. Nas palavras do mestre Guido Fernando Silva Soares:

Comparar, em Direito Comparado, deve ser uma atitude racional, determinada por critérios metodológicos de tal maneira que não se tenham dois quadros estanques, feitos por pintores diversos, mas se possa ver, nos dois quadros, a mesma mão do pintor, que é o homem em sociedade, que ao pintá-los deixou sua marca personalíssima em ambos, conquanto tenha feito obra totalmente distinta uma da outra.<sup>9</sup>

Para René David, dentre todas as famílias de sistemas de direito, três, “no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da common law e família dos direitos socialistas.”<sup>10</sup>, ao passo em que reconhece a importância, ainda que minoritária, de outras concepções de

---

<sup>8</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 16.

<sup>9</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., pp. 26 e 27.

<sup>10</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 17.

direito<sup>11</sup>.

No presente trabalho, cumpre aprofundar a comparação entre a família romano-germânica, na qual está inserido o Direito brasileiro, com a família da *Common Law*, da qual o Direito estadunidense é representante.

Observe-se que, atualmente, para se referir a família romano-germânica também se utilizam as expressões *continental law* e *civil law*, sendo esta última a forma de eleição para os autores de países que adotam a *Common Law*, especialmente aqueles dos Estados Unidos.

Na distinção entre as duas famílias de direito, se destacam os papéis ocupados pela norma legislativa e pela jurisprudência. Enquanto no sistema romano-germânico a lei, abstrata e geral, possui a máxima centralidade, para a *Common Law*, esse papel é ocupado pela jurisprudência. Citando René Davi, Soares acrescenta que:

Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *Common Law* é um sistema aberto, onde novas regras são continuamente reveladas; estas novas regras fundam-se na razão.<sup>12</sup>

Embora sejam marcantes, como teremos oportunidade de abordar, as diferenças entre os dois sistemas, David ensina que os “países de direito romano-germânico e países de *Common Law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos.”<sup>13</sup>

Ainda tratando de comparar os dois sistemas de direito, Soares destaca a diferença entre os métodos de conhecimento utilizados:

---

<sup>11</sup> René David, em seu livro “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”, pp. 21 a 25, faz referência, e trata detalhadamente no decorrer da obra, aos direitos muçulmano, hindu e judaico, bem como dos sistemas adotados no extremo oriente, em especial na China, e, finalmente, na África negra e Madagascar.

<sup>12</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p. 54.

<sup>13</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 20.

Na essência é o velho contraste indução/dedução, ambos os métodos são válidos! No fundo, tanto a dedução como a indução constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém não com exclusividade, pois na Física ou na Biologia existe a utilização de ambos os processos metodológicos. Nas ciências do comportamento do homem, o intercâmbio de ambos os métodos é ainda mais necessário, inclusive como condição de verificação de provas das afirmações, sob pena de falseamento dos postulados científicos, seja por uma generalização inexistente, ao que pode levar ao abuso da indução; seja por um abstracionismo que descreva o mundo dos homens, como se fosse constituído de seres perfeitos e angelicais.<sup>14</sup>

Trataremos um pouco mais detalhadamente, com base na opinião de alguns autores, sobre as principais características das famílias dos sistemas de direito adotados pelo Brasil e pelos Estados Unidos, ressaltando suas similaridades e diferenças conceituais, com o objetivo de pavimentar o percurso até o objetivo final do presente trabalho, que busca estabelecer paralelos entre o poder administrativo disciplinar brasileiro frente ao poder administrativo disciplinar estadunidense.

### **3.1 O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO**

Entre as grandes famílias de direitos, o sistema romano-germânico merece destaque especial, seja pela abrangência que representa, especialmente do ponto de vista da quantidade de países que o adotam, seja pelo seu processo de formação histórica.

Segundo René David, “a família de direito romano-germânica tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do Imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada ao direito moderno.”<sup>15</sup>

O Brasil, assim como a quase totalidade da América Latina, adota o sistema

---

<sup>14</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p. 57.

<sup>15</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 18.

Romano-Germânico, que teve sua origem nos esforços para ordenar, de forma sistemática, os conceitos trazidos pelo Direito Romano, conferindo características de racionalidade em alternativa às “soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos”<sup>16</sup>, conforme ensina Guido Fernando da Silva Soares.

Ainda segundo Soares:

O casuísmo (doença da casuística) é o grande mal que o sistema romano-germânico teme, de tal forma, que mesmo a higidez do estudo de casos é, de certa forma, evitado ou, pelo menos, olhado com suspeição de vir a causar caos no edifício geométrico e piramidal.<sup>17</sup>

A referência que Soares faz ao edifício geométrico e piramidal, da Teoria pura do direito, de Hans Kelsen, condiz perfeitamente com o sistema romano-germânico, que tem na lei escrita, em outras palavras, na codificação, a principal fonte de direito.

René David não deixa dúvida quanto à função do código no sistema romano-germânico:

Um código, na concepção romano-germânica, não deve procurar a solução de todas as questões concretas que se apresentarão na prática; a sua função é formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema, que se tornem acessíveis à descoberta e ao conhecimento, para que dessas regras, por um trabalho tão simples quanto possível, juízes e cidadãos deduzam facilmente o modo como tal ou tal dificuldade concreta deve ser resolvida.<sup>18</sup>

Prossegue ainda o autor francês:

É, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular.<sup>19</sup>

Outra preocupação apontada pelos partidários do sistema romano-germânico é o risco de desequilibrar o equilíbrio entre os poderes, ao se conferir ao judiciário a possibilidade de fazer a lei. Nesse diapasão, Soares, citando Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como barão de Montesquieu, comenta que

---

<sup>16</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p. 27.

<sup>17</sup> Idem, p. 30.

<sup>18</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 81.

<sup>19</sup> Ibidem.



“qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei seria ir contra o postulado da separação dos poderes.”<sup>20</sup>

Ainda segundo os ensinamentos de Soares:

O Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata*; generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade.<sup>21</sup>

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o sistema romano-germânico possui na lei escrita seu elemento central. São os códigos as fontes principais do direito. Da mesma forma, é conferido papel importante a doutrina, ao passo que relega a um papel secundário o dito “costume judiciário”, ou seja, a jurisprudência. Tais características particulares trazem consequências importantes para o estudo do Direito Administrativo brasileiro em comparação com o Direito estadunidense, inclusive, e não poderia ser diferente, no Direito Administrativo Disciplinar.

### **3.2 O SISTEMA DA COMMON LAW**

Outro sistema de direito de grande abrangência é o sistema da *Common Law*. Também chamado inapropriadamente de sistema inglês, visto que atualmente é adotado por um grande número de países, tem sua base na jurisprudência, em detrimento da lei escrita, melhor dizendo, dos códigos.

Ao contrário do sistema Romano-Germânico, nas palavras de René David, “a common law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem.”<sup>22</sup>

Os Estados Unidos, a exemplo da Inglaterra, adotam o sistema da *Common*

---

<sup>20</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p. 29.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 19.

*Law*, exceção feita ao estado da Louisiana, que possui um sistema misto. Repare-se, contudo, que, conforme nos ensina David<sup>23</sup>, não se pode falar em um sistema único entre Inglaterra e Estados Unidos, vez que seus desenvolvimentos se deram de maneiras diversas desde o advento da soberania estadunidense, sobretudo em função do conflito que se produziu e perdurou por mais de meio século, entre os sistemas Romano-Germânico e da *Common Law*.

Segundo Guido Fernando Silva Soares, “na *Common Law*, a ideia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas. Antes de examinar se existe ou não algum geometrismo no sistema, este se preocupa com os remédios: *reliefs and remedies*.”<sup>24</sup>

Ao afirmar que o direito não existe para constituir um edifício lógico, o autor carlopolitano contrapõe a *Common Law* à pirâmide Kelseniana do sistema Romano-Germânico, afirmando ser aquela representada por uma colcha de retalhos:

Inútil buscar uma imagem de figura geométrica, pelo menos na geometria cartesiana, que permita descrever a *Common Law*; se existe uma figura que se possa aproximar à mesma, seria a de uma colcha de retalhos, que cumpre, à perfeição, sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, e pensar os seus ferimentos, representados em violações à paz social.<sup>25</sup>

Embora não seja possível negar a importância das regras formuladas pelo legislador no sistema da *Common Law*, é necessário compreender que estas ocupam, a exemplo da doutrina<sup>26</sup>, um papel secundário, conforme ensina o autor francês:

As regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo *normal* da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas

<sup>23</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. pp. 362 e 363.

<sup>24</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed., p 53.

<sup>25</sup> Idem, p 54.

<sup>26</sup> Guido Fernando da Silva Soares, em seu livro “*Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*”, 2. ed., p. 53, esclarece que o papel da doutrina no sistema da *Common Law* é muito limitado. Segundo o autor, “O papel da doutrina é extremamente limitado, e se citam os raros casos em que estudos doutrinários tiveram alguma influência em *overruling* a jurisprudência.”

ao sistema de direito americano quanto tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram.<sup>27</sup>

Em poucas palavras, o sistema da *Common Law*, ao contrário do sistema Romano-Germânico, possui na jurisprudência seu elemento central. É necessário consignar, contudo, que à medida que os dois sistemas evoluem, ocorre uma aproximação, principalmente em função do crescimento do papel desempenhado pela lei no sistema da *Common Law*.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 367.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 20.

## 4. DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é um ramo relativamente novo do Direito Público. É disciplina jurídica autônoma que trata da administração pública.<sup>29</sup> Seu desenvolvimento se deu de formas variadas, conforme o próprio desenvolvimento dos países e seus sistemas jurídicos.

### 4.1 ORIGEM

Segundo parte da doutrina, o Direito Administrativo teve sua origem ao final na Revolução Francesa, no final do século XVIII.

Nas palavras de Luiz Paulo Rosek Germano, o Direito Administrativo:

Instrumentalizado há praticamente dois séculos, surgiu na França, em período logo posterior à grande Revolução, mais precisamente no ano de 1800, através da Lei do 28 pluviôse (ano VIII).<sup>30</sup>

Ainda segundo Germano, esta lei, que ficou conhecida como Constituição Administrativa, “os propósitos não eram outros senão os de restabelecer a ordem, subordinando-se servidores a autoridades e conferindo poderes a agentes políticos da época, tal como o Primeiro Cônsul (Napoleão), o qual desempenhava, dentre outros, poderes para nomear e exonerar funcionários.”<sup>31</sup>

Com uma visão ligeiramente diversa, temos Luiz Alberto Blanchet, que afirma ser ainda mais recente o nascimento do Direito Administrativo:

A França foi, sem dúvida, o país no qual o Direito Administrativo desenvolveu-se mais cedo. A origem jurisprudencial do Direito Administrativo verificou-se naquele país. A lei francesa do ano VIII do calendário da Revolução Francesa, que regulava a administração pública, é considerada a “certidão de

<sup>29</sup> Segundo Rogério Medeiros Garcia de Lima, em seu livro “O direito administrativo e o poder judiciário”, 2. ed., p. 15, a expressão “administração pública” assume dois sentidos. Em um deles designa os entes que exercem a atividade administrativa, em outro, mais objetivo, “designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a administração pública é a própria função administrativa, que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo”.

<sup>30</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 15.

<sup>31</sup> Idem, p. 16.

nascimento" do Direito Administrativo (...) O efetivo nascimento do Direito Administrativo, de qualquer forma, não se deu antes da separação entre atividade administrativa e as demais atividades estatais.<sup>32</sup>

O professor Romeu Felipe Bacellar Filho, por outro lado, ensina que as origens do Direito Administrativo são mais remotas, datando da Idade Média, ainda que não como um ramo próprio do direito, como ocorre hoje, mas vinculado ao Direito Civil.<sup>33</sup>

Ao mesmo tempo, Bacellar reconhece o incremento na notoriedade do Direito Administrativo com o fim da Idade Média e o surgimento das monarquias absolutistas, bem como o singular papel desempenhado pela Revolução Francesa. Para o doutrinador paranaense, “a fase pós-revolução retratava, pois, um Estado que se sujeitava às leis que editava (princípio da legalidade), e estruturado na tripartição de poderes, constituindo-se em um Estado de Direito.”<sup>34</sup>

## **4.2 CONCEITO**

Seguindo o exemplo das divergências que existem sobre a origem do Direito Administrativo, são também variadas suas definições e conceitos, conforme as correntes doutrinárias.

Conforme ensina o professor Bacellar<sup>35</sup>, o Direito Administrativo, como disciplina, foi criado em 1817, tendo no Barão de Gerando seu primeiro professor, para quem o Direito Administrativo seria simplesmente o estudo das leis que regem a Administração Pública.

Na busca por um conceito adequado, Blanchet destaca a existência de um grande número de critérios, cada qual com sua própria definição de Direito

---

<sup>32</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. p. 15.

<sup>33</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 1.

<sup>34</sup> Idem, p. 2.

<sup>35</sup> Idem, p. 12.

Administrativo. O autor repassa os critérios: legalista, serviço público, poder executivo, relações jurídicas de Estado, teleológico, negativista, objetivo-subjetivo e da administração pública, para escolher, como mais adequado o conceito de que “Direito Administrativo é um sistema de normas determinantes do regime jurídico da atividade destinada ao atendimento concreto, direto e imediato dos interesses públicos.”<sup>36</sup>

Já para Marcello Caetano, publicista português, o Direito Administrativo:

É o sistema das normas jurídicas que disciplinam as relações pelas quais o Estado, ou pessoa que com ele coopere, exerça a iniciativa de prosseguir interesses colectivos utilizando o privilégio da execução prévia.<sup>37</sup>

No entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo é "o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para consecução de seus fins, de natureza pública."<sup>38</sup>

Germano, após analisar os conceitos trazidos por outros autores conclui que Direito Administrativo:

É o ramo do Direito Público, cujos propósitos são os de organizar, disciplinar e ordenar a estrutura e as funções do Estado, assim como suas relações com a coletividade e outros órgãos, entidades e sociedades, sempre em favor do interesse público.<sup>39</sup>

Novamente recorrendo aos ensinamentos do professor Bacellar, que aprofunda a matéria ao fazer um apanhado dos diversos critérios que orientaram a formação dos principais conceitos de Direito Administrativo, encontramos a posição de Hely Lopes Meirelles, que passa a ser sustentada também por Bacellar, e que define o Direito Administrativo como o "conjunto harmônico de princípios que regem

<sup>36</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. p. 19.

<sup>37</sup> CAETANO apud GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. pp. 17 e 18.

<sup>38</sup> DI PIETRO apud GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 17.

<sup>39</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 18.

os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado."<sup>40</sup>

### **4.3 DESENVOLVIMENTO**

O desenvolvimento do Direito Administrativo está intimamente ligado ao desenvolvimento do Estado e as escolhas político-administrativas de cada país. Ainda assim, até certo ponto, pode-se dizer que o Direito Administrativo possui algumas características centrais, que foram sendo desenvolvidas ao longo do tempo, e que tem influência significativa no Direito Administrativo contemporâneo.

Os primeiros Estados a possuir um nível de organização ao qual se pudesse atribuir algo chamado de administração pública foram os Estados orientais.

Tal condição se deu, em um primeiro momento, com a profissionalização do corpo de funcionários que prestavam serviço ao Estado. No princípio, não havia nada além de um conjunto desordenado de funcionários, que não recebiam pagamento e que eram designados por curtos períodos de tempo, situação que evoluiu para um funcionalismo público numeroso, remunerado e profissionalizado.<sup>41</sup>

Sobre esse assunto, considerando as grandes diferenças encontradas na condução de diferentes tipos de Estados, o professor Bacellar ensina que é "imperioso distinguir o Direito Administrativo aplicado ao chamado Estado de Polícia, do Estado do Bem-estar e do Estado Providência, vez que cada um destes apresenta níveis diversos de interferência estatal nas relações com seus cidadãos."<sup>42</sup>

Com a Revolução Francesa, e o advento do Estado de Direito, passaram a

---

<sup>40</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 14.

<sup>41</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. O direito administrativo e o poder judiciário. 2. ed., pp. 15 e 16.

<sup>42</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 2.

figurar condições indispensáveis ao funcionamento da administração, trazendo reflexos incontestes ao Direito Administrativo, como ensina o autor mineiro:

- a) formação de conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, muitos dos quais limitativos de poder;
- b) reconhecimento de direitos de particularidades entre a administração, com previsão de remédios jurisdicionais;
- c) quanto à ciência, elaboração doutrinária abrangente e todos os aspectos legais da atividade administrativa;
- d) elaboração jurisdicional vinculativa para a administração e norteadora da construção de novos institutos jurídicos.<sup>43</sup>

Mas tarde, com a consolidação do Estado Liberal, fundamentado nas revoluções Americana e Francesa, o ideal de separação dos poderes vai dar causa a separação entre a administração do Estado e a Justiça, distribuindo as atribuições entre os poderes executivo e judiciário.

Destaca-se, como uma das consequências mais importantes dessa fase história do Direito Administrativo, a subordinação do Estado, e não somente dos cidadãos, ao regime da lei. É o nascimento de um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo: o princípio da legalidade.

#### **4.3.1 Desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil**

Diferentemente daquilo que ocorre na maioria dos países que adotam o sistema Romano-Germânico, que em geral seguiram o sistema francês de jurisdição, que possuem contencioso administrativo, o Brasil, a exemplo dos Estados Unidos, adotou o sistema de jurisdição una.

O sistema do contencioso administrativo, criado na França, surgiu como reação à magistratura do antigo regime, contra a qual se alegava ser corrupta. Nos países que adotam o contencioso administrativo existem duas jurisdições, uma dita comum, e outra administrativa. A grande diferença para o sistema da jurisdição una,

---

<sup>43</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. O direito administrativo e o poder judiciário. 2. ed., p. 21.



é que com o contencioso administrativo, as decisões tomadas nos tribunais administrativos produzem coisa julgada, não necessitando de controle por parte de judiciário comum.

Durante o Império, todavia, houve algumas tentativas de instalar o sistema de contencioso administrativo no Brasil. A Lei nº 234, de 23 de Novembro de 1841, que alterou o teor da Constituição de 1824, foi uma delas, conforme apresentado por José Raimundo Gomes da Cruz:

Incumbe às secções ou ao conselho de estado de dar seu parecer ou consulta sobre todos os negócios em que o imperador houver por bem ouvi-lo e especialmente sobre [...] assumptos de natureza quase contenciosa, como questões de presas, de indenizações, conflictos entre autoridades administrativas, e entre estas e as judiciárias, e abusos de autoridades eclesiásticas [...] negocios de justiça administrativa contenciosa.<sup>44</sup>

Com a instalação da República, inspirado no sistema norte-americano, e a promulgação da Constituição de 1891, o Brasil seguiu o modelo de jurisdição que é mais comum aos países da família da *Common Law*. Uma vez que não há um contencioso administrativo, qualquer litígio, independentemente de quais forem as partes, será resolvido perante o Poder Judiciário.

Segundo Marcelo Caetano, foi em decorrência da adoção do sistema federativo, com a proclamação da República, que o Brasil passou a dar mais atenção às instituições norte-americanas.

Atualmente, sob a égide da Constituição de 1988, não resta dúvidas quanto à supremacia do poder judiciário:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

---

<sup>44</sup> CRUZ apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 10.

### 4.3.2 Desenvolvimento do Direito Administrativo nos EUA

Assim como nas demais áreas do sistema jurídico, o Direito Administrativo estadunidense sofreu grande influência do sistema inglês. Mas é somente no final do século XIX que o Direito Administrativo passa a receber maior atenção.

Representante do sistema administrativo anglo-saxônico, os Estados Unidos adotaram a concepção de jurisdição *una*, que incumbe ao judiciário a competência para julgar todas as espécies de litígio, incluindo aquelas que, no sistema francês, seriam tratadas no contencioso administrativo. Nesse aspecto, Brasil e Estados Unidos seguiram o mesmo caminho, embora cada qual tenha adotado sistemas jurídicos distintos. Enquanto o Brasil adotou o sistema Romano-Germânico, os Estados Unidos adotaram o sistema da *Common Law*.

Há que se ressaltar, contudo, que mesmo tendo sido influenciado fortemente pelo sistema inglês, existem diferenças substanciais nos direitos administrativos desses dois países, conforme ensina René David:

*A administrative law americana implica essencialmente o estudo da organização e do funcionamento de grandes comissões, federais ou estaduais, que não tem o seu equivalente na Inglaterra.*<sup>45</sup>

A doutrina ensina que o Direito Administrativo daquele país teve início em 1789, ano em que foi eleito George Washington, o primeiro presidente dos Estados Unidos, embora seja comum fixar a origem do Direito Administrativo moderno em 1887, com o estabelecimento da Comissão de Comércio Interestadual, que tinha como atribuição regulamentar questões da indústria rodoviária.<sup>46</sup>

Conforme ensina Bacellar<sup>47</sup>, foi somente por volta do final do século XIX que o poder público passou a exercer um controle mais próximo de diversas atividades até então sob exclusiva responsabilidade de iniciativa privada, através da delegação

---

<sup>45</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 380.

<sup>46</sup> FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. p. 188.

<sup>47</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 9.

de poderes legiferantes e jurisdicionais aos órgãos administrativos. Foi através do estabelecimento das agências (*agencies*), órgãos autônomos e independentes que se buscou aumentar o controle do Estado.

Mais tarde, em resposta aos questionamentos levantados acerca dos poderes conferidos às agências, foi promulgado o *Administrative Procedure Act*, em 1946, que veio limitar o poder das agências e passou a permitir “aos cidadãos o direito de pleitear revisão das decisões emanadas por aquelas.”<sup>48</sup> Nos dias de hoje, o *Administrative Procedure Act* é uma das principais fontes do Direito Administrativo estadunidense.

Para o conceituado professor da Faculdade de Direito de Harvard, Louis Jaffe<sup>49</sup>, é tarefa do Direito Administrativo encontrar um equilíbrio entre os interesses individuais e interesses públicos, no que tange à administração do Estado.

Atualmente, nas palavras de Farnsworth, o Direito Administrativo dos Estados Unidos “compreende a competência e o funcionamento dos órgãos governamentais que, além das legislaturas e dos Tribunais, afetam os interesses privados, através de normas e legislações.”<sup>50</sup>, e trata detalhadamente, ainda que não de forma exclusiva, do desempenho dos servidores públicos que exercem funções de natureza normativa e judicial.

Já para Jack M. Beermann<sup>51</sup>, o Direito Administrativo regula o exercício da autoridade por parte daqueles que agem em nome do poder executivo, seja eles pertencentes aos órgãos estatais, ou das agências, ainda que formalmente independentes do executivo, mas que possuem sua autoridade assegurada pela legislação. Para Beermann, professor visitante da Universidade de Harvard e titular da Universidade de Chicago, o Direito Administrativo estadunidense engloba tanto o seu aspecto formal quanto material, e deve ser um meio de controle das autoridades

---

<sup>48</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 9.

<sup>49</sup> JAFFE, Louis L. **Talks on American Law**. p. 129.

<sup>50</sup> FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. p. 187.

<sup>51</sup> BEERMAN, Jack M. **Inside Administrative Law: What matters and why**. pp. 1 e 2.

e agências do sistema administrativo.

A doutrina mais recente, chega a considerar o Direito Administrativo como uma espécie de quarto poder, o “*administrative power*”<sup>52</sup>, distinto dos poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, assumindo características tanto administrativas quanto judiciárias, embora funcione sob o controle dos tribunais de justiça tradicionais.

#### **4.4 FONTES**

Da mesma forma como ocorre com todos os ramos independentes do direito, o estudo das fontes do Direito Administrativo é de fundamental importância para compreender seu escopo e suas características particulares.

Sobre a importância das fontes, Germano ensina que:

Trata-se da base primordial do Direito. Costumamos dizer que as fontes do Direito constituem-se nas pedras fundamentais, sobre as quais se ergue todo o arcabouço jurídico, possibilitando a formação de regras e preceitos, bem como sugerindo técnicas e valorações interpretativas.<sup>53</sup>

Em outra linha, ensina Blanchet:

As fontes do Direito Administrativo não são fenômenos que simplesmente lhe dão origem e, após tê-lo feito, perderiam sua importância ou função. O Direito Administrativo, como toda Ciência, tem existência dinâmica: após surgir, evolui.<sup>54</sup>

Conclui-se, assim, que não se pode perder de vista que, para o Direito, uma fonte não é simples sinônimo de origem.

---

<sup>52</sup> Expressão utilizada por René David, em seu livro **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 402.

<sup>53</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 18.

<sup>54</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. p. 23.

#### 4.4.1 A Constituição e a Lei

Tida como a principal fonte do Direito Administrativo, a Constituição ocupa papel central tanto no Direito Administrativo brasileiro quanto estadunidense.

No Direito Administrativo brasileiro, ao lado das demais leis que versam sobre o assunto, a Constituição é classificada como fonte primária. Nas palavras de Germano, “a Constituição é o grande alicerce, estabelecendo competências, consagrando direitos subjetivos e enaltecendo princípios.”<sup>55</sup>

No Brasil, além da Constituição, ocupam papel de destaque como fontes de Direito Administrativo: a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União; a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; e o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que institui o “Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal”.

Nos Estados Unidos, no que se refere ao Direito Administrativo, a Constituição possui como atribuições principais os papéis de limitar a liberdade para inovação da estrutura do próprio governo, e também de estabelecer o grau de poder que o Congresso pode delegar as agências, em oposição ao grau de supervisão que deve reter.<sup>56</sup>

Outro aspecto importante da Constituição dos Estados Unidos para o Direito Administrativo é sua grande influência no próprio funcionamento das agências. Embora cada agência tenha suas características definidas por regulamento próprio, a Constituição, sobretudo por suas considerações sobre o devido processo, define limites para o seu funcionamento.

No que diz respeito às demais leis, algumas possuem papel de destaque no Direito Administrativo dos Estados Unidos. Dentre elas, a que possui maior

---

<sup>55</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 19.

<sup>56</sup> BEERMAN, Jack M. **Inside Administrative Law: What matters and why**. p. 3.

abrangência é o *Administrative Procedure Act*, ou Lei do Procedimento Administrativo, editada em 1946, com o objetivo de dar maior coerência ao Direito Administrativo e garantir mecanismos adequados para a supervisão das agências.<sup>57</sup>

Além do *Administrative Procedure Act*, merecem atenção as leis que estabelecem o funcionamento das agências. A exemplo daquilo que ocorre no Brasil, onde os órgãos públicos possuem suas leis orgânicas, o mesmo acontece nos Estados Unidos, e assim como ocorre aqui, lá também essas leis orgânicas (*organic statute* ou *enabling act*) são importantes fontes do direito.

#### 4.4.2 Jurisprudência

A Jurisprudência tem sua origem nos julgados, mas conforme ensina Luiz Paulo Rosek Germano, “não é qualquer decisão que materializa a jurisprudência, mas sim o conjunto delas, o qual expressa o entendimento acerca de determinado assunto ou situação posta à interpretação.”<sup>58</sup>

É importante ressaltar, contudo, que a jurisprudência pode ser tanto jurisdicional quanto administrativa.

Segundo parte da doutrina, a jurisprudência seria uma fonte que possui qualidades destacadas, e que possui vantagens até mesmo em comparação com as leis, posição essa defendida por Blanchet:

Oportuno observar-se que a Jurisprudência apresenta certa vantagem sobre a lei, no que tange ao seu conteúdo jurídico, em razão das condições em que os órgãos do Poder Judiciário são formados. Enquanto os membros do Legislativo são eleitos pelo povo, independentemente de sua formação profissional, e mesmo de grau de instrução, os que integram o Judiciário devem ter formação jurídica e são escolhidos mediante processo seletivo que leva em conta o seu nível de conhecimento na área do Direito.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BEERMAN, Jack M. **Inside Administrative Law: What matters and why**. p. 3.

<sup>58</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 19.

<sup>59</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. p. 26.

No caso dos Estados Unidos, principalmente por adotar o sistema da *Common Law*, a jurisprudência tem papel central como fonte de direito. Naquilo que se refere especificamente ao Direito Administrativo, são mais importantes àquelas jurisprudências originadas antes da edição do *Administrative Procedure Act*.

Conforme ensina Beerman, a *Common Law* é utilizada no Direito Administrativo estadunidense principalmente de duas formas. Uma delas é como instrumento que auxilia na compreensão do próprio *Administrative Procedure Act*, que por vezes possui regras que se auto referenciam. A outra aplicação da *Common Law* é servir como fonte independente que estabelece limites para a operação das agências.<sup>60</sup>

#### 4.4.3 Doutrina

Diferentemente das outras fontes do Direito Administrativo, a doutrina envolve em seu bojo os conceitos de todas as demais fontes. Nas palavras de Blanchet:

Dentre as fontes do Direito Administrativo, é a Doutrina a única que tem por escopo o estudo das demais. Estuda os métodos e processos de produção, mas também os conteúdos da lei, da Jurisprudência e do costume. O seu estudo desenvolve-se mediante o método sistemático, objetivo e autoquestionador; científico portanto.<sup>61</sup>

Ainda, segundo Germano, “a doutrina universaliza-se, interagindo-se com outras culturas jurídicas, provenientes dos mais diferentes países, viabilizando o surgimento do denominado Direito Comparado, do qual se socorrem diuturnamente os aplicadores do Direito.”<sup>62</sup>

É necessário consignar, todavia, que a doutrina é uma fonte do Direito

---

<sup>60</sup> BEERMAN, Jack M. **Inside Administrative Law: What matters and why**. p. 4.

<sup>61</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. pp. 26 e 27.

<sup>62</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 21.

Administrativo que possui destaque muito maior no Brasil que nos Estados Unidos. Como ocorre frequentemente nos países que adotam o sistema da *Common Law*, a exemplo dos Estados Unidos, a doutrina possui papel secundário.

#### 4.4.4 Costumes

Da mesma maneira que ocorre com os demais ramos do Direito, o uso dos costumes como fonte se dá de maneira restrita. No caso do Direito Administrativo, especialmente em função do princípio da legalidade, o uso dos costumes como fonte de direito deve ser feito com cautela.

Conforme ensina o Germano:

Em casos excepcionais e permissivos, os usos e costumes podem pautar condutas administrativas, especialmente diante da deficiência ou omissão legislativa. Para tanto, indispensável a prática reiterada e uniforme de determinados comportamentos sociais, o que não pode ser confundido com a praxe administrativa, a qual representa a realização de atividades desenvolvidas no âmbito dos órgãos públicos, sob a égide da lei, tornando, muitas vezes, mais eficiente às atividades administrativas.<sup>63</sup>

Na mesma linha, e Blanchet esclarece que, embora condicionada aquelas circunstâncias discricionárias, os costumes encampam não apenas práticas, mas também entendimentos:

O conteúdo do costume compreende não apenas práticas consagradas de maneira repetida e uniforme no mesmo sentido, mas também entendimentos; estes últimos, aliás, desempenham papel de relevância na atividade de interpretação das normas no exercício da competência discricionária.<sup>64</sup>

No que tange aos Estados Unidos, da mesma forma que ocorre com a utilização da doutrina como fonte de direito, a utilização dos costumes é ainda mais restrita que no Brasil.

---

<sup>63</sup> GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. p. 21.

<sup>64</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. p. 27.



## 5. O SERVIDOR PÚBLICO

Uma vez que buscamos com o presente trabalho comparar os meios de exercício do poder disciplinar cabíveis contra servidores públicos vinculados ao serviço público federal do Brasil e dos Estados Unidos é relevante destacar algumas das diferenças na regulação da atividade do servidor público nesses dois países.

Não é prudente estudar as medidas disciplinares aplicáveis em um determinado regime de serviço público sem considerar quais são as obrigações cabidas aos servidores. Da mesma forma, temos que considerar as condutas proibidas e os princípios que norteiam a gestão de pessoal.

Com o desenvolvimento do Estado, e a conseqüente necessidade de cumprir com seus objetivos assumidos perante a sociedade, observa-se um crescente aparelhamento do poder público.

Nas palavras do professor Bacellar, é a esse aparelhamento que está voltada a Administração Pública, e que “só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público.”<sup>65</sup>. O professor prossegue, ao definir da seguinte forma a composição da Administração Pública:

A Administração Pública é formada pelo conjunto de órgãos, agentes públicos e pessoas jurídicas que desenvolvem o exercício de atividades administrativas, inerentes à Administração Direta ou Indireta.<sup>66</sup>

É em função desses agentes públicos, especificamente aqueles ligados a Administração Direta, que o Estado deve manter mecanismos de avaliação, buscando proteger o interesse público. É o interesse público que deve nortear, em detrimento de interesses particulares, as decisões administrativas.

---

<sup>65</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 172.

<sup>66</sup> Idem, p. 18.

## 5.1 O SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL

Para o presente trabalho, limitaremos a abordagem àqueles servidores submetidos ao chamado regime estatutário<sup>67</sup>, ou seja, aquele disciplinado pelo “Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais”, estampado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, também chamado de “Regime Jurídico Único”.

Conforme ensina o professor Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>68</sup>, em seu livro de Direito Administrativo, há uma relação íntima entre a prestação dos serviços públicos e os postulados constitucionais.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se estabeleceu um regime administrativo que goza de princípios constitucionais, expressos no *caput* do art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Ainda no texto constitucional, especialmente nos incisos I, II, III e IV do art. 37, são estabelecidos critérios para a admissão de servidores públicos, buscando através da realização de concurso público, avaliar o mérito dos candidatos, e conferir impessoalidade na escolha dos servidores efetivos:

Art. 37.

(...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

---

<sup>67</sup> Além do regime estatutário, o Brasil adota o regime trabalhista, que se assemelha ao regime celetista, e um regime especial para contratações temporárias.

<sup>68</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 172.

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Além de tratar do meio de admissão do servidor público, a Constituição também estabelece parâmetros na fixação de seus vencimentos, estabelecendo limites e consagrando a obrigatoriedade de se observar as diferentes características de cada atribuição:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

Para além das regras constitucionais que disciplinam o funcionamento do serviço público no Brasil, três outros diplomas legais desempenham papel fundamental nessa matéria. Trata-se da Lei nº 8.112/90, o Regime Jurídico Único, a Lei nº 9.784/99, que regulamento os processos administrativos, e o Código de Ética do Servidor Público, estampado no Decreto nº 1.171/94.

A Lei nº 8.112/90 além de tratar do meio de admissão do servidor público, também estabelece parâmetros na fixação de seus vencimentos, consagrando o princípio da isonomia de vencimentos, de um mesmo Poder, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes (arts. 40 a 48).

O Regime Jurídico Único ainda fixa os deveres e proibições aos servidores públicos (arts. 116 e 117), e também suas responsabilidades e penalidades em caso de conduta inadequada (arts. 121 a 142).

Sobre a apuração das condutas inadequadas, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece os parâmetros de funcionamento dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Outro instrumento de grande relevância, o “Código de Ética Profissional do

Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal”, trazido pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, enumera, em seus incisos XIV e XV, os deveres fundamentais, e as vedações ao servidor público, servindo de modelo de conduta.

## **5.2 O SERVIDOR PÚBLICO NOS ESTADOS UNIDOS**

Aqui também, mantendo o escopo do presente trabalho, limitaremos a abordagem àqueles servidores civis estadunidenses vinculados à administração direta, excluindo aqueles que prestam serviço às formas armadas, e as categorias de “serviços uniformizados”.<sup>69</sup>

O Título 5 do *U.S. Code*<sup>70</sup>, estabelece a organização do governo e trata dos serviços públicos, especialmente na parte II, que aborda as funções e responsabilidades dos serviços públicos civis, e na parte III, que trata especificamente dos servidores públicos (*employees*).

A exemplo daquilo que ocorre no Brasil, a gestão do serviço público federal nos Estados Unidos se baseia no sistema de mérito. Embora não exista paralelo na Constituição daquele país aos ditames constitucionais vigentes no Brasil, o Título 5 do *U.S. Code*, em sua seção 2301, subseção b, fixa os princípios que devem ser observados na gestão de pessoal:

(b) A gestão federal de pessoal deve ser implementada de acordo com os seguintes princípios de mérito:

(1) O Recrutamento de ser feito dentre indivíduos qualificados e de origens apropriadas no esforço para obter uma força de trabalho de todos os segmentos da sociedade, e a seleção e progressão devem ser determinadas exclusivamente com base na habilidade relativa e conhecimento, após uma

---

<sup>69</sup> A legislação dos Estados Unidos agrupa em três categorias os servidores públicos (*U.S. Code*, Título 5, seção 2101). A maior delas, o *civil service* engloba todos os cargos dos poderes executivo, legislativo e judiciário federais, a exceção dos chamados *uniformed services*. A segunda categoria é a das forças armadas, que inclui Exército, Marinha, Força Aérea, Fuzileiros Navais e Guarda Costeira. Por fim, o *uniformed services*, que é composto pelos demais servidores das forças armadas, servidores do Serviço de Saúde Pública da Administração Nacional Oceânica e Atmosférica.

<sup>70</sup> O *United States Code*, muitas vezes chamado simplesmente de *U.S. Code*, é uma compilação de leis federais gerais e permanentes, agrupadas por assunto, que estão vigentes nos Estados Unidos. O *U.S. Code* possui 50 títulos, e é republicado a cada seis anos pela *House of Representatives*, o equivalente estadunidense à Câmara de Deputados no Brasil.

competição justa e aberta, que assegure que todos tiveram oportunidades iguais.

(2) Todos os empregados e candidatos a emprego devem receber tratamento justo e igualitário em todos os aspectos do gerenciamento de pessoal, sem restrições as suas afiliações políticas, raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, estado civil, idade ou deficiência física, e com atenção adequada a sua privacidade e direitos constitucionais.

(3) Trabalho de valor equivalente deve receber pagamento equivalente, com a devida consideração dos valores pagos nacionalmente e localmente por empregadores no setor privado, e iniciativas apropriadas e reconhecimento devem ser adotados para incentivar a excelência no desempenho.

(4) Todos os funcionários devem manter altos padrões de integridade, conduta e consideração pelo interesse público.

(5) A força de trabalho Federal deve ser usada de forma eficiente e eficaz.

(6) Os funcionários devem ser mantidos em função da adequação de suas performances, desempenho inadequado deve ser corrigido, e funcionários que não melhorarem seu desempenho até os padrões requeridos devem ser desligados.

(7) Deve ser providos boa formação e treinamento aos funcionários nos casos em que tal treinamento e formação resultarem em melhor desempenho organizacional e individual.

(8) Os servidores devem ser –

(A) protegidos contra ações arbitrárias, favoritismo pessoal, coação com fins políticos partidários, e

(B) proibidos de utilizar sua autoridade oficial ou influência com o propósito de interferir ou afetar o resultado de uma eleição ou indicação para uma eleição.

(9) Os servidores devem ser protegidos contra represálias à divulgação lícita de informações que acreditem com algum grau de razoabilidade evidenciar –

(A) a violação de alguma lei, regra, regulamento, ou

(B) falhas de gestão, um desperdício significativo de recursos, um abuso de autoridade, ou um substancial e específico perigo à saúde pública ou a segurança.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> (b) Federal personnel management should be implemented consistent with the following merit system principles:

(1) Recruitment should be from qualified individuals from appropriate sources in an endeavor to achieve a work force from all segments of society, and selection and advancement should be determined solely on the basis of relative ability, knowledge, and skills, after fair and open competition which assures that all receive equal opportunity.

(2) All employees and applicants for employment should receive fair and equitable treatment in all aspects of personnel management without regard to political affiliation, race, color, religion, national origin, sex, marital status, age, or handicapping condition, and with proper regard for their privacy and constitutional rights.

(3) Equal pay should be provided for work of equal value, with appropriate consideration of both national and local rates paid by employers in the private sector, and appropriate incentives and recognition should be provided for excellence in performance.

(4) All employees should maintain high standards of integrity, conduct, and concern for the public interest.

(5) The Federal work force should be used efficiently and effectively.

(6) Employees should be retained on the basis of the adequacy of their performance, inadequate performance should be corrected, and employees should be separated who cannot or will not improve their performance to meet required standards.

(7) Employees should be provided effective education and training in cases in which such education and training would result in better organizational and individual performance.

(8) Employees should be—

(A) protected against arbitrary action, personal favoritism, or coercion for partisan political purposes, and

(B) prohibited from using their official authority or influence for the purpose of interfering with or affecting the result of an election or a nomination for election.

(9) Employees should be protected against reprisal for the lawful disclosure of information which

Também no *U.S. Code*, em sua seção 2302, subseção b, ainda no Título 5, estão relacionadas as condutas que são proibidas aos administradores na gestão dos servidores públicos, também chamadas de *Prohibited Personnel Practices* (PPP). A título de exemplo, dentre um rol de doze condutas, constituem-se em PPPs:

- Discriminar um servidor, ou um candidato a servidor, baseado em sua raça, cor, religião, sexo, nacionalidade, idade, deficiência física, estado civil, filiação política;
- Coibir atividades políticas de qualquer pessoa, ou tomar qualquer ação contra qualquer empregado, ou candidato a empregado, como represália pela recusa em participar de atividade política;
- Influenciar qualquer pessoa a desistir de competir por uma posição com o propósito de influenciar as chances de emprego de outra pessoa;
- Enganar ou obstruir deliberadamente qualquer pessoa no seu direito de competir por uma vaga de trabalho.

Em geral, a ocorrência de uma PPP é avaliada pelo *Merit Systems Protection Board*<sup>72</sup> (MSPB), ou Conselho de Proteção do Sistema de Mérito, que tem como objetivo assegurar uma gestão eficiente do serviço público federal dos Estados Unidos, e serve também como instância recursal para ações disciplinares conduzidas pela própria agência em que trabalha o servidor.

---

the employees reasonably believe evidences—  
(A) a violation of any law, rule, or regulation, or  
(B) mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.

<sup>72</sup> O *Merit Systems Protection Board* tem suas regras de funcionamento definidas no Título 5, Capítulo 12, Subcapítulo I, do *U.S. Code*.

## 6. O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Dentre os vários poderes que estão disponíveis a Administração Pública está o poder disciplinar, que é o poder de apurar desvios de conduta dos servidores públicos, protegendo o interesse da coletividade.

Além disso, é o poder disciplinar que confere à Administração os meios necessários à aplicação de penalidades.

Conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles, o poder disciplinar “é uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente”.<sup>73</sup>

Nas palavras do professor Egberto Maia Luz:

Compete ao Estado, lato senso, estabelecer estatutária, legal e normativamente (atos e regulamentos) as regras pelas quais ele, no uso legítimo da sua discricionariedade, deve imperar o verdadeiro conceito de disciplina que impõe aos seus servidores civis e militares para neles provocar a justa e desejável atuação no exercício do cargo ou função que lhes compete.<sup>74</sup>

É dessa forma que se configura a pretensão punitiva do Estado, que deve adotar os meios necessários para assegurar o atendimento do interesse público, sobretudo na execução de forma eficiente e disciplinada da burocracia estatal.

Prossegue o professor Egberto, ensinando que “O Estado, como titular de direito decorrente de personalidade jurídica que adquiriu e assumiu perante o Direito Público, como entidade assim constituída, é titular inequívoco da coação legal que tem força punitiva para preservar a disciplina que, em nome da moral, do progresso e da eficiência administrativa, deve fazer sentir e respeitar de qualquer forma.”<sup>75</sup>

Conforme ensina o professor Bacellar:

---

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 124.

<sup>74</sup> LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3. ed., p. 69.

<sup>75</sup> Idem, p. 73.

A sanção, quando corretamente aplicada no processo administrativo disciplinar, tem caráter reparatório e deve servir como fator de desincentivo ao quadro funcional à prática de atos reprováveis. Por igual, a sanção reveste-se de efeito moral que ultrapassa a Administração Pública e alcança a coletividade.<sup>76</sup>

Em outras palavras, essa pretensão punitiva, ao se configurar a infração administrativa, deve culminar em uma sanção, que deve ter caráter antes reparatório que punitivo.

## **6.1 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO BRASIL**

Conforme tratado anteriormente, o Regime Jurídico Único, em seus arts. 116 e 117, estabelece os deveres e proibições cabidas aos servidores públicos. Ainda no mesmo diploma legal, distribuídas entre os arts. 121 a 142, estão definidas as responsabilidades do servidor e as penalidades aplicáveis em caso de conduta inadequada.

É justamente das falhas em cumprir com as obrigações e responsabilidades, ou ainda, ao adotar alguma das condutas proibidas é que se configura a necessidade de apurar a eventual falha administrativa do servidor.

Em sua relação com a matéria constitucional, o poder administrativo disciplinar encontra no Brasil abrigo sólido no inciso LV do art. 5º e também no art. 41 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de 19 de julho de 1998, que estabelecem:

Art. 5º; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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:

(...)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

---

<sup>76</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., p. 108.



Também na Lei nº 8.112/90, encontramos uma das fundações do poder administrativo disciplinar, especificamente em seu art. 143, que reforça a necessidade de assegurar ampla defesa ao acusado:

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

Não se pode deixar de falar também da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Este foi o primeiro diploma legal a tratar de forma específica e detalhada do processo administrativo em sentido amplo. Sua importância para o controle do poder disciplinar do serviço público federal brasileiro é fundamental, na medida em que estabelece as regras básicas da condução dos processos administrativos, e reforça a condição de instrumento indispensável que o processo administrativo adquiriu em nossa República.

No que se refere aos procedimentos disciplinares, tratados individualmente nas seções seguintes, temos a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, que se diferenciam tanto quanto à forma quanto à aplicabilidade.

### **6.1.1 Estrutura Administrativa Disciplinar**

O Direito Administrativo brasileiro prevê duas formas de exercício do Poder Administrativo Disciplinar. Trata-se de Sindicância e do Processo Administrativo Disciplinar, que deverão ser realizadas no âmbito do próprio órgão em que ocorreu a suposta infração administrativa.

Ao contrário do que ocorre em outros países, o Brasil não possui instituições específicas para conduzir os processos disciplinares. Ficando a cargo das comissões julgadoras, instituídas de forma permanente ou incidental, conduzir e julgar o processo.

O mesmo ocorre para o julgamento de eventuais apelações administrativas às decisões emitidas por essas comissões julgadoras. Como não existe órgão próprio para tratar essas demandas, a Lei nº 8.112/90 estabelece que a revisão deva ser conduzida, caso seja autorizada pelo Ministro de Estado, pelo mesmo órgão onde se originou o processo disciplinar.

Art. 177. O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.

É evidente, contudo, que não está afastada a via judicial, visto que o Brasil adota a unidade de jurisdição, por força do art. 5º da Carta Magna, inciso XXXV, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Há também que se considerar que, segundo a jurisprudência corrente<sup>77</sup>, ao judiciário caberia apenas julgar a legalidade ou não do ato, abstendo-se de alterar, tanto para mais quanto para menos, a punição estabelecida na esfera administrativa.

Curiosamente, ao adotar o sistema de jurisdição una, o Brasil seguiu como principais paradigmas a Inglaterra e os Estados Unidos da América, países que utilizam o sistema da *commom law*.

Muitas vezes, em flagrante descumprimento ao princípio do Juiz Natural, a comissão julgadora, seja aquela que irá conduzir o processo disciplinar, seja aquela constituída para realizar a revisão do processo, é instituída após o fato que será investigado, afrontando princípios fundamentais, como aqueles estampados nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
 (...)
 XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;  
 (...)

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal Justiça. MS 8890 / DF - MANDADO DE SEGURANÇA - 2003/0012848-8 Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) - DJ 02.02.2004 p. 267

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Outra característica desfavorável da Estrutura Administrativa Disciplinar do Brasil é levantada pelo professor Bacellar:

No processo administrativo disciplinar, a provocação, vale dizer a instauração, é outorgada à autoridade, que, no mais das vezes, é a própria encarregada do julgamento. No denominado processo inquisitivo ou inquisitório – aquele em que o encarregado da instauração confunde-se com o julgador – a inconveniência é demonstrada pela iniludível predisposição à aplicação da sanção, comprometendo a ideia de imparcialidade. (...) O procedimento administrativo disciplinar no Brasil, como referido no texto, se assemelha ao antigo processo inquisitório.<sup>78</sup>

Observa-se que é necessário buscar alternativas ao mecanismo que faz com que a mesma autoridade que faz a acusação seja aquela a julgar a matéria.

### 6.1.2 Sindicância

No contexto atual, em que não existe mais espaço para o ultrapassado instituto da verdade sabida<sup>79</sup>, definido por Egberto Maia Luz como “o conhecimento individual exclusivo, e imediato sem intermediários, de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena.”<sup>80</sup>, o Direito Administrativo Disciplinar no Brasil comporta apenas a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar.

Em seu livro de Direito Administrativo, Bacellar nos brinda com um conceito objetivo de Sindicância:

A sindicância, a rigor, é um procedimento administrativo de cunho eminentemente investigatório, o qual, por não encerrar acusação, prescinde de defesa e, portanto, não admite a aplicação de sanção. A sindicância, em

---

<sup>78</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., p. 107.

<sup>79</sup> Trata-se de um critério sumário de apuração de infração disciplinar que desconsidera princípios hoje fundamentais como o contraditório e a ampla defesa. A aplicação da verdade sabida seria, nos dias de hoje, afronta direta ao princípio estampado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, que assevera: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>80</sup> LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3. ed., p. 123.

sua concepção mais pura, é realizada para apurar fatos e eventual presunção de autoria, constituindo impropriedade dirigi-la contra uma pessoa em especial. Esta espécie de procedimento destina-se a responder a dois questionamentos distintos: se o fato é irregular ou não; caso seja, se há presunção de autoria, nada além.<sup>81</sup>

Dessa forma, caracteriza-se a Sindicância como procedimento eminentemente investigativo, destinado a apurar a ocorrência de fatos que, em hipótese, configuram uma infração.

O professor Egberto Maia Luz, em seu livro de Direito Administrativo Disciplinar traça um paralelo entre a Sindicância e o Inquérito Policial, em perspectiva ao Processo Administrativo Disciplinar e ao Processo Criminal:

A sindicância está para o processo disciplinar, assim como o inquérito policial está para o processo criminal. Vale observar a respeito dessa verdadeira analogia que, enquanto inquérito é peça informativa quase 100% obrigatória, a sindicância é quase 100% dispensável.<sup>82</sup>

Resta claro que tanto a Sindicância quanto o Inquérito Policial não são indispensáveis ao Processo Administrativo Disciplinar e ao Processo Criminal, respectivamente.

Embora a Lei nº 8.112/90 estipule que a Sindicância pode resultar em: arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias ou instauração de processo disciplinar,<sup>83</sup> o professor Bacellar afirma que a “lei estatutária, por assim dispor, incorre em grave equívoco, pois a aplicação de penas só pode decorrer de processo administrativo. De todo modo, comuta-se a erronia por meio de uma interpretação conforme à Constituição. Assim, deve-se interpretar o dispositivo em comento sob a ótica constitucional, conferindo-se ao procedimento fiel observância a todos os princípios inerentes aos processos administrativos.”<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., p. 104.

<sup>82</sup> LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3. ed., p. 136.

<sup>83</sup> Lei nº 8.112/90, art. 145.

<sup>84</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 105.

### 6.1.3 Processo Administrativo Disciplinar

Além da Sindicância, que como dissemos anteriormente, deve apenas responder se o fato apurado é realmente irregular e se é possível presumir sua autoria, o Direito Administrativo brasileiro prevê, na apuração de eventuais falhas de conduta dos servidores públicos, o Processo Administrativo Disciplinar.

Novamente recorrendo aos ensinamentos do professor Bacellar, encontramos o seguinte conceito de Processo Administrativo Disciplinar:

O processo administrativo disciplinar, constituindo-se em uma das modalidades de processo administrativo, é o meio, composto de uma sucessão de atos e solenidades legalmente previstas, destinado a apurar infrações já detectadas, presumivelmente cometidas por determinado(s) servidor(es) público(s), aplicando-se, quando for o caso, as penalidades cabíveis.<sup>85</sup>

Temos também a definição trazida pela Lei nº 8.112/ 90, que assim conceitua o Processo Administrativo Disciplinar:

Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

A forma de funcionamento do o Processo Administrativo Disciplinar também está definida na Lei nº 8.112/90, que estabelece ainda que o processo é composto de três fases distintas:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:  
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;  
II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;  
III - julgamento.

A instauração se dá com a determinação da autoridade competente<sup>86</sup> para que seja iniciado o processo. Já na instauração deve ser apresentado um resumo dos fatos, identificando o servidor acusando, bem como uma descrição das condutas

---

<sup>85</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 105.

<sup>86</sup> A autoridade aqui referida é aquela estabelecida pelo art. 143 da Lei nº 8.112/90.

supostamente irregulares a ele imputadas.

Já neste ponto, o professor Bacellar discorda da prática corrente, que encontra suporte, ainda que equivocado, no inciso I do próprio art. 151, de constituir a constituição processante simultaneamente à instauração do processo disciplinar, sugerindo, como remédio, a manutenção de comissões permanentes.<sup>87</sup>

A segunda fase, o inquérito, é dividida em três etapas, que são: a instrução, a defesa e o relatório. É na etapa de instrução que serão realizadas as tentativas de obter as informações necessárias a configurar a conduta do acusado. Depoimentos, interrogatório, provas documentais e periciais, assim como o resultado dos levantamentos realizados por eventual sindicância, serão juntados para instruir o processo.

Após a etapa de instrução se inicia a defesa. A defesa é constituída por peça técnica, que segundo diversos autores, deve ser elaborada por advogado. Dentre os autores que defendem a necessidade de que a defesa no Processo Administrativo Disciplinar seja conduzida por advogado está o professor Bacellar, que afirma em seu livro de Direito Administrativo:

Ingredientes como prescrição, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa com todos os meios e recursos inerentes, jamais serão eficientemente manejados por quem não detenha conhecimento pleno do ordenamento jurídico.<sup>88</sup>

Concluída a apresentação da defesa, tem início a terceira etapa da fase de inquérito. Trata-se da elaboração de relatório, tarefa que está a cargo da comissão processante, e que deve seguir as determinações da Lei nº 8.112/90:

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

---

<sup>87</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 106.

<sup>88</sup> Idem, p. 107.

Estando concluído o relatório, que deverá apontar conclusivamente para a inocência ou responsabilidade do servidor acusado, passamos a última fase do Processo Administrativo Disciplinar, que é o julgamento. Neste ponto, o processo retorna à autoridade que determinou a instauração do processo para decisão, situação esta pouco recomendável e sobre a qual já tratamos no item 6.1.1.

O julgamento, que está parcialmente vinculado ao relatório produzido pela comissão<sup>89</sup>, deve ser concluído no prazo de 20 dias.<sup>90</sup>

### **6.1.3 Princípios aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar**

É também importante destacar o papel decisivo que os princípios fundamentais do direito exercem no Direito Administrativo Disciplinar. Considerando a premissa de que só se pode estudar o Direito em sua acepção de sistema, se constitui em tarefa fundamental correlacionar os institutos do Processo Administrativo Disciplinar com os diversos princípios que permeiam o sistema jurídico brasileiro.

Especificamente relacionados ao Processo Administrativo Disciplinar encontramos na Lei nº 9.784/99 um rol de princípios aplicáveis, que devem ser rigorosamente observados, sob pena de invalidação do processo como um todo.

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

O princípio da legalidade, que encontra também suporte na Constituição, no *caput* do art. 37, estabelece que, no âmbito do Direito Administrativo, a vontade pessoal do agente público, quando no cumprimento de suas atribuições, deve ser

---

<sup>89</sup> Lei nº 8.112/90 – Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

<sup>90</sup> Lei nº 8.112/90 - Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

suprimida em benefício dos ditames da lei.

Nos ensinamentos da professora Lucia Valle Figueiredo, o princípio da legalidade adquire uma importância ainda mais marcante, ao considerar que não se trata da simples sujeição do administrador à lei, mas sim a submissão ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.<sup>91</sup> Além disso, no que tange à Administração Pública, legalidade significa fazer aquilo que está previsto na lei, e não simplesmente deixar de fazer aquilo que é proibido.

Sobre o princípio da finalidade, Diógenes Gasparini ensina que existem duas finalidades nos atos administrativos: a primeira é o que a Administração Pública se propõe, especificamente, a obter com a instauração de um processo administrativo; a segunda é a busca, de forma genérica, pelo interesse público como instrumento de realização da função administrativa.<sup>92</sup> Já para o professor Bacellar, “a finalidade, submissa à idéia de bem comum, revela-se imprescindível em qualquer ato ou procedimento da Administração Pública.”<sup>93</sup>

Por sua vez, é o princípio da motivação que determina que todos os atos praticados pela administração pública devem ter um motivo, mas também que esse motivo deve estar vinculado ao caso particular, e não a vontade do administrador. Essa motivação deve ser documentada, a fim de possibilitar o controle da administração pública.

Em comentário a respeito do princípio da razoabilidade, o professor Diógenes Gasparini, esclarece que a Administração Pública, naquelas ocasiões em que estiver no exercício de atividade discricionária, deve atuar racionalmente e conforme o senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida.<sup>94</sup> Já para a professora Lucia Valle Figueiredo “é por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da

---

<sup>91</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 417.

<sup>92</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 787.

<sup>93</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo Disciplinar**. 2. ed., pp. 181 e 182.

<sup>94</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 22.



moldura comportada pelo Direito.”<sup>95</sup>

Não obstante o tratamento em separado dado ao princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9.784/99, este é tratado, por grande parte da doutrina, como um dos aspectos do princípio da razoabilidade. Ao se considerar que é necessário que a Administração utilize medidas proporcionais ao fim que se propõe a atingir, temos que a razoabilidade depende da proporcionalidade.

O princípio da moralidade é outro que encontra também suporte na Constituição, no *caput* do art. 37. Para o professor Diógenes Gasparini “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo o que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos.”<sup>96</sup> Para o professor Bacellar, o princípio da moralidade administrativa “configura princípio ético com ampla abrangência sobre a atividade administrativa.”<sup>97</sup>

O princípio da ampla defesa, que também encontra abrigo na Carta Magna<sup>98</sup>, naquilo que se relaciona ao Direito Administrativo, se manifesta através da possibilidade que é conferida ao denunciado de acompanhar todos os eventos relevantes do processo e produzir sua defesa por escrito. Atualmente, ocupa grande espaço na produção doutrinária a discussão sobre necessidade ou não da presença de advogado no processo disciplinar.

Parte relevante da doutrina caracteriza o contraditório como uma das espécies da ampla defesa, e que se constitui na oportunidade que é dada ao acusado de oferecer oposição às provas que compõem o processo. Assim como a ampla defesa, o princípio do contraditório também está estampado no Inciso LV do Art. 5º da Constituição. Este princípio decorre diretamente da bilateralidade do processo, ou seja, sempre que uma das partes alegar algo é necessário dar

---

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5. ed., p. 50.

<sup>96</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 9.

<sup>97</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 194.

<sup>98</sup> Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

oportunidade a outra parte de se manifestar.

Sobre o princípio da segurança jurídica, é também chamado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, justamente por ser esse o seu principal objetivo. Esta estabilidade jurídica pode ser dividida em estabilidade objetiva, que trata da irretroatividade de uma nova interpretação, e estabilidade subjetiva, que se traduz na confiança que a sociedade deposita nas ações da Administração.

Já o princípio do interesse público é tratado pela doutrina de duas formas distintas: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Por supremacia do interesse público sobre o privado se entende que, uma vez que no regime democrático o poder de atuação da Administração deriva do povo, é o interesse público que deve prevalecer. Por indisponibilidade do interesse público entende-se que os agentes da Administração são meros gestores da coisa pública, e que, portanto, não dispõem do interesse público.

Por fim, o princípio da eficiência, também estampado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é aplicável a toda atividade administrativa. Nos ensinamentos do professor Bacellar, o princípio da eficiência no processo administrativo disciplinar “informa, sobretudo, as regras constitucionais sobre a profissionalização e responsabilização do servidor público. Regras constitucionais atreladas também, como não poderia deixar de ser, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.”<sup>99</sup>

## **6.2 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NOS ESTADOS UNIDOS**

Embora cada agência tenha autonomia para estabelecer grande parte de suas regras de funcionamento, incluindo regras para seus servidores, alguns direitos

---

<sup>99</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 220.

dos servidores públicos são tidos como gerais, tais como: não sofrer discriminação; não sofrer assédio; dar queixa de discriminação sem sofrer retaliação; requisitar adaptação do local de trabalho em função de questões religiosas ou de deficiência física; e manter a privacidade de seus registros médicos. Existe também um conjunto de obrigações aplicável a todos os servidores públicos dos Estados Unidos, como, por exemplo: profissionalismo; moralidade e ética; honestidade; neutralidade; e não discriminação;

Além disso, estabelecidas pelo *U.S. Code*, em seu Título 5, estão as chamadas condutas inaceitáveis (*Misconduct*)<sup>100</sup>:

- Solicitar contribuições de outro empregado para dar presente a um superior hierárquico;
- Fazer doação ou dar presente a um superior hierárquico;
- Aceitar presente de um empregado que tenha um salário inferior ao seu;
- Usar bebidas intoxicantes de forma habitual e excessiva;
- Solicitar ou aceitar qualquer coisa de valor de uma pessoa cujos interesses possam ser substancialmente afetados pelo desempenho ou não desempenho das funções oficiais do indivíduo.

A exemplo do que ocorre no Brasil, com a ocorrência de falhas no cumprimento com as obrigações e responsabilidades, e também quando algum servidor comete uma condutas proibidas, surge a necessidade de apurar a eventual falha administrativa do servidor.

Nos Estados Unidos, onde existe um número maior de tipos de procedimentos disciplinares que no Brasil, a grande maioria das agências federais é autorizada a conduzir essas ações. Na “Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal”, a conduta de um servidor é avaliada quando às medidas tomadas na gestão de pessoal. Já na “Ação Baseada em Desempenho Inaceitável”, se avalia a performance do servidor em comparação com os padrões definidos pelo próprio órgão.

---

<sup>100</sup> Título 5, seção 7353(a) do *U.S. Code*.

Além dessas duas ações temos as Ações Disciplinares e as Ações Adversas. Em ambas, via de regra, são investigadas falhas na conduta do servidor. Para esses dois tipos de ação, temos procedimentos bastante semelhantes, restando à Ação Adversa as maiores garantias ao servidor investigado, as maiores possibilidades de recurso e também possibilidade de maiores punições.

### 6.2.1 Estrutura Administrativa Disciplinar

Diferentemente daquilo que ocorre no Brasil, embora também adote o sistema da jurisdição una, existe nos Estados Unidos agências independentes que tem como atribuição a operacionalização do Direito Administrativo Disciplinar.

O Gabinete do Conselho Especial<sup>101</sup> (*U.S. Office of Special Counsel*) é uma agência federal independente de natureza investigativa e de persecução, que tem suas funções estabelecidas pela seção 1211 do Título 5 do *U.S. Code*. Dentre suas principais atribuições estão:

- Investigar e tomar ações corretivas relacionadas Conduitas Proibidas na Gestão de Pessoal (PPPs);
- Conduzir Ações Disciplinares;
- Conduzir investigações sobre atividades políticas proibidas aos servidores públicos;
- Prestar informações ao Congresso.

Definido no Capítulo 12 do Título 5 do *U.S. Code*, temos outra instituição importante, que é o Conselho de Proteção do Sistema de Mérito (MSPB), responsável por julgar apelações de Investigações de Conduitas Proibidas na Gestão de Pessoal e Ações Baseadas em Desempenho Inaceitável.

---

<sup>101</sup> Sua autoridade deriva basicamente do "*Civil Service Reform Act*", do "*Whistleblower Protection Act*", do "*Hatch Act*", e do "*Uniformed Services Employment & Reemployment Rights Act*" (USERRA).

Também é correto incluir no rol de agências que desempenham papel importante no Direito Administrativo Disciplinar Estadunidense o Gabinete de Gerenciamento de Pessoal<sup>102</sup>. Além de possuir entre suas atribuições a revisão das decisões do Conselho de Proteção do Sistema de Mérito, o Gabinete de Gerenciamento de Pessoal presta assistência às demais agências governamentais no desenvolvimento de Sistemas de Avaliação de Desempenho, bem como avalia os Sistemas de Avaliação de Desempenho elaborados por todas as agências governamentais.

Considerando que um dos tipos de ação disciplinar se dá com base em desempenho inaceitável do servidor, e que a avaliação do desempenho é feito através do Sistema de Avaliação de Desempenho, é certamente apropriado incluir o Gabinete de Gerenciamento de Pessoal no conjunto de agências fundamentais ao Direito Administrativo Disciplinar dos Estados Unidos.

Cada agência federal deve desenvolver um ou mais Sistemas de Avaliação de Desempenho que: proporcionem avaliações periódicas do trabalho dos servidores; encorajem os servidores a participar do estabelecimento de padrões de desempenho; e sirvam para direcionar treinamentos, gratificações, redistribuições, promoções, reduções de nível<sup>103</sup>, manutenção e demissão de empregados.<sup>104</sup>

É também papel do Gabinete de Gerenciamento de Pessoal elaborar regulamentos que operacionalizam as ações disciplinares previstas no *U. S. Code*.

Além das agências que possuem a atribuição específica para conduzir procedimentos disciplinares, cada agência federal possui a prerrogativa de conduzir tais procedimentos para avaliar a conduta de seus próprios servidores. A chamada

---

<sup>102</sup> O Gabinete de Gerenciamento de Pessoal (*U.S. Office of Personnel Management*) é uma agência federal independente que gerencia o serviço civil dos Estados Unidos, que tem suas funções estabelecidas pela seção 4304 do Título 5 do *U.S. Code*.

<sup>103</sup> O Programa Geral (*General Schedule*) é o sistema predominante de pagamento para os servidores civis dos Estados Unidos. Com base nesse sistema, que possui 15 níveis, ou graus, cada um deles com 10 passos, é definido o salário de cada servidor.

<sup>104</sup> Título 5, seção 4302 do *U.S. Code*.

Ação Baseada em Desempenho Inaceitável é um exemplo de ação que deve ser conduzida pela própria agência.

Outra diferença encontrada nos Estados Unidos, em comparação com o Brasil, é a existência de Tribunais Administrativos<sup>105</sup>, que, todavia, não descaracterizam o sistema da jurisdição una.

Destaca-se também a existência de juízes administrativos. Embora não sejam considerados juízes de direito, estes juízes presidem as audiências administrativas. Eles são encarregados de administrar juramentos, emitir intimações e tomar depoimentos.<sup>106</sup>

### **6.2.2 Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal**

As Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal (PPPs) são definidas em um conjunto de regras que se aplicam àqueles servidores que tem autorização, ou que podem autorizar outros servidores, para recomendar ou aprovar as chamadas ações de pessoal, que são contratações, promoções, transferências e suspensões.

No Brasil, não temos um rol específico de condutas proibidas para a gestão de pessoal, assim como não existe uma ação que sirva exclusivamente para investigar este tipo de conduta.

A Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal (*Investigation of Prohibited Personnel Practices*) é um processo conduzido pelo Gabinete do Conselho Especial e tem justamente a função de apurar a ocorrência de uma PPP. Suas regras de operação estão definidas na seção 1214 do Título 5 do *U.S. Code*.

Nesse tipo de ação, o Conselho Especial deve providenciar, em um prazo máximo de 15 dias a contar do recebimento de uma alegação de PPP, uma

---

<sup>105</sup> Os Tribunais Administrativos dos Estados Unidos não proferem decisões definitivas. Em caso de questionamento às decisões destes Tribunais, cabe ao Poder Judiciário torna-las efetivas, produzindo coisa julgada.

<sup>106</sup> Título 5, seção 556 do *U.S. Code*.

notificação por escrito ao servidor acusado.

Em um prazo máximo de 90 dias, a contar da notificação do acusado, o Conselho Especial deve informar o denunciante sobre o andamento da investigação, e, após a primeira comunicação, em intervalo de tempo não superior a 60 dias, permanecer comunicando-o sobre o andamento da investigação, enquanto durar o processo.

Ao término da ação, faltando pelo menos 10 dias para a conclusão das investigações, o Conselho Especial deve providenciar um relatório por escrito ao denunciante, contendo o resultado das investigações e as conclusões alcançadas. Nesse momento, é dada oportunidade ao denunciante para apresentar comentários por escrito ao Conselho Especial.

É também obrigação do Conselho Especial comunicar ao servidor acusado sobre a conclusão da investigação, informando de forma resumida os principais fatos apurados e as razões do término da investigação.

Cabe ressaltar que, durante a ação de Investigação de Condutas Proibidas na Gestão de Pessoal, não podem ser tomadas medidas disciplinares contra as partes, a menos que seja concedida permissão do Conselho Especial.

Quando uma ação conclui que de fato ocorreu uma Conduta Proibida na Gestão de Pessoal, são tomadas medidas corretivas, em geral, buscando recolocar o servidor prejudicado em uma posição tão próxima quanto possível daquele que teria alcançado não fosse a ocorrência da PPP.

### **6.2.3 Ação Baseada em Desempenho Inaceitável**

A Ação Baseada em Desempenho Inaceitável (*Action Based on Unacceptable Performance*) possui como elemento fundamental o Sistema de Avaliação de Desempenho<sup>107</sup>, que deve ser desenvolvido individualmente por todas

---

<sup>107</sup> O estabelecimento de Sistemas de Avaliação de Desempenho (*Performance Appraisal Systems*)

as agências federais, sob orientação e supervisão do Gabinete de Gerenciamento de Pessoal.

Também para esta ação, nos deparamos com uma condição que não encontra paralelos no Direito Administrativo Brasileiro. Embora exista em nossa legislação a previsão de como o servidor deve se portar, e como deve ser avaliado, não temos aqui um método tão aperfeiçoado quanto aquele que existe nos Estados Unidos. O Sistema de Avaliação de Desempenho, que serve de base para a Ação Baseada em Desempenho Inaceitável, é um instrumento sofisticado de aferição de resultados e que considera as peculiaridades de cada órgão.

Este tipo de ação está definida na seção 4303 do Título 5 do *U.S. Code*, e pode ter como resultado a redução de nível ou até mesmo a demissão de um servidor, decorrendo de um processo que é conduzido pela própria agência em que o servidor trabalha.

Como se trata de uma ação que está relacionada com o desempenho do servidor, e que o principal objetivo é manter um nível aceitável de performance, deixando o aspecto punitivo para um segundo plano, antes que seja dado início ao processo, é dada ao servidor a chance de atingir as metas estabelecidas pela instituição.

Dessa forma, 30 dias antes do início da ação, o servidor investigado deve receber uma notificação por escrito contendo: quais os parâmetros de seu desempenho que estão sendo considerados inaceitáveis; e quais os elementos relacionados à posição que o servidor ocupa que são afetados pelo desempenho supostamente insuficiente.

Se durante esse período de 30 dias, que pode, por interesse da administração, ser estendido por mais 30 dias, ocorrer uma melhora no desempenho do servidor que o posicione em um nível aceitável, a ação não será iniciada. Neste caso, e também para os casos em que o processo é iniciado mas nenhuma punição é aplicada, decorrido um ano sem que o desempenho do servidor tenha sido

---

está definido na seção 4302, Título 5, do *U.S. Code*.



considerado abaixo do esperado, as informações sobre desempenho inaceitável devem ser removidas dos registros funcionais do servidor.

É importante ressaltar que é obrigação da agência dar condições ao servidor para que ele consiga atingir o desempenho mínimo, inclusive no período entre o aviso de desempenho insuficiente e o eventual início da ação. Da mesma forma, a função desempenhada pelo funcionário deve ser considerada, com o objetivo de assegurar que as metas determinadas são atingíveis para servidores que ocuparem aquela posição específica.

Por outro lado, tendo sido iniciada a ação, que tem duração prevista de 30 dias, serão assegurados ao servidor os seguintes direitos:

- Ser representado por um advogado, ou qualquer outro representante por ele escolhido;
- Dispor de tempo razoável para se defender oralmente ou por escrito;
- Receber por escrito a decisão da ação, que: em caso de redução de nível ou demissão, contenha a especificação de quais desempenhos inaceitáveis embasaram a decisão; seja emitida pelo chefe da agência ou por um servidor em posição mais elevada que aquele que propôs a ação.

Dependendo do cargo ocupado, o servidor que tenha tido seu nível reduzido ou tenha sido demitido, pode apelar do resultado da ação ao Conselho de Proteção do Sistema de Mérito (MSPB).

#### **6.2.4 Ações Disciplinares**

As Ações Disciplinares (*Disciplinary Actions*) são definidas no Capítulo 75 do Título 5 do *U.S. Code*.

Assim como acontece com as Ações Baseadas em Desempenho Inaceitável, a maioria das agências federais é autorizada a conduzir Ações Disciplinares. Tais ações são geralmente iniciadas para investigar falhas de conduta,

mas podem também avaliar se a condição de saúde do servidor impossibilita o desempenho de suas atividades.

Juntamente com as Ações Adversas, que analisaremos na próxima seção, as Ações Disciplinares são as que mais se aproximam do nosso Processo Administrativo Disciplinar. Seja por terem vários procedimentos semelhantes, seja porque possuem ritos que, se fossem realizados no Brasil, estariam de acordo com vários dos princípios que se aplicam aos nossos Processos Administrativos Disciplinares.

De acordo com os regulamentos estabelecidos pelo Gabinete de Administração de Pessoal, as punições de servidor devem ter por objetivo a melhora da eficiência do serviço. Isso inclui punição por reiterada conduta descortês ao público, contanto que confirmada por relatório de um supervisor imediato.

Aos servidores que estiverem respondendo a uma Ação Disciplinar serão assegurados os seguintes direitos:

- Ser notificado por escrito com antecedência mínima de 30 dias, com as razões específicas para a ação proposta;
- Ser representado por um advogado, ou qualquer outro representante por ele escolhido;
- Dispor de tempo razoável para se defender oralmente ou por escrito, apresentar documentos e produzir depoimentos que suportem sua defesa;
- Receber, no menor tempo possível, a decisão por escrito contendo as razões que levaram àquela conclusão.
- A manutenção, pela agência que conduziu o processo, de cópias: do aviso de ação proposta; da resposta do servidor, se feita por escrito, ou um resumo da mesma, se feita oralmente; do aviso de decisão e respectiva fundamentação; e qualquer ordem que afete a suspensão, juntamente com todo material de apoio. Devem ser também fornecidas cópias, caso solicitadas, ao Conselho de Proteção do Sistema de Mérito e ao servidor acusado.

### 6.2.5 Ações Adversas

As Ações Adversas (*Adverse Actions*), a exemplo das Ações Disciplinares, são definidas no Capítulo 75 do Título 5 do *U.S. Code*, e possuem procedimento ligeiramente diferentes desta última. De uma Ação Adversa podem decorrer punições mais rígidas, e o procedimento assegura maiores garantias ao servidor.

As punições em que pode culminar uma Ação Adversa são a demissão, suspensão por mais de 14 dias, redução de nível ou pagamento, ou licença de até 30 dias.

Aos servidores que estiverem respondendo a uma Ação Adversa serão assegurados todos os direitos daqueles que respondem a uma Ação Disciplinar com as seguintes diferenças:

- No caso da notificação prévia do servidor (30 dias de antecedência), esta pode ser omitida caso exista motivo razoável para acreditar que o funcionário tenha cometido um crime que pode ser sentenciado com prisão;
- O tempo concedido ao acusado para se defender não pode ser inferior a 7 dias;
- A agência pode autorizar a realização de uma audiência, de acordo com seu regulamento, que pode ser em alternativa ou em complementação a defesa do servidor;
- Direito de recurso junto ao Conselho de Proteção do Sistema de Mérito.

### 6.2.6 “*Douglas Factors*”

Como já foi abordado no presente trabalho, os Estados Unidos adotam o sistema da *Common Law*, sistema esse que possui na jurisprudência seu elemento central. Assim, não se pode imaginar um Direito Administrativo Disciplinar estadunidense sem considerar a influência decisiva da jurisprudência.

Muito embora existam normas positivas acerca dos procedimentos a serem

adotados nas ações disciplinares, o mesmo não se observa com relação à gradação das penalidades a ser aplicadas. Nesse aspecto, a jurisprudência construiu o padrão de avaliação dos desvios de conduta, apontando para a reprimenda mais adequada.

Em uma importante decisão, no caso “*Douglas vs. Veterans Administration*”<sup>108</sup>, o Conselho de Proteção do Sistema de Mérito estabeleceu doze critérios que os supervisores devem considerar na determinação de qual penalidade é apropriada para uma determinada falha de conduta.

A partir dessa decisão, esses critérios passaram a ser chamados de “*Douglas Factors*”, e foram então adotados por um grande número de agências federais na escolha das medidas disciplinares. Este nome representa, assim, os fatores - *factors* - que foram adotados no emblemático caso que tinha Curtis Douglas como parte.

É com a aplicação dos *Douglas Factors* que se busca atingir no Direito Administrativo estadunidense aquilo que chamamos no Brasil de Princípio da Proporcionalidade. Não podemos, todavia, incorrer no erro de julgar que, dada a ausência de lei que estabeleça os critérios de proporcionalidade, usamos a jurisprudência como fonte alternativa. Por se tratar de um país que adota o sistema da *Common Law*, é a jurisprudência a fonte principal de direito, e este caso específico não é exceção.

Dessa forma, a gravidade da medida disciplinar a ser adotada, deve ser avaliada levando-se em consideração os *Douglas Factors*, que se constituem nos seguintes doze critérios:

(1) A natureza e gravidade da infração, e sua relação com os deveres do empregado, posição, e responsabilidades, inclusive se a infração foi intencional ou técnica ou inadvertida, ou foi cometida de forma maliciosa ou para vantagem pessoal, ou se foi repetida frequentemente;

(2) A posição e a função do empregado, incluindo função de supervisão ou

---

<sup>108</sup> Curtis Douglas vs. Veterans Administration, 5 Merit Systems Protection Board Reporter (MSPR) 280 (1981).

financeira, contatos com o público, e importância da posição;

(3) Os antecedentes disciplinares do funcionário;

(4) Os registros de trabalho do funcionário, incluindo o tempo de serviço, desempenho no trabalho, capacidade de conviver com colegas de trabalho e confiabilidade;

(5) O efeito da infração sobre a capacidade do funcionário para trabalhar em um nível satisfatório e seu efeito sobre a confiança dos supervisores na sua capacidade para executar as funções designadas;

(6) Compatibilidade da pena imposta com aquela imposta a outros funcionários que cometeram delitos semelhantes;

(7) Compatibilidade da pena com o padrão de sanções aplicáveis pela agência;

(8) A notoriedade da infração ou o seu impacto sobre a reputação da agência;

(9) A clareza com que o empregado foi notificado a respeito das regras que foram violadas ao cometer a infração, ou a clareza com que foi avisado sobre a conduta em questão;

(10) O potencial para a reabilitação do empregado;

(11) As circunstâncias atenuantes relacionadas à infração, como tensões incomuns no trabalho, problemas de personalidade, deficiência mental, assédio ou má-fé, dolo ou provocação por parte dos outros envolvidos na questão;

(12) A adequação e eficácia das penas alternativas para impedir que tal conduta se repita no futuro pelo próprio empregado ou outros empregados.

## 7. CONCLUSÃO

Buscamos tratar neste trabalho da comparação do poder administrativo disciplinar no Brasil em contraste com seu similar no Direito dos Estados Unidos.

Com o valioso auxílio das ferramentas do Direito Comparado, ao qual dedicamos alguns esclarecimentos, prosseguimos na análise dos fundamentos do Direito Administrativo, em suas vertentes brasileira e estadunidense.

Antes de adentrar ao Direito Administrativo, nos deparamos com a necessidade de caracterizar o Direito dos dois países, uma vez que Brasil e Estados Unidos adotaram sistemas de direito substancialmente diferentes, o sistema Romano-Germânico e a *Common Law*, respectivamente. Ao realizar a análise dessas duas famílias de direito, constatamos grandes diferenças em suas origens e fundamentos, e aprendemos que, com o passar do tempo, suas características estão se aproximando.

Tratamos, ainda que de forma muito sucinta, da dicotomia do Direito Administrativo que envolve a Jurisdição Una, normalmente adotada por países que se filiam ao sistema da *Common Law*, versus o Contencioso Administrativo, geralmente escolhido pelos países de influência Romano-Germânica. Descobrimos que o Brasil, na contramão dos demais países que utilizam o sistema Romano-Germânico, adotou a Jurisdição Una, sistema também adotado pelos Estados Unidos.

Finalmente, ao caracterizar o Poder Administrativo Disciplinar dos dois países, encontramos uma estrutura administrativa bastante distinta. Diferentemente daquilo que acontece no Brasil, encontramos nos Estados Unidos órgãos especializados na condução de processos disciplinares, Tribunais Administrativos e até Juízes Administrativos. Destaca-se também a maior quantidade de tipos de processos disciplinares disponíveis à administração. Enquanto no Brasil temos dois meios de exercício do Poder Administrativo Disciplinar, a sindicância e o processo administrativo disciplinar, nos Estados Unidos esse número sobe para quatro.

Contudo, apesar das diferenças de sistema jurídico, estrutura administrativa e tipos de processos administrativos, nos deparamos com um conjunto de semelhanças importantes entre o Poder Administrativo Disciplinar no Brasil e nos Estados Unidos. Em ambos os países se busca preservar o sistema de mérito na gestão dos servidores públicos, iniciando pelos meios de admissão, passando pela progressão nas carreiras, e moldando inclusive as apurações de condutas inadequadas.

Em ambos os países, pelo menos ideologicamente, se procura fazer do poder disciplinar uma ferramenta de aperfeiçoamento do serviço público, e não um instrumento de mera punição.

Por fim, apesar de estar fundado em elementos distintos, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, o exercício do Poder Administrativo Disciplinar segue regras de proteção a princípios universais, como a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade e a eficiência do serviço público.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção curso & concurso / coordenação Edilson Mougenot Bonfim).

\_\_\_\_\_, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARON, Mark. **Saving Public Service Carrers from Attack: Cases**. North Charleston: Booksurge, 2007.

BEERMAN, Jack M. **Inside Administrative Law: What matters and why**. New York: Aspen Publishers, 2010.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841. Dispõe sobre a criação do Conselho de Estado. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1841**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-234-23-novembro-1841-532611-publicacaooriginal-14883-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso



em: 09 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. re gula o proceso administrativo no âmbito da administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm) >. Acesso em: 09 out. 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

ESTADOS UNIDOS. United States Code. **Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives**, Washington, DC, 2011.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrade. São Paulo: Forense, 1963.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FRANKENBERG, Günther. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. ver. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2001.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Programa de Direito Administrativo I**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GRUNDMANN, Susan Tsui. **Prohibited Personnel Practices: Employee Perceptions**. Washington: U.S. Merit Systems Protection Board, 2011.

JAFFE, Louis L. **Talks on American Law**. Washington: Voice of America, 1973.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **O direito administrativo e o poder judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 3. ed. rev., atual., ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MCPHIE, Neil A. G. **Addressing Poor Performers and The Law**. Washington: U.S. Merit Systems Protection Board, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007

RIVIERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. Tradução de J. Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos**

**EUA.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas legais comparados.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Referências.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

\_\_\_\_\_. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Citações e notas de rodapé.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

\_\_\_\_\_. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Redação e editoração.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

\_\_\_\_\_. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos científicos.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

**Your Rights as an Employee.** Disponível em: <<http://www.blm.gov/pgdata/etc/medialib/blm/nifc/eo.Par.15446.File.dat/Rights-Responsibilities.pdf>>. Acesso em: 09/10/2011.