

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JUNIOR

SANÇÃO A SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL
PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE ADVERTÊNCIA EM COMPARAÇÃO À
SANÇÃO PECUNIÁRIA: UMA ATUALIZAÇÃO DO TIPO DE PUNIÇÃO
ADMINISTRATIVA?

BRASÍLIA

2021

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JUNIOR

SANÇÃO A SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL
PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE ADVERTÊNCIA EM COMPARAÇÃO À
SANÇÃO PECUNIÁRIA: UMA ATUALIZAÇÃO DO TIPO DE PUNIÇÃO
ADMINISTRATIVA?

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Vinicius Alves Ribeiro, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA
2021

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

SANÇÃO A SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Administrativo do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo.

30/08/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro
IDP

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro
IDP

Prof. Dr. Mario Vinicius Claussen Spinelli
FGV/SP

Aos meus filhos Artur Brito e Álvaro Brito, e à minha esposa,
Leticia Brito, fontes inesgotáveis de amor.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SANCIONATÓRIA E O REGIME DISCIPLINAR	12
1.1. Legitimidade do poder punitivo pelo Estado	12
1.2. A repressão no Direito Administrativo: de ontem, hoje e amanhã	14
1.3. Administração Pública Sancionatória Disciplinar	19
1.3.1. Abordagem Histórica	19
1.3.2. Arcabouço Jurídico	22
1.3.3. Perspectiva Econômica	27
1.4. Regime Disciplinar na Administração Pública Federal	29
1.4.1. Características da sanção disciplinar	29
1.4.2. Efeitos da sanção disciplinar na conduta funcional	31
1.4.3. Renovação sancionatória	32
2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO DISCIPLINAR	34
2.1. Metodologia na Análise Econômica do Direito	35
2.1.1. A maximização de resultados através da análise <i>custo-benefício</i>	35
2.1.2. Princípio da eficiência	37
2.2. Definições Sancionatórias no modelo de Análise Econômica do Direito	38
2.2.1. Evolução	38
2.2.2. Críticas	40
2.2.3. Benefícios	41
3. DIAGNÓSTICO E PROPOSTAS: PENAS DE ADVERTÊNCIA E PECUNIÁRIA	44
3.1. Dados quantitativos das penalidades	44
3.2. Comparação jurídica dos tipos de penas: advertência e pecuniária	48
3.3. Análise de custos e benefícios das penalidades	50
3.4. Sanções Administrativas e a eficiência na Teoria da Análise Econômica do Direito ..	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

RESUMO:

Na presente dissertação foram abordadas as variáveis teóricas sobre a corrupção, pelo ângulo da sanção a servidores, com identificação das interpretações sobre causas e efeitos, se restringindo à punição de advertência e a pena pecuniária. Buscou-se responder à questão: O custo de aplicar a advertência (**e não se ter repercussão** em progressões e/ou promoções na vida funcional) faz jus ao ônus arcado pelo Estado (e pela sociedade) na reprimenda às práticas de irregularidades leves? As penas de advertência se amoldam como uma iniciativa êxitosa como sanção administrativa?

A pesquisa foi bibliográfica, para a fundamentação teórica sobre o problema, e exploratória, uma vez que se busca explicar e interpretar a questão das sanções administrativas de advertência e pecuniária.

A metodologia usada foi exploratória, e utilizou estatísticas descritivas, de dados primários disponíveis no Portal de Corregedorias (Painel Correição em Dados) da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, com o período temporal de 2014 a 2017.

Abordamos, com parâmetro no método da Análise Econômica do Direito (AED), com estruturação em custo-benefício e eficiência, sob o enfoque da AED positiva (descritiva), que se preocupa em analisar a estrutura jurídica vigente, tendo a racionalidade e as consequências prováveis das escolhas, sendo o binômio da descrição/explicação o seu ponto nevrálgico. O objetivo específico foi avaliar se o tipo de pena vigente atualmente, de advertência, e seu custo de implementação e vigilância, é o instrumento adequado frente aos dilemas e avanços jurídicos encontrados sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, e a conclusão é que se infere que há necessidade de mudança da penalidade de advertência para pecuniária.

Palavras-chave: sanção; advertência; servidor; AED.

ABSTRACT:

In this dissertation, the theoretical variables on corruption were addressed, from the angle of the sanctioning of public servants, with identification of the interpretations on causes and effects, restricting itself to the punishment of warning and pecuniary penalty. An attempt was made to answer the question: Does the cost of issuing a warning (and the lack of repercussions in progression and/or promotion in functional life) justify the expected benefit to the society in dissuading the practice of minor irregularities? Are warning sentences an effective cost-benefit initiative?

The research was bibliographic, for the theoretical foundation on the problem, and exploratory, since it seeks to explain and interpret the issue of administrative sanctions of warning and fines.

The methodology used was exploratory and used descriptive statistics, of primary data available in the Portal de Corregedorias (Painel Correição em Dados) of Controladoria-Geral da União (CGU), central body of the Corrections System of the Federal Executive Branch, with the temporal period from 2014 to 2017.

We approach, with parameters in the method of Economic Analysis of Law (EAL), structured in cost-benefit and efficiency, under the focus of the positive (descriptive) EAL and normative (prescriptive) EAL. The positive approach is concerned with analyzing the legal structure in force, with rationality and the probable consequences of choices, with the binominal of description/explanation as its neuralgic point. The specific objective was to assess whether the type of penalty currently in force, a warning, and its cost of implementation and surveillance, is the appropriate instrument in the face of legal dilemmas and advances found from the perspective of the Economic Analysis of Law, and the conclusion if that there is a need to change the penalty from a warning to a fine.

Palavras-chave: sanctioning; warning; servants; EAL

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende lançar uma perspectiva pragmática, com viés quantificável e doutrinário, quanto à sanção administrativa a servidores públicos federais, com olhar às consequências práticas, tanto nos aspectos positivos quanto nos retrocessos negativos. Foi pautada a *sanção administrativa* como um corolário natural à uma infração administrativa, em razão de conduta funcional de agente público divergente de norma cogente (aquela que é obrigatória).

No combate às más condutas, uma das medidas que se tem adotado é a punição aos servidores públicos, sendo uma das causas de vícios na execução dos serviços públicos, uma gradação tênue do designativo técnico da chamada corrupção administrativa¹. E é nessa quadra que se buscou avaliar se a penalidade de advertência à servidor público, em comparação à pena pecuniária, é o meio mais adequado de se aplicar uma sanção a servidor público federal por desvios de conduta de gravidade leve.

No primeiro plano, abordou-se as variáveis teóricas sobre a corrupção, pelo ângulo da repressão, com identificação das interpretações sobre causas e efeitos.

Na sequência do estudo, com estruturação em custo-benefício e eficiência, ancorou-se como parâmetro métodos da Análise Econômica do Direito (AED), sob o enfoque da AED positiva (descritiva). A AED positiva preocupa-se em analisar os dados e normas jurídicas vigentes, tendo a racionalidade e as consequências prováveis das escolhas, sendo o binômio da descrição/explicação o seu objeto de estudo².

Importante se destacar que pela perspectiva da AED é assegurar que “os instrumentos da economia aplicados ao direito não têm a pretensão de predizer o que é melhor, no sentido moral do que ‘deve ser’, mas sim do que é eficiente”³.

Referências na matéria, Richard Posner⁴ e Gary Stanley Becker⁵, no estudo do crime e das penas, na linha do utilitarismo de Bentham, tenta explicar e prever o comportamento das

¹ BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P.

² RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 60-62.

³ DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: RIBEIRO; KLEIN (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45

⁴ POSNER, Richard A. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. In: POSNER, Eric (Ed.). *Chicago Lectures in Law and Economics*. Foundation Press, 2000. p. 2.

⁵ BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy: Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research, p. 169-217, 2001, p. 169-172. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1830482?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101968867553>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

peças envolvidas com a lei, e também procura melhoras na legislação. Para Becker, decisões “ótimas” (ou favoráveis) são aquelas decisões que minimizam a perda, ou seja, maximizam o bem-estar do agente.

Em todas as vertentes, um ponto em comum quanto ao comportamento humano e o que motiva a ação é um só: os homens atuam para sair de uma situação menos satisfatória para uma mais satisfatória⁶.

A questão da transgressão a normas de cunho jurídico-administrativa ganha relevância dentro do próprio aparelho estatal na perspectiva que um dos focos de atuação do Estado se circunscreve ao poder de apenar os agentes públicos que têm condutas desarmônicas com as normas pactuadas com a Administração Pública, na busca de se combater a corrupção⁷.

O ponto nevrálgico desenvolvido na dissertação foi se as modalidades de penas vigentes atualmente, e seu custo de implementação e vigilância, são os instrumentos adequados frente aos dilemas e avanços jurídicos encontrados sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Nos cenários para se analisar as sanções atualmente em vigência no direito administrativo disciplinar, usamos como dados primários os quantitativos de penalidades de advertências aplicadas, no período de 2014 a 2017, bem como se o custo da penalidade imposta ao agente infrator é o meio mais adequado para reprimir condutas ilícitas de gravidade leve.

No tocante ao método, utilizou-se o hipotético-dedutivo, mediante pesquisa de dados, com a observação de ações, relações e situações jurídico-sociais. A pesquisa foi bibliográfica, para a fundamentação teórica sobre o problema, e exploratória, uma vez que se busca explicar e interpretar a questão das sanções administrativas.

A metodologia utilizada é exploratória⁸, e utilizou estatísticas descritivas⁹, de dados primários disponíveis no Portal de Corregedorias (Painel Correição em Dados¹⁰) da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, que compila os dados de sanções a servidores públicos federais. O banco de dados analisado é público, e foram resguardadas a confidencialidade da identidade dos agentes públicos.

Dentro desse objetivo, delimitou-se a extração de dados para o período entre 2014 e 2017, tendo em vista a introdução, no arcabouço normativo para questões correcionais, no ano de 2017,

⁶ MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

⁸ COLLIS, J.; HUSSEY, R. *Pesquisa em administração*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

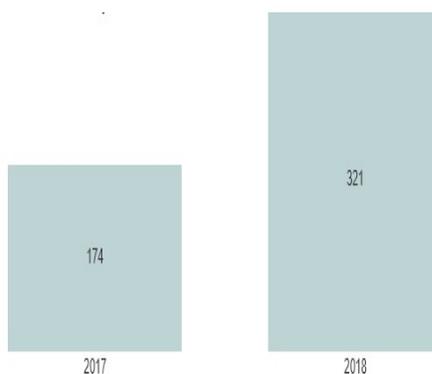
⁹ BABBIE, Earl. *Métodos de pesquisa de survey*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

¹⁰ <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>, acesso em 23.08.2021.

a possibilidade de pactuação de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ¹¹ entre a Administração Pública e o servidor público federal, no âmbito do poder executivo Federal. Os resultados da implementação do instrumento, pós-2017, é uma variável que poderia distorcer os dados, pois o TAC substitui a possibilidade da sanção de advertência, fato identificado com um aumento nas exculpações de advertência, conforme tabela abaixo extraída do Portal Correição em Dados:

EXCULPAÇÃO DE ADVERTÊNCIAS

(2017 – 2018)



Ressalte-se, para uma estrutura melhor nas explicações, uma premissa imposta por um limitador dos dados, o qual foi necessária uma definição para superar o obstáculo da ausência de quanto tempo cada tipo de conclusão de processo (advertência, suspensão e demissão) tem de duração, sendo a única informação disponível a média de tempo que todos os processos tiveram a cada ano.

A definição que se optou ao presente estudo, para desenvolver a análise dos dados, foi usar a linearidade das punições de advertência, suspensão e demissão, quanto ao tempo desses processos, se fixando que a duração média, por ano, independe da conclusão a que o processo chegou.

Destaque-se que a percepção é que os processos de maior gravidade, que demandam uma robustez de provas mais complexas, com perícias, acareações, cruzamento de dados, troca de informações entre órgãos (Ministério Público, Tribunal de Contas, Receita Federal e outros órgãos da própria administração) tem uma duração maior do processo, e que conotam gravidade maior da sanção (aplicação de suspensões e/ou demissão). Entretanto, diante da carência de informação estratificada dos processos, pela conclusão que a cada um chegou vinculada à sanção

¹¹ INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, de 30/05/2017, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU)

aplicada, se optou por partir da premissa que os processos tem duração igual, independente da sanção aplicada, pois, reforça-se, não há informação quantificável sobre esse dado (tempo do processo por sanção) disponível no “Painel Correição em Dados”, da Controladoria-Geral da União, fonte primária dos dados.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SANCIONATÓRIA E O REGIME DISCIPLINAR

1.1 Legitimidade do poder punitivo pelo Estado

Na sociedade contemporânea, há, por parte do Estado, o que se pode chamar de uma tendência à apropriação dos mecanismos sociais de controle. De certa maneira, é através desta apropriação que o Estado passa a exercer sobre o indivíduo um controle de suas ações, empenhando-se na sua correção¹².

Na Inglaterra do século XVIII havia diversos grupos sociais originados da pequena burguesia. Tais grupos, com forte apelo religioso, tinham por objetivo garantir a ordem em seu interior, através da supressão dos vícios, bem como dos hábitos contrários à moral. A manutenção da ordem moral empregada no interior destes pequenos grupos nada mais era do que a tentativa de escapar à sanha punitiva do Estado¹³.

Observa-se, assim, a passagem do controle exercido através de grupos e comunidades, marcadamente religiosas, deslocando-se através das classes sociais, hierárquica e verticalmente estabelecidas, de modo a chegar ao ápice do Poder Político.

Na França ocorreu um processo diferente, haja vista o aparelhamento estatal mais robusto imposto pela monarquia absoluta francesa. O país já possuía, pelo século XVIII, um instrumento para-judiciário - a polícia -, bem como grandes prisões, cujo exemplo clássico é a Bastilha.

A norma não visa apenas a proteger a pessoa como ser unitário, fora de um sistema complexo de relações sociais, mas inserido e participe de uma coletividade ordenada para a consecução de um fim comum: a vivência pacífica.

O Estado, conforme nos leciona Bobbio, utiliza de sua interpretação para buscar esta vivência pacífica, e assim é feito em sua leitura:

“a relação política por excelência é a relação entre governantes e governados, entre quem tem o poder de obrigar com suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões. Ora, essa relação pode ser considerada do ângulo dos governantes ou do ângulo dos governados. No curso do pensamento político, predominou durante séculos o primeiro ângulo. E o primeiro ângulo é o dos governantes”¹³

Ainda de acordo com o pensamento de Norberto Bobbio, exposto em “Era dos Direitos”, a “relação política entre governantes e governados, entre dominantes e dominados, entre o

¹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

¹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 93.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 57

príncipe e o povo, entre o soberano e os súditos, entre Estado e cidadãos - é uma relação de poder que pode assumir três direções”:

- i) *conforme seja considerada como relação de poder recíproco;*
- ii) *como poder do primeiro dos dois sujeitos sobre o segundo; e*
- iii) *como poder do segundo sobre o primeiro.*¹⁴

A explicação dessa relação decorre do movimento filosófico dos *contratualistas*, com Thomas Hobbes, Rousseau e John Lock, definindo as premissas teóricas para a lógica de que o indivíduo que, por meio de um “contrato”, concebe um ente como instituição: o Estado.

No século XX, a tradição do pensamento sobre o poder tem um viés dedutivo do fenômeno político, como um fenômeno institucional, com a concentração nas instituições jurídicas e administrativas. Esta abordagem remonta a Aristóteles e é retomada por Locke, Rousseau, Hobbes, Montesquieu e outros, com a sistematização do *contratualismo*, com uma preocupação em regras de como deveriam ser as instituições e a política¹⁵.

No movimento, surge o *constitucionalismo*, conforme definido por J.J. Gomes Canotilho:

*“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade... técnica específica de limitação do poder...”*¹⁶

Para a organização segura dos direitos e deveres a serem exercidos pelo Estado, inclusive seus agentes, e pelos indivíduos do corpo social, todos se submetem às normas, inclusive o próprio Estado, que aglutina a liberdade que cada um dos indivíduos abriu mão para a sua constituição.

Nessa linha, a exteriorização do *poder* por meio do direito, entendido como norma jurídica ou conjunto de normas jurídicas, tem a função instrumental de regulação do corpo social organizado, pela segurança da previsibilidade dos comportamentos, inserindo as formas de controle do poder de um determinado grupo social¹⁷.

Max Weber trabalhou conceitos de “Poder” e “Burocracia”, termos que procuraremos tangenciar e delimitar seu significado, por meio do entendimento weberiano para se possibilitar a estrutura de explicação ao poder sancionatório do Estado.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pág. 116

¹⁵ FARR, James; DRYZEK, John & LEONARD, Stephen. *La Ciencia Política en la Historia*. Espanhol, Ed. Istmo, 1999.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 51.

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pág. 154

Quanto ao termo “poder”, para Weber ele é característica pura das estruturas políticas da sociedade, com as formas de domínio e coerção legitimadas por interesses do Estado. Weber sintetizou o conceito da seguinte forma:

“poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”¹⁸

A “Burocracia”, nessa análise, é no sentido de que seja um elemento importante do processo modernizador do Estado e da sociedade, baseada em que ela estabelece normas institucionais que eliminam, ou se mitigam os riscos, de sequestro do estado por pessoas ou corporações com interesses privados, um patrimonialismo. O objetivo é se ter um Estado profissional, com estruturas funcionais especializadas e com processos definidos, assim caracterizado por “precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal”¹⁹, em seu tipo ideal.

1.2 A repressão no Direito Administrativo: de ontem, hoje e amanhã

A dependência do Estado à Constituição, no estado Estado Democrático de Direito, constitui um ganho para a sociedade, permitindo que o agente público tenha direitos em face da Administração Pública, dentre eles, o direito a um regime sancionador justo.

Em primeiro lugar, aparentemente há enraizada na cultura brasileira a aceitação de que as relações público-privado se baseiem em articulações patrimonialista onde o Estado é utilizado como fonte geradora de negócios e/ou privilégios para alguns seguimentos da sociedade. Esse fenômeno se deve a um processo histórico no qual, por um lado o Estado se transformou num ator privilegiado frente aos interesses nacionais e, de forma pragmática, se forjou como um gerador de vantagens para setores econômicos ou, mesmo, grupos de indivíduos.

Nesse contexto, a corrupção, independentemente de sua magnitude ou impacto, é um elemento catalizador que, ao mesmo tempo, conecta e viabiliza a articulação entre os interesses da iniciativa privada, como permite que os agentes públicos estabeleçam suas decisões de dar ou não suporte a tais interesses. É claro que o comportamento corruptivo não é linear, não possui o mesmo ritmo e nem o mesmo efeito prático a cada momento da história, já que de tempos em tempo as exigências, os atributos e as possibilidades do ambiente se transformam. Mas, de toda

¹⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UNB, 1998, pág. 33

¹⁹ WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 1982, pág.249

maneira, a corrupção age como um ímã que viabiliza a auto-organização do sistema, adaptando as características e habilidades dos atores envolvidos para melhor lidarem com a complexidade do ambiente. Assim, se aceita que é a forma de como se acordam os termos da corrupção que dá sentido desvirtuado ao objetivo implícito na relação público-privado.

Hodiernamente a corrupção é entendida como o resultado da soma das fragilidades existentes entre a intervenção estatal na economia com a alocação política de recursos²⁰, da discricionariedade de agentes públicos e a baixa institucionalização política que gera incentivos aos grupos sociais para explorarem o poder público com o objetivo de auferir benefícios privados²⁶.

Com o desenvolvimento das instituições atinentes à vida própria do Estado, diante da perspectiva teórica anterior, mais clara ficou a distinção entre infração moral e administrativa, inserindo neste último uma nova definição de infrator, respaldada na ideia de dano social à organização pública e à sociedade em última escala. O “criminoso” é tido como um inimigo da sociedade, à medida que lhe causava danos com a sua conduta, ao infringir os valores da sociedade²¹.

Ao agente público infrator, ou qualquer cidadão, para executar uma fraude, pondera, mesmo que inconscientemente, com a racionalização, necessidade e oportunidade²², em estudo clássico do americano Donald Cressey²³ denominado “Triângulo da Fraude”. A *racionalização* é vinculada à moral, entre comportamento certo ou errado e seus argumentos lógicos para justificar as ações. O segundo ponto, da *necessidade*, é relacionado aos aspectos que impulsionam o servidor/cidadão a tomar aquela ação, o estado em que a pessoa se encontra, de fatores externos negativos que influenciam a atitude. O terceiro vértice do “triângulo” é a *oportunidade*, ou seja, o potencial de retorno combinado com capacidade de executar a corrupção tendo os meios ao seu dispor.

Na busca por limitar as três variáveis argumentadas no parágrafo anterior, no embate entre o comportamento e as limitações impostas por normativos, há necessidade de regras de procedimentos, concretizando o culto ao valor liberdade, cujo poder estatal seria exercido com contornos delimitadores, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce²⁴.

²⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. London: Cambridge University Press, 1999. ²⁶ HUNTINGTON, Samuel P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

²¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, pag.81.

²² SANTOS, Renato Almeida dos. *Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional*. 6º Concurso de Monografias da CGU, Brasília, DF, 2011

²³ CRESSEY, Donald R. *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1953.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008, pag. 198

No magistério do professor Gustavo Binimbojm, o desgaste da lei nos últimos 70 anos, decorre das seguintes características:

“desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”²⁴

A constitucionalização do Direito Administrativo, com os princípios e regras, delineando a formação do Direito Administrativo contemporâneo - o *neoadministrativismo*, exige uma adequação dos institutos clássicos ao novo modelo jurídico. E reforça o entendimento clássico, ao mesmo tempo que inova, delineado pelo filósofo Michel Foucault:

“E a pena economicamente ideal: é mínima para o que a sofre e máxima para os que a imaginam”

A penalização cada vez maior das condutas consideradas inadequadas na organização pública leva à tendência de uma “criminalização” maior dos servidores públicos, tornando-se inoperante a política sancionatória governamental, estruturalmente montado para que se exerça o poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, tornando-o dirigido aos setores vulneráveis, em semelhança ao aspecto penal²⁵. Mas nesta esteira seletiva, corruptos e corruptores não são aceitos como partes do cotidiano, não são mais tolerados como um mal necessário. A corrupção é vista como prejudicial ao desenvolvimento, inimiga das políticas públicas e como agente alimentador da exclusão social²⁶, tornado imperioso aos órgãos públicos implementar eficientes políticas sancionadoras e de combate à corrupção.

Nesse ponto, nos socorremos de Robert Alexy, com seu magistral ensinamento:

“Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível, isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pag. 35

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001, pag. 27.

²⁶ SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. *Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, pag. 97.

qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”²⁷.

Na linha contemporânea da ponderação de princípios, com a matriz de inclusão e exclusão de regras, se baseia também a ação sancionadora do Estado frente a seus administrados (sejam internos ou dentro do corpo funcional estatal), impondo a ponderação como meio mais adequado para a melhor decisão para os casos reais.

Alinhado a essa nova “escola”, o professor e Ministro Luís Roberto Barroso destaca necessidade de se revisitar e revisar três paradigmas do Direito Administrativo, com o viés do *neoadministrativismo*:

“a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;

b) a superação da concepção da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição; e

c) a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo.”²⁸

E dentro dessa perspectiva sancionadora do *neoadministrativismo*, existe uma ponte com o sistema judiciário do século XVIII, “com seus objetivos primeiro: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, **mas punir melhor**”²⁹.

Assim, se pode esquematizar a *neoadministrativismo* com as seguintes características³⁰:

- i) aproximação entre direito e moral;
- ii) limitação do poder estatal pela ordem constitucional;
- iii) centralidade da Constituição;
- iv) força normativa da constituição (Constituição normativa e garantida);
- v) relevância da jurisdição constitucional com o fortalecimento do Poder Judiciário;
- vi) força normativa dos princípios;
- vii) ampliação do rol de direitos fundamentais; e

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 90-91.

²⁸ BARROSO. Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, no240, abr./jun., 2015, p. 31/33.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. Ed. Petrópolis, RJRio de Janeiro: Vozes, 2018, pág.81.

³⁰ ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A Administração Pública Consensual como Meio Substitutivo da Imposição de Sanção Administrativa Disciplinar: A efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese de Doutorado. UFBA, 2016, págs. 17/18

viii) formulação de uma nova teoria de interpretação constitucional.

Nesse *giro pragmático*, como se refere Gustavo Binbenbojm, é usualmente traduzido em um reclame por eficiência e conexão com a realidade (razoabilidade). Não se tolera mais a ação administrativa protelatória, caprichosa, mal concebida e excessivamente custosa. Não deve haver espaço para o desperdício e para modelos pouco operacionais. Cobra-se do gestor público que selecione os meios mais adequados e econômicos para atender ao interesse público, compreendido, aliás, não como um conceito abstrato e *ex ante*, mas de forma concreta. Isto é, como expressão de finalidades respaldadas no ordenamento jurídico, informadas pela prevalência e proteção dos direitos fundamentais e concretamente delimitadas a partir do contexto e dos fatos em curso na sociedade.

Na contemporaneidade, em especial no regime jurídico brasileiro, é de tal forma flexível que não é razoável supor que, no campo de sua aplicação, as sanções não estão inseridas nessa linha de interpretação jurídica alinhada ao *neoadministrativismo*, a partir de orientações jurídicas firmadas no âmbito da Administração Pública, aplicada de forma inercial.

Com os argumentos e reflexões apresentadas até o ponto do presente capítulo, pretendeu-se, precipuamente, a releitura de institutos jurídicos à luz dos postulados do Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Para tanto, foi refletida que as formulações teóricas, a fim de que a atividade punitiva do Estado frente aos agentes públicos seja eficiente, de acordo com os princípios e regras do Direito Administrativo contemporâneo.

O Direito Administrativo Sancionador, tradicionalmente atua na proteção dos interesses administrativos, a regulação de condutas de perigo abstrato, e o controle da “criminalidade de bagatela”, sendo este último entendido como as infrações realizadas pelos agentes públicos dentro do aparelho governamental. Esta “criminalidade de bagatela” é o tema que se caracteriza pela gestão das áreas sob a responsabilidade da Administração Pública, pelo exercício das atividades regulares e sistemáticas das esferas de atuação dos agentes governamentais. A sanção, nesse contexto, tem a finalidade de reforçar as exigências e ações obrigatórias da administração, executadas pelos agentes públicos.

Com os recortes feitos nesse capítulo, pode-se tecer as linhas de inferência:

1. O Direito Administrativo se caracteriza como um conjunto sistematizado de normas jurídicas (regras e princípios) que moldam a identidade ao Direito Administrativo Sancionador.
2. A doutrina do Direito Administrativo brasileiro, no que se refere ao regime jurídico administrativo, se funda em dois dogmas, construídos desde o Estado Absolutista: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

3. A constitucionalização do Direito Administrativo, patrocinada pelo *neoconstitucionalismo*, enseja a delimitação de um novo Direito Administrativo, mais contemporâneo e com uma releitura dos institutos, vinculado à atual realidade social, mais eficiente e pragmático, que se denomina de *neoadministrativismo*.

4. Flexibilização e internalização, com base em princípios, de novos valores pela sociedade, moldando o Direito Administrativo Contemporâneo em uma base mais efetiva, e não mais repetidora de atos e processos pela tradição, não mais se reconhecendo, de forma apriorística, a sanção pelo simples ato de sancionar.

5. A eficiência, como vetor da Administração Pública em um Estado Neoconstitucional, impõem a redução dos processos burocráticos considerados desnecessários; uma vinculação à austeridade; e a busca por efetividade que atendam às necessidades coletivas com base em um novo modelo sancionatório do Direito Administrativo.

Nessa linha de raciocínio, o rigor da punição deve ser refletido se é o melhor meio de combate sobre os atos de corrupção no Brasil, sob o prisma econômico e de eficiência, na linha do contemporâneo Direito Administrativo, o *neoadministrativismo*. Portanto, justificar ações em análises concretas, com métricas e análises, sem se render a discurso popularmente repetido e moralista.

Com efeito, motivado em se combater a corrupção, a responsabilização de agentes públicos, apenas pela inércia e tradição jurídicas, se molda equivocadas pelo momento do *neoadministrativismo*.

Finalmente, cabe ressaltar a importância dessas reflexões na quadra em que se encontra o Direito Administrativo Contemporâneo, no que diz respeito à sanção de ilícitos contra agentes públicos, pois se evita a intervenção despendida da ação estatal de outros ramos.

1.3 Administração Pública Sancionatória Disciplinar

1.3.1 Abordagem Histórica

Nas mudanças sensíveis ao Direito Administrativo, um quadrante de análise e reflexão é o que se refere ao aspecto sancionador, em uma arquitetura jurídica de punição eficiente, e não apenas inercial: se fazer da mesma forma.

Destaque-se uma reflexão do antropólogo Roberto da Matta, quanto à leitura que o brasileiro faz do ofício:

“... entre nós, perdura a tradição católica romana e não a tradição reformadora de Calvino, que transformou o trabalho

como castigo numa ação destinada à salvação. Nós, brasileiros, [...] achamos que o trabalho é um horror.”³¹

Entretanto, é necessária uma breve contextualização sobre a inserção da espécie “sanção administrativa” dentro do gênero “combate à corrupção”.

Não se pode compreender as causas que fomentam a corrupção sem que sejam examinados e considerados aspectos como a concentração de poderes político e econômico, o grau de desigualdades sociais e de oportunidades, a história da formação do Estado, a noção de interesse público que se encontra disseminada, a existência de controles sociais e normativos, a estrutura do ordenamento jurídico, o conhecimento dos direitos e garantias que são atribuídos a todos, dentre outros. Todos esses fatores são determinantes para a composição e causação do complexo fenômeno da corrupção³².

O sistema de governança da administração pública federal brasileira engloba o regime disciplinar dos servidores, o sistema de correição, o sistema de gestão da ética, o mapeamento de riscos de irregularidades, a transparência e o acesso à informação, a gestão do conflito de interesses, a fiscalização, bem como os mecanismos e procedimentos visando ao combate à improbidade administrativa, à corrupção, ao nepotismo, entre outros malfeitos por parte da administração e de seus agentes públicos³³.

A pauta “corrupção” ganha relevância no aspecto social e econômico, com consequências para a legitimidade de processos democráticos, quando a sociedade começa a ter a percepção que a corrupção tem efeitos deletérios na alocação de recursos públicos e sua consequente ineficiência³⁴.

A corrupção é vista como prejudicial ao desenvolvimento, inimiga das políticas públicas e como agente alimentador da exclusão social³⁵, tornando imperioso aos órgãos públicos implementar eficientes políticas sancionadoras e de combate à corrupção.

Em todas as vertentes, um ponto em comum quanto ao comportamento humano e o que motiva a ação é um só: os homens atuam para sair de uma situação menos satisfatória para uma mais satisfatória³⁶.

³¹ DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco: 1986, p. 36

³² PINTO, Célia Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011, pag. 7.

³³ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Texto para Discussão - 2544. *Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)*. Brasília – Rio de Janeiro, fevereiro de 2020, pag. 9.

³⁴ SPECK, Bruno W. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas* in: Cadernos Konrad Adenauer, vol. 10, 2000, p. 24.

³⁵ SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. *Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, pag. 97.

³⁶ MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

Os estudos sobre corrupção, pela literatura contemporânea, se debruçam sobre três óticas: jurídica, sociológica e da economia política³⁷. A partir da visão legalista, da existência de normas a serem cumpridas pelos agentes públicos, já se tem um campo fértil para florescer o exercício da corrupção³⁸, mas a inexistência de regras e/ou princípios torna o aparato burocrático estatal ineficiente e sem hierarquia, quebrando institutos basilares da Administração.

A relação frutífera de corrupção pelo agente público se dá pela seguinte lógica: o Estado/governo recruta o agente para fornecer serviços à sociedade ou a si próprio (Estado/governo). O agente público (servidor/empregado) dispõe de discricionariedade sobre os serviços públicos podendo utilizar-se deles ilicitamente, de acordo com a teoria *do rent-seeking*. No desempenho de suas funções, o agente público traduz para seu benefício ou de terceiros, em razão de uma vantagem em recursos financeiros, materiais ou simbólicos (status)³⁹.

A corrupção representa um desvio dos deveres formais associados a um cargo público, em função de benefícios privados⁴⁰, e os fatores que levam a um comportamento menos “republicano” do agente infrator é motivo de reflexão sobre a temática da corrupção.

Citamos aqui, breve passagem do professor Gustavo Binjenbojm quanto ao binômio prescrição-sanção:

*“Em linhas gerais, há regulação por normas de comando e controle quando a estrutura normativa incidente sobre o comportamento regulado faz uso do binômio prescrição-sanção. A conformação da conduta privada é garantida pela previsão da sanção estatal em caso de infração. [...]”*⁴¹

No combate à corrupção, uma das medidas que se tem adotado é a punição aos agentes públicos, sendo uma das causas condutas ímprobas, designativo técnico da chamada corrupção administrativa⁴².

As sanções administrativas aplicadas a agentes públicos (servidores e empregados públicos), em razão de sua conduta funcional, no modelo sancionatório delineado no direito administrativo disciplinar brasileiro, é um dos instrumentos de combate à corrupção. O poder-dever de agir, e o tipo de punição, gera uma ação eficaz de combate à corrupção?

³⁷ VIEIRA, James Batista. *Os microfundamentos da corrupção: por que e como as medidas anti-oportunistas devem gerenciar os riscos de corrupção?* 3º Concurso de Monografias da CGU, Brasília, DF, 2008. pag. 216

³⁸ SILVA, Marcos F. G. *A Economia Política da corrupção no Brasil*, São Paulo: Senac, 2001.

³⁹ DELLA PORTA, D.; A. Vanucci. *Corrupt Exchanges, Actors, Resources and Mechanisms of Political Corruption*. New York: de Gruyter. 1999.

⁴⁰ NYE, Joseph S. *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*. American Political Science Review, n. 61, 1967, p. 417-427.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 153

⁴² BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 24.

O jurista chileno Cristián Román Cordero, definiu como “*elefantiasis*” dos poderes sancionatórios da administração pública, sendo o resultado da soma dos variados órgãos e entidades administrativas com competências sancionatórias, como do grau de lesividade das sanções por eles aplicadas.

No Brasil, com a instituição de um Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, se amoldou à tendência do Direito da segunda metade do século XX, princípios no Direito Administrativo que já se identificavam à intervenções sancionatórias em diferentes áreas, cujas constituições pretéritas já continham. O reforço, próprio do momento de distensão e democracia vividos, são os exercícios de contraditório e ampla defesa, para se mitigar as arbitrariedades e abusos de poder cometidos, tendo a Constituição e suas posteriores emendas e a legislação infraconstitucional estabeleceram uma série de princípios e deveres a serem observados pela Administração Pública e criaram uma vasta rede de fiscalização de seus atos, submetendo as entidades e os agentes públicos a amplos e diversos controles sobre sua atuação⁴³.

E parte relevante desse fenômeno de “*administrativização*” da vida se faz sentir justamente no campo sancionatório, com uma gama de sanções, com a multiplicação de normas de conformação de atividades privadas ou de regulação de serviços públicos, sob diversas formas e processos para a delegação aos particulares, ou em parcerias. De acordo com Alice Voronoff,

“O poder público, por meio de lei e de atos normativos infralegais, passou a fixar balizas para o exercício social e economicamente relevantes. E, como consectário lógico, observa-se a maior presença da máquina sancionatória da administração pública, voltada a assegurar a conformidade da atuação desses agentes por meio da fiscalização e da punição”⁴⁴.

1.3.2 Arcabouço Jurídico

A questão da transgressão a normas de cunho jurídico-administrativa ganha relevância dentro do próprio aparelho estatal na perspectiva que um dos focos de atuação do Estado se

⁴³ MODESTO, Paulo. *Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, jun./jul./ago. de 2007

⁴⁴ VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito*, Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan./abr. 2019.

circunscreve ao poder de apenar os agentes públicos que têm condutas desarmônicas com as normas pactuadas com a Administração Pública, na busca de se combater a corrupção⁴⁵⁴⁶.

Na administração pública, os contornos mais amplos das normas de conduta dos agentes públicos são estabelecidos pela Constituição, em conjunto com o que poderíamos chamar de sistema de governança pública. Essa expressão denota o conjunto de normas e instituições que visam alinhar as ações públicas das diversas unidades do governo com os objetivos do Estado, especificamente no que concerne ao atingimento do bem comum.

A Constituição de 1937 dispôs sobre instrumento apuratório disciplinar, sem usar nomenclatura específica, definindo-a sob a chancela genérica de “processo administrativo”, *in verbis*:

“Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Público, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

...

*c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, **só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;**”*

As Constituições de 1946, de 1967 e de 1988 seguiram a mesma linha, com a última ampliando enormemente as atribuições administrativas do Estado, explicitando em seu art. 37, *caput*:

*“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**”*

O princípio da legalidade é referido expressamente nos seguintes dispositivos legais que têm relação com a questão da ética no serviço público:

- no art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990 do Regime Jurídico Único (RJU) do servidor público federal que estabelece o dever do servidor de “observar as normas legais e regulamentares”;
- no art. 11, *caput*, e inciso I da Lei nº 8.429/1992, que estabelecem como ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole o dever de legalidade, bem como os atos

⁴⁵ ROMAN CORDERO, Cristián. *El derecho administrativo sancionador en Chile*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, a. 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

praticados visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

- na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal e estabelece normas básicas que visam à proteção dos direitos dos administrados; o art. 2º dessa lei estabelece que a administração pública deve obedecer, entre outros, “aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”; e
- na Lei nº 8.666/1993 (Lei das Licitações), editada com a finalidade de garantir o princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, e que estabelece, em seu art. 3º, que a licitação “será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa”.

O princípio da impessoalidade é expressamente referido nas seguintes normas:

- no art. 3º da Lei no 8.666/1993;
- no inciso III do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que determina à administração que observe, no manejo dos processos administrativos, a “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades”;
- no inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112/1990, que veda ao servidor público “manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”; e
- no inciso XV, alínea a, da seção III do código de ética aprovado pelo Decreto nº 1.171/1994, que veda ao servidor público “o uso do cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influência para obter qualquer favorecimento, para si ou para outrem”.

O princípio da publicidade pode ser encontrado nas seguintes leis e decretos:

- no art. 3º da Lei no 8.666/1993, em que está inserido entre os princípios gerais da licitação pública (Brasil, 1993a), como também em diversos outros dispositivos que tratam da publicidade de todos os atos e contratos regulados por essa lei;
- no art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal que determina a observância do critério da “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”;
- no Decreto nº 84.555/1980, que dispõe sobre a publicação de atos oficiais, o qual relaciona, em seu inciso XI, como de publicação obrigatória no Diário Oficial, além dos atos legislativos e normativos, “portarias, pareceres, contratos, editais,

avisos, extratos e quaisquer outros atos administrativos, que se refiram a servidores públicos civis e militares”; e

- no Decreto nº 2.134/1997, que dispõe sobre a categoria de documentos públicos sigilosos e o acesso a eles.

Sobre o princípio da eficiência, há as seguintes referências expressas:

- no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, o qual impõe à administração o dever de observar o princípio da eficiência na gestão dos processos administrativos; e
- no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994), cujo inciso XIV, alínea b, dispõe ser dever do servidor público “exercer suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, pondo fim ou procurando prioritariamente resolver situações procrastinatórias, principalmente diante de filas ou de qualquer outra espécie de atraso na prestação dos serviços pelo setor em que exerça suas atribuições, com o fim de evitar dano moral”.

Com o objetivo de se colocar um marco institucional, após a Constituição de 1988, se definirá o marco temporal de 6 de dezembro de 1993, quando foi criada a Comissão Especial de Investigação (CEI), por meio do Decreto nº 1.001, o embrião para o surgimento do sistema de gestão da ética pública, fato ocorrido durante o governo Itamar Franco, cujo antecessor, Fernando Collor, sofrera processo de *impeachment*. A CEI tinha como objetivo a avaliação e o combate à corrupção na administração federal, bem como a produção de recomendações de ações preventivas e corretivas. Uma dessas recomendações foi a proposta de edição do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, que se materializaria por meio do Decreto nº 1.171/1994.

Diversos outros normativos foram introduzidos em nosso ordenamento, o qual se resume, em ordem cronológica após 1988, nos que seguem abaixo, não de forma exaustiva:

- Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988: estabelece os princípios da administração pública brasileira – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios constituem a principal base normativa de um sistema de governança pública que se estruturou gradualmente nos anos seguintes à promulgação da Carta Magna.
- Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: RJU dos servidores públicos federais.
- Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, com alterações introduzidas pelo Decreto nº 2.134, de 24 de janeiro de 1997: documentos públicos sigilosos.
- Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: improbidade administrativa.
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: licitações e contratos da administração pública.

- Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994: Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.
- Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: regulamenta os processos administrativos.
- Decreto da Presidência da República, de 26 de maio de 1999: cria a Comissão de Ética Pública.
- Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005: Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.
- Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007: Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal.
- Resolução da CEP no 10, de 29 de setembro de 2008: regulamentação das comissões de ética locais.
- Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011: Lei de Acesso à Informação.
- Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013: Lei do Conflito de Interesses.
- Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013: Lei Anticorrupção.
- Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010: decreto antinepotismo.
- Instrução Normativa Conjunta Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/CGU nº 1, de 10 de maio de 2016: controles internos, gestão de riscos e governança no Poder Executivo federal.
- Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, com alterações introduzidas pelo Decreto no 9.901, de 8 de julho de 2019: “dispõe sobre a política de governança de administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.
- Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018: Lei da Segurança Jurídica.
- Portaria CGU nº 1.089, de 25 de abril de 2018: programas de integridade dos órgãos e das entidades da administração pública federal.

Para Lascoumes e Le Galès, o moderno conceito de governança resultou do fato de que “o emaranhado de níveis, de formas de regulação e de redes de atores forçou uma revisão das concepções estatistas de intervenções públicas em benefício de sistemas de análise muito mais abertos”⁴⁷. A complexidade dos Estados democráticos contemporâneos, com a crescente necessidade de políticas públicas mais integradas e abrangentes – além de concertadas com uma rede ampla de atores –, forçou a análise política a ampliar igualmente o conceito de governança.

⁴⁷ LASCOUMES, P.; LE GALÈS, P. *Sociologia da ação pública*. Tradução de George Sarmiento. Maceió: Editora UFAL, 2012, pag. 33.

A governança pública regula o campo de ação dos agentes públicos em suas relações mútuas, com vistas a garantir que a ação coletiva do Estado atinja seus objetivos. Assim, compõem o sistema de governança pública brasileira, entre outros mecanismos, os princípios constitucionais da administração pública, os deveres e as proibições dos servidores públicos estabelecidos em leis, bem como os diversos decretos e leis que visam coibir condutas inadequadas ao atingimento dos fins do Estado (opacidade de informações, conflito de interesses, corrupção, improbidade administrativa, nepotismo)⁴⁸.

1.3.3 Perspectiva Econômica

Dentro da perspectiva de sanção clássica, advinda do Direito Penal, tínhamos, segundo as teorias absolutas, a aplicação da pena com um caráter simplesmente retributivo. É a consequência lógica para a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade, guardando, assim, resquícios da antiga vingança privada vigente nos primórdios da civilização humana. A pena não tem um objetivo específico, senão o de castigar o delinquente. O mal causado à sociedade merece reprovação de mesmo nível, como forma de restaurar o equilíbrio entre a coletividade e o indivíduo infrator.

As teorias relativas, também chamadas utilitaristas, por outro lado, veem na pena unicamente um fim prático, ou seja, destinasse a prevenir o cometimento de novos crimes. O fim da pena, nesse caso, ou é a prevenção geral, quando produz a intimidação aos demais indivíduos, para que, mediante a ameaça da aplicação da pena, não transgridam as regras que lhe impõe o Estado, ou então é a prevenção especial, que consiste em evitar que o próprio homem que delinuiu volte a cometer novas condutas reprováveis do ponto de vista penal, tendo assim o objetivo de livrar a sociedade do convívio maléfico daquele que pode oferecer riscos à sua segurança⁴⁹.

O jurista Ney Moura Teles, em revisão à concepção retributiva da pena, apresenta-nos a teoria unificadora dialética de Claus Roxin, com uma posição moderna em política criminal, nos seguintes termos:

“Partindo da verificação da natureza fragmentária, subsidiária do direito penal, vale dizer, de sua missão de proteger apenas os bens jurídicos mais importantes, e, tão somente, das lesões mais graves o Estado só pode construir tipos de crimes que constituem

⁴⁸ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Texto para Discussão - 2544. *Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)*. Brasília – Rio de Janeiro, fevereiro de 2020, pag. 11.

⁴⁹ FREITAS, Izaías Dantas. *A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, pag. 121

comportamentos dessa natureza, e ao fazê-lo, estará, certamente, buscando a prevenção generalizada dessas lesões ou ameaças. Este, portanto, o primeiro fim da pena, o de prevenir as lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes. Não alcançado o primeiro objetivo da pena, o que ocorre quando o indivíduo comete o crime, a pena destina-se a prevenir a continuidade do sujeito na atividade agressiva dos bens jurídicos importantes, com a observação da sua responsabilidade individual, ou seja, da sua culpabilidade, que vai limitar a aplicação da resposta penal. Aqui se entremostra a prevenção especial. Finalmente, só é possível compreender e justificar a pena, se ela tiver como objetivo a recuperação do agente do crime, o seu aperfeiçoamento, a aprendizagem dos valores ético sociais cultivados pela sociedade, a fim de, alcançando-os, poder voltar ao convívio social em liberdade. Esta finalidade ética é indispensável para justificar a pena, pois que sem ela a dignidade humana restaria inexoravelmente violada.”⁵⁰

O simbolismo de que se reveste o direito penal moderno para lidar com os grandes problemas sociais que são colocados sob tutela, a exemplo da corrupção, exige que alternativas jurídicas sejam pensadas e desenvolvidas com o intuito de que a uma, tais assuntos sejam regulados por instrumentos legais e dogmáticos mais preparados para lidar com o controle, e a prevenção do risco e, a duas, redirecionar o direito penal preponderantemente para a proteção do núcleo de bens jurídicos individuais clássicos ou mesmo de alguns bens jurídicos universais, desde que, funcionalizados, pelos primeiros, ou seja, uma redução desse amplo e moderno direito penal a um “direito penal nuclear”⁵¹.

Hassemer defende que os problemas da sociedade que envolvam riscos, o seu controle e sua prevenção, introduzidos equivocadamente no direito penal modernizado, sejam reconduzidos e tratados por uma nova classe de direito – o “direito de intervenção” – que esteja situado entre o direito penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre o direito público e o direito civil⁵², onde as sanções a serem impostas aos infratores sejam menos intensas e mais efetivas, com as garantias e meios processuais mais flexíveis e funcionais, menos exigentes que os da seara penal.

“Não o direito penal, mas o direito administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário e a política financeira, a doutrina administrativa, a psicologia ou a doutrina da administração de empresas seriam as células de referência que deveriam ser questionadas para que o direito penal pudesse representar o papel que lhe foi destinado no

⁵⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal-Parte Geral II*, Editora de Direito, 1ª edição, 1996, p. 35/36.

⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, n. 18, fev/mar 2003, pag. 156.

⁵² DEMATTÉ, Flavio Rezende. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção*. 1. Ed. – Belo Horizonte: Forum, 2015, pag. 99.

Estado de Direito, para que isso restasse como razão última do problema e não se tornasse a primeira ou até mesmo a única razão”.⁵³

E nessa quadra que a perspectiva econômica se descortina, como uma das modalidades de sanção eficientes.

As finalidades dissuasórias pautam-se por uma visão utilitária da pena. Pune-se porque é útil e não simplesmente porque é pecado. Ameaça-se punir e pune-se considerando as particularidades do indivíduo porque isso evita novas violações futuras. Sob o aspecto ameaça, repousa a função dissuasória geral da pena:

“a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal.”⁵⁴

A tarefa de recompor patrimônio ao estágio anterior à violação não é uma finalidade precípua do direito sancionador, ocupado de punir como meio de restaurar a confiança e integridade social. A indenização, atividade que consiste na conversão do dano em pecúnia, e que é aplicável quando a reparação não puder ser feita de modo específico, é uma técnica típica do direito civil⁵⁵, e realizada de forma satisfatória, novel inspirador para a introdução da sanção pecuniária, com o alcance das finalidades que uma sanção requer, retributivo e preventivo. Para apenar um ilícito é despiciendo encontrar o valor substantivo do dano, o importante é dimensionar, a luz do princípio da legalidade, o tamanho da pena para de maneira que seus objetivos, retributivo e preventivo, sejam efetivamente alcançados.

Tomando por base uma função dissuasória da sanção, uma real observação de dissuasão deve considerar o conjunto de ganhos e o conjunto de custos incorridos pelo infrator, pecuniário ou não.

1.4 Regime Disciplinar na Administração Pública Federal

1.4.1 Características da Sanção Disciplinar

⁵³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pag. 96.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* v. 1. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, pag. 539.

⁵⁵ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. *Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis*. São Paulo: Singular, 2018.

Nas mudanças sensíveis ao Direito Administrativo, um quadrante de análise e reflexão é o que se refere ao aspecto sancionador, em uma arquitetura jurídica de punição eficiente, e não apenas inercial: se fazer da mesma forma.

No campo do Direito Administrativo Disciplinar, a prevenção, que é o primeiro dos objetivos da pena, da sanção, busca-se evitar a repetição de faltas disciplinares por outros servidores, funcionando, assim, como remédio efetivo e intimidativo geral. A Administração almeja diminuir as condutas que estão sujeitas à reprovabilidade, por ser essa uma questão de relevante interesse público, impondo, desse modo, a eficiência na prestação dos serviços estatais. Isso fará com que o servidor seja mais diligente na prestação do seu serviço, pois consciente estará que, violando algum dos deveres legais, ficará sujeito à punição Administrativa.

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

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

A lei deve estabelecer, portanto, com precisão, as faltas funcionais, as sanções correspondentes e todas as formas de exercício das garantias constitucionais para a regularidade formal do processo administrativo disciplinar. Nessa linha de raciocínio, não se admite que qualquer desses aspectos (preceito primário, preceito secundário e mecanismo de defesa) constituam conceitos jurídicos indeterminados, já que é possível que o legislador, no momento da elaboração legislativa, já preveja todas as condições para a adequação futura da norma.

A partir das balizas legais do Estado Democrático de Direito, concluiu-se que a natureza do processo administrativo disciplinar é, ao mesmo tempo, de procedimento protetivo de direitos fundamentais e de instrumento de limitação do poder estatal, em que o exercício desse poder é ponderado em um exercício dialético em busca da verdade real.

Uma característica da sanção disciplinar, que se desdobra em outras duas, refere-se à intranscendência da imputação, que se relaciona à sanção a ser aplicada e ao procedimento, determinando que os meios e os fins são incidentes na pessoa do acusado, denotando pessoalidade na apuração e na aplicação da sanção. Deste modo, o servidor acusado pessoalmente deve ser chamado ao processo para se defender, e a sanção, acaso devida, deve

recair sobre o próprio servidor condenado, aparecendo duas subcaracterísticas: a “intranscendência da ação” e a “intranscendência da sanção”.⁵⁶

A intranscendência da ação é a vinculação do sujeito do fato à sanção a ele imposta, ou seja, à consequência de sua vida, como vertente do princípio da responsabilização do servidor por atos ilícitos, declinando que o apuratório em contraditório não pode ser proposto em face de quem não ostente a qualidade de servidor diretamente acusado.

Quanto a intranscendência da sanção, ela se reporta que a sanção disciplinar, a exemplo da pena no direito penal, é pessoal e intransferível, não podendo passar da pessoa do condenado.

1.4.2 Efeitos da Sanção Disciplinar na Conduta Funcional

A sanção administrativa disciplinar, por sua vez, decorre do poder punitivo do Estado e, mais especificamente, do exercício da atividade disciplinar da Administração Pública, caracterizando-se como uma consequência jurídica em desfavor do servidor público que pratica uma falta funcional prevista no estatuto correspondente e que somente incidirá após a conclusão do processo administrativo disciplinar⁵⁷.

Como sanção jurídica que é, a sanção administrativa, incluindo a sanção administrativa disciplinar, consiste em uma consequência negativa (medida afluiva) imposta ao infrator de um dever jurídico⁵⁸.

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

As sanções administrativas disciplinares têm como finalidade, em alguma medida, a proteção, em âmbito externo, da ordem pública, especialmente nos casos de ilícitos de maior gravidade, que também configuram, por vezes, atos de improbidade administrativa ou infrações penais. Isso porque, conforme salienta Fábio Medina Osório:

“a ineficiência administrativa, deteriora a imagem do setor público no meio comunitário, produz desgaste institucional, gera o descrédito da instituição pública na sociedade.”⁵⁹

⁵⁶ DEZAN, Sandro Lucio. *Fundamentos de direito administrativo disciplinar*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, pag. 182

⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008, tomo II, pag. 163.

⁵⁸ LORA, Alejandro Huergo. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, pag. 236

⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pag.163.

A fase de sanção é o estágio final do processo, onde a autoridade com atribuições específicas, com fundamento na decisão, julgamento do processo, faz publicar o ato punitivo, de praxe uma portaria disciplinar, e em seguida, providencia a execução desse ato, que pode ser de atribuição da mesma autoridade que editou o ato punitivo, ou de outra autoridade, conforme dispuser a lei ou o regulamento e as regras de hierarquia ou subordinação.

São disciplinares as sanções prescritas nos estatutos do serviço público, concernentes às multas, advertências, repreensões, suspensões, demissões, cassações de aposentadorias e destituições de funções comissionadas ou de cargos em comissão.

1.4.3 Renovação Sancionatória

Em razão do caráter dinâmico da organização das sociedades e de seus ordenamentos jurídicos, é salutar, até para a sobrevivência do Direito como ciência, as estratégias de repressão estatal variem no tempo, de acordo com as mudanças nas prioridades e nos valores sociais. Como afirma Ulrich Beck:

“... à evidência de um perigo, o direito precisa ajustar as suas velas na direção em que sopra o vento.”⁶⁰

E na renovação a que o direito está inserido, o dimensionamento de penas tem se subsidiado de estudos econômicos para dimensionar sanções, corriqueiramente utilizada nos disciplinamentos antitruste que são utilizados pelos países desenvolvidos.

A doutrina tradicional que trata do tema é atribuída ao professor Gary Becker⁶¹ que inicia o artigo precursor da tese afirmando que a otimização do *enforcement* depende do montante de outros fatores como o custo de captura e condenação do agente, da natureza da punição, se pena pecuniária ou restritiva de liberdade, e da capacidade dos agentes mudarem em função do *enforcement*.

Becker afirma que, para os juízes que tem experiência em julgamentos, um aumento na probabilidade de condenação possui um maior efeito na diminuição dos ilícitos do que um aumento na pena, fala ainda que a quantidade de ilícito cometido está diretamente relacionada com a probabilidade de detecção, o montante da pena, e outras variáveis como os *payoffs* do setor legal e do setor ilegal, a frequência das prisões e a tendência do indivíduo de cometer ilícito, com a determinação que a punição deve ser superior aos ganhos obtidos pelo infrator, ajustada ainda para cima com base na probabilidade de detecção do ilícito.

⁶⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2011, pag. 62

⁶¹ BECKER, G. *Crime and punishment—economic approach*. *Journal of Political Economy* 76(2):169–217, 1968.

Essa nova variável, sobre sanção no aspecto disciplinar, abordaremos o aspecto teórico no próximo capítulo.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO DISCIPLINAR

A Análise Econômica do Direito (AED) tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica sua abordagem ⁶² pela simples aplicação de conhecimentos econômicos na efetividade da dissuasão de ações que acarretarão sanções.

No presente capítulo nos ateremos à questão da AED sob o prisma da “Teoria Econômica do Crime”, recorte necessário para se delimitar o foco da dissertação, em que se aponta que é atingida a situação ótima quando “o custo social marginal da redução adicional do crime é igual ao benefício social marginal”⁶³

Bentham inicia a discussão com o conceito de que só se é possível dissuadir-se práticas ilícitas se a punição esperada for superior ao benefício potencialmente obtido com a prática:

“O lucro do crime é o fator que leva o homem para a delinquência: o sofrimento da punição é a força empregada para refreá-lo. Se a primeira dessas forças for maior, o crime será cometido, se a segunda for maior, não”⁶⁴.

Becker evolui o respectivo conceito, relacionando o potencial benefício da prática ilícita ao ganho que o indivíduo poderia obter dispendendo o mesmo tempo numa prática lícita:

“A abordagem aqui adotada segue a análise de escolha usual dos economistas e assume que uma pessoa comete um ilícito se a utilidade esperada desta atividade excede a utilidade que ele poderia obter usando seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam “criminosos”, dessa forma, não porque a sua motivação básica é diferente da das outras pessoas, mas porque seus custos e benefícios são diferentes”⁶⁵

A equação de Becker nos diz que a decisão de cometer o ilícito é uma análise dos custos do ilícito em relação dos benefícios que ele pode gerar. Ao aumentar o custo do ilícito, ou seja, pena e probabilidade de detecção, teremos conseqüentemente um maior efeito dissuasório ou um aumento do prêmio do ilícito. Isso quer dizer que o infrator pode optar não por abandonar o

⁶² GICO Jr., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Economic Analysis of Law Review. V 1, nº 1, p. 7-32, 2010, pag. 14

⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pag. 490

⁶⁴ BENTHAM, Jeremy. *Principles of Penal Law*. In: The Works of Jeremy Bentham, vol. 1. Edinburgh: 1843.

⁶⁵ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal of Political Economy, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968, pag. 176

setor ilegal, mas aumentar seu prêmio o que seria um efeito indesejado. Isso demonstra que uma análise puramente objetiva pode levar a distorções⁶⁶.

2.1 Metodologia na Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito pode ser conceituada como uma escola de pensamento que busca, para compreender e explicar efeitos das normas jurídicas, uma base de apoio pautada em modelos e premissas desenvolvidos por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas⁶⁷.

É evidente que a Economia não compreende a realidade como um todo, havendo certos comportamentos e ações humanas que são mais afetos e explicados pela psicologia ou psiquiatria⁶⁸.

Desta forma, a metodologia é eminentemente comportamental, dissociando-se da visão mínima que a Análise Econômica é exclusivamente a análise de números, lucros, juros e perspectivas de mercado. Isto significa abarcar a possibilidade de análise de toda a ação humana que envolva a realização de uma escolha (ainda que não econômica): o ato de escolher envolve o sopesamento de possibilidades, um julgamento pelo qual influenciam inúmeras variáveis apreensíveis pela Análise Econômica⁶⁹.

Com fundamento na análise da doutrina econômica sancionatória, a sanção administrativa é o preço a ser pago pela infringência de uma norma administrativa. Se o servidor se inclina para a prática do delito, entende este estar diante de um custo envolvido e o preço a ser pago em caso de condenação. A punição é a contraprestação à conduta reprovável.

Diante desse quadro, dois conceitos fundamentais para a compreensão da utilização das ferramentas que são parte da Análise Econômica e funcionam como método de investigação do Direito: (i) a maximização de resultados e dos benefícios e (ii) a eficiência.

2.1.1 A maximização de resultados através da análise *custo-benefício*

A maximização supõe que as pessoas são racionais e, diante disto, a racionalidade busca a maximização para atingir suas metas. Uma concepção de racionalidade sustenta que o agente

⁶⁶ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. *Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis*. São Paulo: Singular, 2018.

⁶⁷ SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 144, out./dez., 2006, p. 221

⁶⁸ RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 45.

⁶⁹ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica do crime no Brasil*. In: Direito Penal e Economia. BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012, pag. 133-144.

racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. Deste modo, ofensores cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas⁷⁰.

A análise do custo-benefício exige que todos os custos e benefícios sejam colocados na tela, ou seja, fiquem acessíveis para análise. Esses custos e benefícios poderiam passar despercebidos à atenção. Nesse caso, ao avaliar o problema de forma mais geral, seria possível transpor obstáculos previsíveis e estabelecer prioridades de forma mais clara.

Neste sentido, há de se pensar em uma hipótese de como o agente se comporta perante determinada sanção administrativa de advertência, mensurando os custos e benefícios da prática de uma conduta irregular em um cenário de maximização.

Logo, em vistas da análise dos dispositivos de lei inerente as sanções administrativas, restritas à sanção de advertência a servidor público federal, disponíveis no ordenamento disciplinar do executivo federal, a maximização do resultado esperado presume a verificação de todos os custos e benefícios (ao menos a maior parte deles) gerados pela inserção de novos comandos legais. O custo de aplicar a advertência (e não se ter repercussão em progressões e/ou promoções na vida funcional) faz jus ao ônus arcado pelo Estado (e à sociedade) na execução de sanção por práticas de irregularidades leves? A pena de advertência se amolda como uma iniciativa adequada de sanção frente ao custo-benefício sob o viés da AED? Tais respostas serão apresentadas no capítulo seguinte.

A utilização dessa metodologia está baseada na análise dos fenômenos jurídicos e como estes levam o agente a optar por uma conduta que melhor atenda seus interesses, levando em consideração o custo-benefício de seus atos. Assim, afirma Mauricio Bittencourt:

“as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a estes incentivos”⁷¹.

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto o comportamento irracional é gerado pela emoção, impulso.

⁷⁰ GICO Jr., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Economic Analysis of Law Review. V 1, nº 1, p. 7-32, 2010, pag. 22

⁷¹ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. *Princípio da Eficiência*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pag. 29.

2.1.2 Princípio da eficiência

Diante da variedade de conceitos sobre *eficiência*, será utilizada a seguinte, já corolário de Robert Cooter e Thomas Ulen, definida por Zylberstajn e Sztajn:

“é tida como a aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos”⁷²

Avançando o conceito para sua aplicação no direito, a eficiência busca a otimização entre o custo-benefício, ou seja, a decisão do agente será eficiente quando assegurar o maior retorno possível em atenção aos custos envolvidos⁷³.

Uma sanção administrativa disciplinar que promova a dissuasão da prática delituosa com o menor emprego de recursos, torna-se uma sanção eficiente. Do ponto de vista normativo, o direito pode gerar resultados de relações socioeconômicas eficientes, além de outros produtos eficientes, sendo a eficiência como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é desejável ou não⁷⁴.

Nesse ponto, emerge a questão que a eficiência é alcançada quando todas as trocas possíveis se esgotem e se alcança o *equilíbrio*, ou seja, é eficiente. E do *equilíbrio*, emerge o conceito de eficiência de Pareto.

Em linhas gerais, em uma situação econômica há um agente que “ganha” e outro agente que “perde”, necessariamente. Encontra-se o ponto “ótimo” quando não for possível melhorar a condição do agente sem diminuir ou degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Assim, temos a eficiência no sentido Pareto-eficiente, onde haveria uma melhoria de Pareto quando, ao menos, um agente auferisse ganhos sem que outros apresentassem perdas⁷⁵.

O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente.

⁷² ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. pag. 83.

⁷³ RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 52.

⁷⁴ BOTELHO, Martinho Martins. *A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social*. In: Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan./Jun. 2016, pag. 29.

⁷⁵ BOTELHO, Martinho Martins. *A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social*. In: Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan./Jun. 2016, pag. 30.

O desafio nesta investigação é atribuir às sanções administrativas disciplinares um desenho eficiente, nos ditames de Pareto.

A vantagem do emprego desta ferramenta é que ela permite comparar distintas atribuições dos recursos sobre a base da utilidade individual, proporcionando ao analista verificar o nível de satisfação que o indivíduo obtém através de diferentes modelos de alocação econômica, sem haver a necessidade de formulação de cálculos para verificação da sua utilidade⁷⁶.

O conceito de otimização/eficiência de Pareto é útil porque permite comparações limitadas entre diferentes estados da sociedade, sem a necessidade de comparações interpessoais de utilidade. Se a sociedade não está em um estado ótimo de Pareto e algumas mudanças podem ser feitas para melhorar o nível de um membro sem prejudicar ninguém, há um forte argumento normativo para fazer essa mudança⁷⁷.

Se o legislador tem pleno conhecimento efetivo e completo das preferências e utilidades que levam o agente na incidência de condutas proibidas, a confecção de normas e suas sanções administrativas podem apresentar medida de eficiência, quando se entende seus custos e benefícios, bem como quando se racionaliza a real eficácia de sua aplicação na dissuasão da prática irregular passível de sanção de advertência.

A possibilidade da utilização da eficiência de Pareto no direito disciplinar, e em especial nas sanções administrativas de menor potencial ofensivo, se mostra importante para a busca do entendimento do equilíbrio dos custos da prática irregular: o prejuízo administrativo, tanto funcional quanto social, causado pelo conduta irregular do servidor e os recursos utilizados pela Administração para a sanção.

2.2 Definições Sancionatórias no modelo de Análise Econômica do Direito

2.2.1 Evolução

A Análise Econômica do Direito é um estudo que se origina na década de 1960, de forma sistemática, e que utiliza de instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio

⁷⁶ NEUBERGER, Daniele; MARIN, Solange Regina. *Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de “eficiência” e “equidade”*. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/seminarioesa/article/view/1510/1433>> , Acesso em 22.08.2021

⁷⁷ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. *An Economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy*. Duke Law Journal. V. 01, Feb., 1990, pag. 6

ordenamento jurídico. É a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito “real” e a “realidade” no direito.

Ronald Coase inaugurou, em 1961, a aplicação da análise econômica ao direito com sua obra *The Problem of Social Cost*, abordando a tomada de decisões jurídicas sob a perspectiva do custo-benefício⁷⁸, que dentre outros aspectos indica que quando tais custos são baixos há possibilidades de soluções privadas para compensar externalidades criadas, entretanto, quando os custos de transação são altos as ações privadas não são suficientes para promover compensações que atendam aos agentes envolvidos e devem ser substituídas por regras de responsabilização impostas pelo Estado. Assim, pode-se aceitar que a corrupção (a qual se define como um crime) prejudica a sociedade e, se não tipificada e castigada com rigor, leva a um clima de insegurança e de expectativa de que a corrupção se institucionalize fazendo com que os agentes econômicos de diversas matizes incorporem soluções ou busquem arranjos para fazer frente ao custo esperado da corrupção.

Em 1961, no artigo *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts* de Guido Calabresi⁷⁹, são apresentados argumentos no qual as normas legais se valem de outros campos do conhecimento (economia, política, psicologia etc.) para ampliar não só a compreensão, como também o alcance do direito, o qual passa a entender que deve-se estabelecer não apenas regras, mas, principalmente, incentivos para os agentes que estão subordinados à lei com o fim de neutralizar (ou ao menos mitigar) os atos criminosos. Por tal linha de visão do direito, atribuir responsabilidade a um ato criminoso não é tarefa fácil, pois corre-se o risco de se adotada uma ação meramente reparadora do dano provocado pelo crime, pode não se estabelecer um incentivo suficiente para o cumprimento da Lei.

Gary Becker, em 1968, publica um artigo intitulado “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”⁸⁰, em que o autor alerta que o criminoso é um agente econômico que organiza sua produção, reúne os fatores disponíveis e, acima de tudo, assume os riscos inerentes à atividade desenvolvida. Nesta linha de raciocínio de Becker, o criminoso escolhe pelo ilícito, mesmo diante dos riscos, sempre que lhe for mais vantajoso cometer o crime frente à baixa expectativa de aplicação de sanções. Desta maneira, a questão das sanções é um elemento de grande importância para o comportamento racional de quem pretende delinquir.

O Direito, para Richard Posner, é uma instituição social de enorme antiguidade e importância. Já a Economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém

⁷⁸ COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, v. 3, 1961

⁷⁹ CALABRESI, G. *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*. The Yale Law Journal v.70 n. 4. 1961.

⁸⁰ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal of Political Economy, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968

muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles⁸¹, e a *common law* pode ser mais bem entendida como um sistema de regras projetado para produzir resultados economicamente eficientes⁸².

2.2.2 Críticas

Um aumento na probabilidade de detecção passa pelo aumento dos recursos públicos para capturar o ofensor que se traduz na necessidade de contratação de mais juízes, policiais e etc. Isso fazia com que fosse preferível como política pública compensar essa perda na detecção aumentando a pena. No entanto, essa análise nos conduz a identificação de dois problemas:

- 1) se o ofensor for um “risk taker” o efeito pode não ser o esperado; e
- 2) quando as penas são aplicadas em patamares muito altos existe uma tendência de não condenação pelos juízes, o que acaba acarretando exatamente no efeito inverso do pretendido que é o efeito dissuasório.⁸³

No campo normativo, as balizas da presente dissertação estarão limitadas a dois métodos: custo-benefício e eficiência, por questão de definição metodológica escolhida.

A ideia de uma unidade comum de medição tem seus limites; até mesmo muitos economistas resistiriam à noção de que todos os valores humanos podem ser reduzidos a equivalentes monetários.

As sanções administrativas são equiparadas aos preços na medida que os servidores reagem aos maiores preços optando por não efetuar determinada transação ou pela mudança de um padrão de consumo quando da certeza de melhores opções custo-benefício do mesmo produto, bem como os servidores podem repensar atitudes ilegais quando da certeza da aplicação de uma sanção administrativa, praticando menos dessas condutas.

Os autores determinam que é plenamente possível o uso de análise de custo-benefício na abordagem econômica do crime. Na teoria econômica, um critério normativo amplamente utilizado é a eficiência de Pareto. Na prática, os economistas normalmente avaliam a conveniência de um programa social ou investimentos pesando seus custos e benefícios em relação a outras alternativas. Essas comparações envolvem necessariamente contrafactuais ou previsões dos resultados que seriam alcançados sob a alternativa, e o que é especialmente útil

⁸¹ POSNER, Richard Allen. *An Economic Theory of Criminal Law*. Columbia Law Review, pag. 1193-1231. 1985.

⁸² RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 40.

⁸³ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal of Political Economy, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968

para fazer essas previsões são as estimativas causais discutíveis fornecidas pela análise econômica empírica. Além disso, as comparações de custo-benefício expressam as muitas dimensões de uma decisão em uma única métrica de preço ou dinheiro, no caso, a sanção pecuniária.

2.2.3 Benefícios

O benefício de se usar a AED, é que ela tem duas linhas de ação: a positiva e a normativa.

A AED positiva auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos.

A ideia dessa vertente é de permanente comunicação e interação entre direito e economia, em que a observação da realidade pelo prisma da teoria econômica. Isso envolve, inicialmente, um esforço pragmático de descrição e de prognoses, que gira entorno, *e.g.*, da delimitação dos fatores e forças que determinam o bem-estar econômico em certa sociedade, dos impactos de novas medidas e institutos, bem como do *modus operandi* das instituições.

Já a AED normativa auxilia a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido⁸⁴. Como ensina Guido Calabresi, as relações entre direito e economia consiste na análise econômica do direito propriamente dita, compreendida como um esforço voltado a analisar os sistemas jurídicos da ótica da teoria econômica para, a partir dela, apontar mudanças voltadas a torná-lo mais eficiente⁸⁵.

A aplicação da eficiência econômica ao direito administrativo disciplinar é útil em dois papéis diferentes. Em primeiro lugar, juntamente com a suposição de racionalidade, ele tem um papel positivo, propondo uma explicação do comportamento real dos indivíduos e da estrutura das normas legais. O segundo papel refere-se à uma análise normativa, sugerindo como regras e instituições poderiam ser melhoradas – neste caso, a implementação de sanções administrativas.

Importando-se o conceito para o processo disciplinar, pode-se concluir que a sua máxima efetividade dissuasória será obtida quando o custo marginal de se aumentarem elementos que proporcionem a dissuasão (o que engloba os custos das apurações, dos controles para

⁸⁴ GICO Jr., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Economic Analysis of Law Review. V 1, nº 1, p. 7-32, 2010, pag. 17

⁸⁵ CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2016.

identificação de irregularidades e decorrentes das próprias imposições legais que atribuem deveres) tornar-se igual ao benefício marginal da redução de práticas ilícitas.

Portanto, a efetividade da dissuasão depende, em primeiro lugar, de uma combinação de máxima eficiência dos fatores: controles, apurações e imposições legais. Isto é, devem ser combinados de forma a produzir o máximo poder dissuasivo com menor custo.

E em segundo lugar, depende do estabelecimento de um nível adequado de utilização desses fatores. Isto é, depende da sua utilização em um ponto de equilíbrio que, no caso de redução de utilização desses fatores, os custos minorados sejam inferiores ao dano decorrente do aumento das práticas ilícitas; e, no caso de aumento de utilização desses fatores, os custos majorados sejam superiores àqueles gerados pela minoração do dano decorrente da diminuição dos ilícitos.

Com a AED se aperfeiçoa a compreensão do operador do Direito aos fenômenos sociais e auxiliando na tomada de decisões jurídicas racionais ao sobrepesar custos e benefícios ou ponderar valores sociais em conflito⁸⁶.

Uma das características dissociativas da análise econômica do direito – quanto à sanção - é seu foco na dissuasão, nos fins sociais que são promovidos pela imposição da punição, e não na retribuição e culpabilidade moral⁸⁷.

Na abordagem brasileira, o infrator não leva em consideração a severidade da sanção e assume o preço do risco da sua conduta, por internalizar a incapacidade da detecção e certeza quanto aplicação da sanção administrativa. Este pensamento vai de encontro ao dito por Becker, o qual acreditava que atestar que os infratores são mais dissuadidos pela probabilidade de condenação do que pela punição acaba por implicar na abordagem da utilidade esperada de que os infratores são os que preferem o risco⁸⁸.

No tocante às sanções de multa, estas podem ser iguais ou maiores do que o dano causado, por possuírem o condão de ataque específico ao patrimônio do servidor. O benefício das sanções de multas na dissuasão é que tais penas podem desencorajar os potenciais ofensores racionais em sua busca pelos objetivos clássicos dos crimes patrimoniais e econômicos. Becker afirmou que a mera possibilidade da aplicação desta sanção, por haver a investida ao patrimônio

⁸⁶ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. *Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção*. In: Economics Analysis of Law Review. V. 9, no 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018, p. 266.

⁸⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: A censura pra além da punição*. Florianópolis: Empório do direito Editora, 2015, p. 70

⁸⁸ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal of Political Economy, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968

do ofensor, pode ser mais dissuasiva do que outra sanção ao servidor, o qual, em tese, teria mais apreço ao seu capital do que a sua reputação⁸⁹.

É reconhecido que a maioria daqueles que cometem injustos penais típicos no Brasil não são possuidores de capital suficiente para serem dissuadidos por penas de multas⁹⁰. Entretanto, para os atores envolvidos – servidores públicos – há uma homogeneidade, em razão de receberem salários regulares e não se interromper esse fluxo para uma executividade da pena de multa, além do que não haverá rompimento de vínculo com a Administração, com a imposição da sanção pecuniária em razão de infração de baixo potencial ofensivo.

⁸⁹ RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 122.

⁹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro*. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 21, n. 41, p. 01-31, 2018.

3 O DIAGNÓSTICO E PROPOSTAS: PENAS DE ADVERTÊNCIA E PECUNIÁRIA

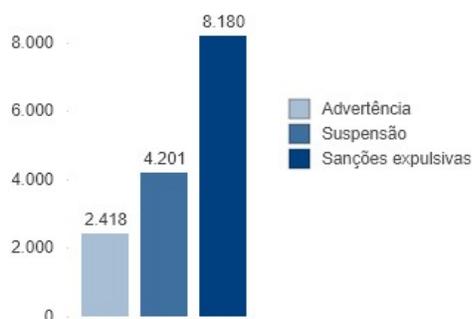
3.1 Dados Quantitativos das Penalidades

Importante iniciarmos o presente subcapítulo com um parágrafo de Texto de Discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada:

“O aumento do quantitativo de servidores punidos e de processos administrativos ... parece espelhar, em algum grau e sob algum aspecto importante, o amadurecimento institucional do sistema de governança estatal no país... Os dados mostram um crescimento de 83,7% dos casos de expulsões e de mais de 1.400% no aumento de processos administrativos na administração pública federal brasileira entre 2004 e 2017. Não há dúvida de que a efetivação de um arcabouço legal e do aperfeiçoamento dos meios de controle, com vistas a se restringir à corrupção no setor público, desempenhou um papel explicativo nas estatísticas de punições e processos de agentes públicos federais no Brasil”⁹¹.

Em linha ao que foi colocado no parágrafo anterior, conforme dados da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, os dados de sanções a servidores públicos federais, no Executivo, entre 2003 e 2020, são os expostos na tabela abaixo:

TOTAL DE SANÇÕES A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS
(2003 A 2020)



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

⁹¹ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Texto para Discussão - 2544. *Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)*. Brasília – Rio de Janeiro, fevereiro de 2020, pag. 100.

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

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

[...] se não tivermos instrumentos de medição, podemos descambar para o discurso livre, onde tudo afinal será uma questão de gosto ou preferência pessoal. [...] Saber se uma medida é ou não adequada, não se afigura algo simplista, mas, ao contrário, demanda verificação objetiva. Em determinadas sociedades uma norma pode ser necessária em um determinado tempo e inteiramente obsoleta em outro. Os benefícios esperados de uma norma podem ser maiores ou menores e os custos são variáveis em função da dimensão espaço-tempo. [...] Definitivamente, portanto, o estudo da razoabilidade ingressa no campo da probabilidade e só pode ser respondido por meio de estudos estatísticos”.⁹²

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

No campo fático, os dados apresentados foram colhidos junto ao “Painel Correição em Dados”⁹³, instrumento que aglutina as informações alimentadas nos sistemas CGU-PAD e CGU-PJ, respectivamente com dados de processos administrativos disciplinares em desfavor de servidores e empregados públicos, e de pessoas jurídicas que respondem a processos de responsabilização.

As características gerais do CGU-PAD são⁹⁴, como fonte primária de dados:

- abarcar dados desde 2008;
- abranger Processo Administrativo Disciplinar (PAD) do Executivo federal;

⁹² CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Jurimetria. 'O desafio do jurista contemporâneo'*. In: *Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos* / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013, pag. 218

⁹³ <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>, acesso dia 23.8.2021

⁹⁴ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Texto para Discussão - 2544. *Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)*. Brasília – Rio de Janeiro, fevereiro de 2020, pag. 35.

- contemplar cerca de 80% dos processos disciplinares da esfera federal, segundo estimativa e haver, contudo, órgãos isolados (universidades federais e alguns poucos ministérios) ainda com baixa adesão;

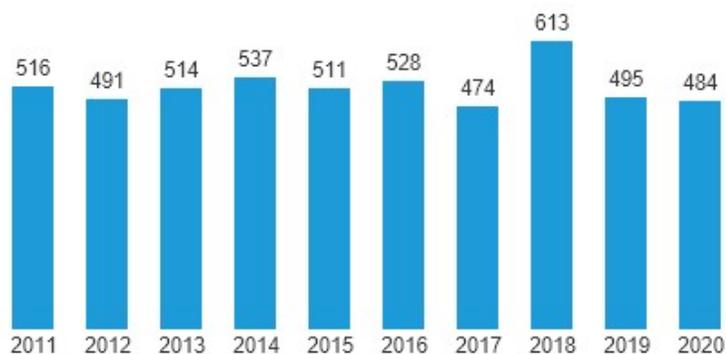
PAINEL CORREIÇÃO EM DADOS



Em referência às informações do Painel Correção em Dados, destacamos a uniformidade de penalidades expulsivas no período de 10 anos, de 2011 até 2020, conforme gráfico abaixo (Quadro 1):

PENALIDADES EXPULSIVAS NO EXECUTIVO FEDERAL

(2011 - 2020)



Conforme dados acima, se observa uma maturidade e estabilidade dos dados quanto às penalidades expulsivas de servidores públicos federais no Executivo federal, decorrentes, em hipótese, a um conjunto de ações que podem ter influenciado essa consolidação, independente

de mudanças institucionais no governo (no período foram 2 governos da presidente Dilma Rousseff (2011 - 2014, 2015 – 2016 (maio)), um do presidente Michel Temer (2016 (maio) – 2018) e o do presidente Jair Bolsonaro (2019 – 2020).

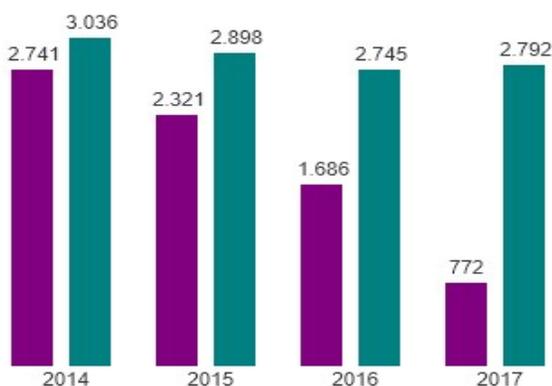
Um ponto de destaque, é o que se refere ao Decreto 5.480/2015, que criou o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, para coordenar e harmonizar a atuação disciplinar dentro do Executivo federal, *in verbis* o art.1º do decreto:

“Art. 1º São organizadas sob a forma de sistema as atividades de correição do Poder Executivo Federal, a fim de promover sua coordenação e harmonização.

§ 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correicionais.”

Apresenta-se a seguir, com o intuito de se limitar ao objeto temporal da presente dissertação (2014 a 2017), o número de processos instaurados e concluídos (incluídos os acusatórios e investigativos), bem como o número de processos que acarretam aos menos 1 (uma) penalidade.

QUANTIDADE DE PROCESSOS INSTAURADOS E CONCLUÍDOS



Observa-se que no período houve uma ação de maior conclusão de processos (em verde) do que de instauração (em roxo), corolário lógico que havia processos em estoque de anos anteriores com falta de conclusão.

Agrega-se ao dado anterior, até para incremento de reflexão, as consequências advindas dos processos concluídos. Já foi exposto o número de penalidades expulsivas (Quadro 1), que ficaram no intervalo entre 506 (quinhentos e seis) e 550 (quinhentos e cinquenta) entre os anos de 2014 e 2017. No quadro abaixo (Quadro 2), se vê o dado do número de processos que tiveram aos menos 1 (uma) penalidade aplicada (advertência, suspensão ou demissão):

Processos Concluídos: Total x Apenação



No intervalo sob análise se percebe uma variação entre 25% e 28%, com uma moda de 28%, no percentual de processos que acarretam algum tipo de punição. Ou seja, 1 (um) em cada 4 (quatro) processos disciplinares acusatórios, nessa faixa temporal, acarretaram alguma sanção, fato que será analisado no item 3.3 desse capítulo.

3.2 Comparação jurídica dos tipos de penas: advertência e pecuniária

A Administração Pública deve cessar de se esconder sob as confortáveis cobertas da argumentação da supremacia e intangibilidade do interesse público e retirar-se da inércia em situações nas quais pode intervir para a solução efetiva e célere de conflitos perante os administrados, e as escolhas passam pelos tipos de sanção.

A esfera disciplinar tem vislumbrado duas funções para a aplicação de penalidades às condutas classificadas como ilícitos administrativos: a prevenção geral negativa e a especial negativa, na concepção de Zaffaroni⁹⁵.

A prevenção geral negativa, a pena teria como objetivo, por meio de sua imposição abstrata a determinadas condutas, desincentivar os indivíduos às respectivas práticas. Em outras palavras, a sanção teria uma função fundamentalmente utilitária, o quantitativo de pena deveria ser o suficiente para sobrepujar eventuais ganhos com o ilícito. Também vislumbra o entendimento de que a penalidade disciplinar pode exercer função de prevenção geral negativa à medida que a apenação pode ser usada como exemplo para desestimular a prática delitativa de outros servidores não praticantes do ilícito punido.

⁹⁵ ZAFFARONI, Raúl E. et al. *Direito Penal Brasileiro* – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, pag. 114-130

Quando se trata da função de prevenção geral negativa da pena, não importa analisar como um indivíduo específico se comporta, mas sim a capacidade de dissuasão que uma pena exerce sobre um conjunto de indivíduos. Diante de um mesmo custo trazido por uma apenação, a moralidade internalizada por cada um, assim como a propensão a riscos dos indivíduos, pode inclusive explicar por que alguns optam por descumprir determinada norma e outros não.

Quanto à prevenção especial negativa, buscaria a neutralização dos efeitos que um indivíduo delituoso possa causar à sociedade.

Os economistas não estão interessados em saber se os criminosos “merecem” sanções, uma vez que estão interessados exclusivamente no futuro e não no passado. Segue-se que o que os economistas se preocupam é quais sanções impedem ou, mais amplamente, dissuadem o crime.

O efeito das sanções é o foco principal da análise econômica e comportamental da prática da irregularidade. A preposição central da teoria da dissuasão é de que o comportamento a ser sancionado dos indivíduos pode ser modificado pela estrutura das penas. O efeito da sanção, através da certeza da aplicação de sanções administrativas após o cometimento de delitos, eleva as expectativas negativas quanto ao benefício esperado com a ação irregular. O efeito da dissuasão depende crucialmente da eficácia da ação da Administração na sanção ao servidor acusado.⁹⁶

Uma punição ótima pode se caracterizar através da certeza de sua aplicação associada a restrição de direitos ou multa (ou ambas). Como exemplos: pena pecuniária cumulativa nos crimes patrimoniais equivalente ao dobro do benefício patrimonial obtido; restrição do direito de dirigir equivalente ao dobro do tempo de recuperação da vítima da lesão de trânsito; perda de habilitação no homicídio trânsito; interdição permanente de composição e participação em corpo deliberativo de pessoa jurídica⁹⁷.

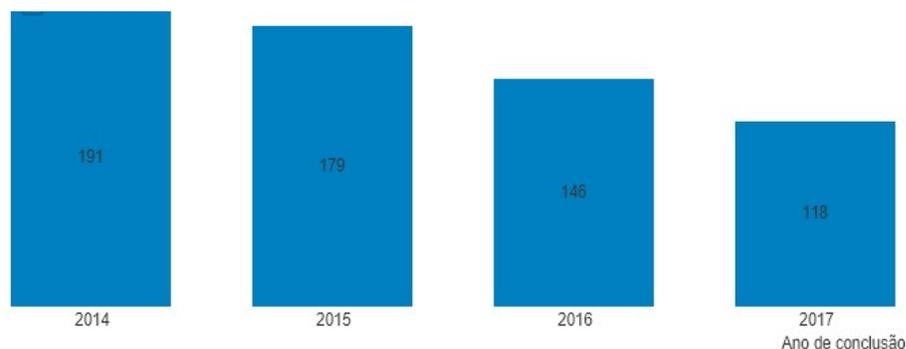
No caso aqui ventilado, a Análise Econômica do Direito constitui ferramenta indispensável para que seja possível vislumbrar o comportamento dos agentes públicos em face da incorporação de sanção pecuniária no ordenamento jurídico disciplinar.

Novamente, tendo em vista o objeto e temporalidade do presente estudo, importante observarmos a sanção de advertência aplicada no período de 2014 a 2017, com um total de 634 (seiscentos e trinta e quatro) advertências aplicadas, as quais serão analisadas em conjunto com outros dados no item seguinte desse capítulo:

⁹⁶ VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: Uma explicação para a formação do Criminoso*. Porto Alegre, AGE: 2006, p. 120

⁹⁷ RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 122.

PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA APLICADAS



3.3 Análise de custos e benefícios das penalidades

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

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

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

Já o *modelo decisório*, também denominado modelo empírico, entende que o Direito tem como finalidade o controle do comportamento humano, razão pela qual a norma jurídica é estudada como teoria para a decisão⁹⁸.

O custo para a Administração de aplicação da penalidade a todos os servidores infratores após o respectivo agravamento (contratar servidores substitutos após um processo demorado e custoso, além de fornecer treinamentos para o início da execução de suas atividades) pode ser superior ao custo de admitir-se a continuidade de ocorrência dos ilícitos em algum grau.

Retome-se, nesse ponto, as sanções de suspensão aplicadas no período de 2014 a 2017, perfazendo um total de 1.029 (hum mil e vinte e nove) suspensões aplicadas:

⁹⁸ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru, Edipro, 2ª ed., 2007.

PENALIDADE DE SUSPENSÕES APLICADAS



Repise-se, aqui, dados apresentados nos itens 3.1 (Dados Quantitativos das Penalidades), 3.2 (Comparação jurídica dos tipos de penas: advertência e pecuniária) e no presente subcapítulo, quanto ao intervalo entre 2014 e 2017, em destaque:

- i) Uma moda estatística de 28% dos processos concluídos gerou alguma sanção (3.017 processos);
- ii) Foram aplicadas 634 advertências;
- iii) Foram aplicadas 1.029 suspensões;
- iv) Foram aplicadas 1.917 expulsões.

Deve-se ressaltar que os números, apesar de sugerirem uma divergência de entendimento no imaginário, de que penas mais leves são mais comuns de aplicação do que as penas mais gravosas, no meio correcional, tendo em vista questões corporativas, os dados têm a explicação quanto a um número menor de sanções mais leves, tendo em vista a questão prescricional, onde a penalidade de advertência tem um prazo de 180 dias para ser aplicada, a de suspensão 2 anos e a de expulsão do serviço público de 5 anos, decorrendo um número maior de penalidades prescritas nas sanções mais leves, sendo que os números prescricionais das penalidades citadas estarem assim distribuídos, no período de 2014 a 2017:

- i) Advertência: 738;
- ii) Suspensões: 305;
- iii) Expulsões: 3 (reintegração por prescrição).

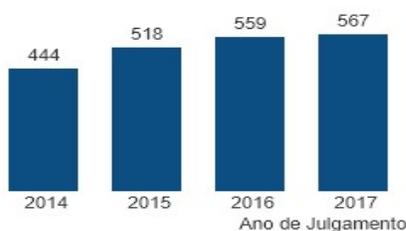
Acrescente-se a essa informação, outra disposta no item 3.1, quanto ao número total de processos instaurados nos 4 anos objeto do estudo, onde tiveram 7.520 (sete mil e quinhentos e vinte) processos administrativos disciplinares instaurados.

Além do custeio de servidores, o PAD possui outros custos altos, o que se constitui numa fonte de ineficiência de uma parte importante da ação pública. Baseado em dados da Advocacia-Geral da União, Cunha estimou o tempo médio de tramitação de um PAD em 791

(setecentos e noventa e um) dias, ao custo médio de R\$ 70.800,29 (setenta mil e oitocentos reais e vinte e nove centavos), em trabalho de 2013⁹⁹.

Quanto ao aspecto do custo, e sua parametrização, há que se trabalhar com a variável dos diferentes tempos dos processos, os quais são mais complexos de acordo com a gravidade (razão pela qual dos diferentes prazos prescricionais), mas que a fonte de dados disponível, o Painel de Correição em Dados, não fornece a segmentação de quanto tempo teve a duração do processo de acordo com a conclusão, trazendo os dados de dias médios dos processos, por ano, os quais são assim resumidos pelo período de estudo:

MÉDIA DE DIAS DE DURAÇÃO DO PROCESSO



Nesse aspecto, importa se debruçar sobre os números dos dois últimos parágrafos, antes de se avançar na análise.

O custo médio do processo, para um período de 791 (setecentos e noventa e um) dias, é de R\$ 70.800,29 (setenta mil e oitocentos reais e vinte e nove centavos), e utilizaremos como parâmetro para calcularmos os valores anuais dos processos entre 2014 e 2017, resumidos na tabela abaixo:

ANO	DURAÇÃO (em dias)	VALOR (em reais, por processo)
2014	444	R\$ 39.741,08
2015	518	R\$ 46.364,79
2016	559	R\$ 50.034,59
2017	567	R\$ 50.750,65

Resgate-se os dados do Quadro 2 (pag. 48), quanto ao número de processos que geraram algum tipo de punição, e acrescentaremos à tabela anterior, com o custo total desses processos para Administração, sendo apenas os que geraram punição:

⁹⁹ CUNHA, A. dos S. *Custo e tempo do processo administrativo disciplinar promovido pela Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ipea, 2013. (Nota Técnica).

ANO	PROCESSOS QUE GERARAM PUNIÇÃO	VALOR (em reais, por processo)	TOTAL DO CUSTO DOS PROCESSOS QUE GERARAM SANÇÃO
2014	809	R\$ 39.741,08	R\$ 32.150.533,70
2015	779	R\$ 46.364,79	R\$ 36.118.171,40
2016	752	R\$ 50.034,59	R\$ 37.626.011,70
2017	677	R\$ 50.750,65	R\$ 34.358.190,00

Cumpra-se lembrar que esses dados se referem a todas às sanções aplicadas aos servidores públicos federais, não segmentadas por tipo de sanção, tendo em vista a limitação de não se ter a informação disponível no Painel Correição em Dados sobre a relação entre a conclusão do processo e seus dias de duração.

Ressalte-se, para uma estrutura melhor nas explicações, uma limitação dos dados, o qual foi necessária uma definição para superar o obstáculo da ausência de quanto tempo cada tipo de conclusão de processo (advertência, suspensão e demissão) tem de duração, sendo a única informação disponível a média de tempo que todos os processos tiveram a cada ano.

A definição que se optou para mitigar o problema, foi usar a linearidade das punições de advertência, suspensão e demissão, quanto ao tempo desses processos, se fixando que a duração média, por ano, independe da conclusão a que o processo chegou.

Destaque-se que a percepção é que os processos de maior gravidade, que demandam uma robustez de provas mais complexas (com perícias, acareações, cruzamento de dados, troca de informações entre órgãos) acarretam uma duração maior do processo, e que conotam gravidade maior da sanção (aplicação de suspensões e/ou demissão). Entretanto, diante da carência de informação estratificada dos processos, pela conclusão que a cada um chegou vinculada à sanção aplicada, se optou por partir da premissa que os processos tem duração igual, independente da sanção aplicada, pois, reforça-se, não há informação quantificável sobre esse dado (tempo do processo por sanção) disponível no “Painel Correição em Dados”, da Controladoria-Geral da União, fonte primária dos dados.

Ou seja, partiremos de uma premissa para superar esse limitador de variável não controlável (ausência da informação estratificada), colocaremos como parâmetro a mesma proporcionalidade das punições aplicadas (advertência, suspensão e demissão), por ano, para se ter como referência o valor do custo de aplicação de advertências, visto se ter apenas o valor

total de custo para as três penalidades, para ao final somar quanto foi para se fazer todos os processos que acarretaram a sanção de advertência nos 4 anos estudados. Em suma:

ANO	TOTAL DO CUSTO DOS PROCESSOS COM SANÇÃO	NÚMERO TOTAL DE PUNIÇÕES	ADVERTÊNCIAS (%) EM RELAÇÃO AO TOTAL DE PUNIÇÕES	CUSTO DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE ADVERTÊNCIA
2014	R\$ 32.150.533,70	1.019	18,7%	R\$ 6.012.149,8
2015	R\$ 36.118.171,40	997	17,9%	R\$ 6.465.152,68
2016	R\$ 37.626.011,70	891	16,3%	R\$ 6.133.039,91
2017	R\$ 34.358.190,00	806	14,6%	R\$ 5.016.295,74
TOTAL DO CUSTO				R\$ 23.626.638,1

Face os dados coletados e sistematizadas, conota-se, com as ressalvas devidas às limitações de extração dos dados de tempo de processos, por tipo de apenação, se infere que para aplicar 634 (seiscentos e trinta e quatro) advertências, o executivo federal dispendeu em seus processos R\$ 23.626.638,10 (vinte e três milhões, seiscentos e vinte e seis mil e seiscentos e trinta e oito reais e dez centavos), onde se infere que **cada sanção de advertência aplicada saiu a um custo de R\$ 37.265,99** (trinta e sete mil, duzentos e sessenta e cinco reais e noventa e nove centavos).

Nessa quadra da dissertação, volta-se ao quarto parágrafo do item 2.1.1 do presente trabalho: O custo de aplicar a advertência (e não se ter repercussão em progressões e/ou promoções na vida funcional)) faz jus ao ônus arcado pelo Estado (e à sociedade) na execução de sanção por práticas de irregularidades leves? A pena de advertência se amolda como uma iniciativa adequada de sanção frente ao custo-benefício sob o viés da AED? Pelos dados apresentados, se infere que a resposta seria negativa.

Um ponto a se reforçar a resposta ao questionamento anterior, é a capacidade de assimilar a sanção de multa, por parte do servidor público federal, com base em dados do Painel Estatístico de Pessoal¹⁰⁰, mantido pelo Ministério da Economia. Nos dados do referido painel se extraiu a seguinte informação, quanto a quantidade dos servidores em 2017, divididos entre os de nível intermediário (NI) (nível médio) e os de nível superior (NS):

¹⁰⁰ <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>, acesso em 23.08.2021

Resultados

Ano	Mês	Grupo	Situação do Vi...	E...	Servidores
2017	Out	Ativo		NI	237.757
2017	Out	Ativo		NS	309.460

Em outro filtro do mesmo painel, se extraiu a média salarial dos servidores de NI e NS, seguidas abaixo:

Média Salarial de Servidores no Final da Carreira (NS)



E

Média Salarial de Servidores no Final da Carreira (NI)



Desta forma, no escopo econômico, penalidade pecuniária alternativa à de advertência, se apresenta como sanção administrativa ótima, pois são penas que poderiam mitigar o custo de aplicação e mantêm a meta de dissuasão e prevenção de delitos futuros, com a preocupação de não agravar a condição do servidor, melhorando sua condição de cumprimento da sanção imposta através da ressocialização no corpo funcional e menor incidência do estigma de “advertido”.

3.4 Sanções Administrativas e a eficiência na Teoria da Análise Econômica do Direito

A abordagem pragmática é uma das tendências que impulsionam o direito administrativo atual. O professor José Vicente Santos de Mendonça explica que o pragmatismo filosófico tem três grandes pilares: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo, assim definidos:

“O antifundacionalismo é a “ideia de que as coisas são criadas, não encontradas; situadas, não objetivas; mutantes, não eternas; parciais, não absolutas.

O consequencialismo se trata de características do pragmatismo filosófico que prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito... Por ora, recordemos a máxima pragmática: o significado e a verdade de teorias devem ser buscados por intermédio de uma análise da diferença que fazem para a realidade. Ou seja, por um processo mental de adiantamento e avaliação de suas consequências.

O contextualismo não causa grandes dúvidas. É o destaque do contexto – social, político, histórico, cultural – na investigação filosófica e científica.”¹⁰¹

Nesse *giro pragmático*, conforme expressão de Gustavo Binbenjimin, o direito administrativo cobrou posturas dos operadores do direito mais no plano dos resultados.

A tarefa de tipificação de condutas requer um contato permanente dos legisladores e administradores com a realidade, tanto para se definir o que deve ser considerado irregular como para se identificarem previsões obsoletas, irrazoáveis e desproporcionais. Da mesma forma, uma vez tipificada a conduta, o modelo punitivo deve ser apto a coibi-la, sem incorrer em excesso. E, para tanto, precisa revelar-se eficiente, o que pressupõe verificações empíricas, análise de consequências práticas e mapeamento de resultados.

Será possível, verificar, portanto, que os problemas são de outra natureza, e que o remédio (sanção) que está sendo utilizado não é compatível com a doença (infração) diagnosticada. Consoante dispõe Celso Luiz Braga de Castro, quando as atividades são desenvolvidas, sem a análise prévia dos impactos da medida, o legislador, no caso da elaboração da norma, bem como o administrador, na gestão dos interesses da coletividade, “navega sem instrumentos, sem bússola ou, para usar uma linguagem mais atual, sem GPS”, produzindo efeitos substancialmente danosos¹⁰².

Ressalte-se, nesse ponto, que a AED é uma teoria sobre comportamentos, não um parâmetro de avaliação de condutas.

Já se sabe que a lógica **mais-pena-menos-crime** não é verdadeira em algumas ações delituosas¹⁰³.

Os agentes que praticam delitos não são movidos exclusivamente pelo critério da gravidade da sanção: eles fazem seus julgamentos com fundamento na oportunidade, na conveniência, na necessidade, no custo-benefício e a partir de outras condições pessoais.

¹⁰¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Pag. 36-38.

¹⁰² CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Jurimetria. 'O desafio do jurista contemporâneo'*. In: *Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos* / Celso Luiz de Braga Castro, Kaline Ferreira Davi (coordenadores). Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013, pag. 218

¹⁰³ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica do crime no Brasil*. In: *Direito Penal e Economia*. BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012, p. 117.

Ademais, a noção de “preço a ser pago” não corresponde unicamente à sanção a ser infligida, mas às próprias fases iniciais da persecução, ao processo, às consequências sociais que atingem o pretense acusado e sua família, ao posterior retorno ao meio funcional da Administração, à necessidade de ter punição nos assentamentos funcionais etc¹⁰⁴.

A certeza da detecção e da sanção é muito mais importante do que a severidade da punição¹⁰⁵, e aliado a isso, se tem estudo e dados sobre reincidência onde se permite concluir que a pena de multa tem obtido melhores resultados dissuasivos do que a suspensão¹⁰⁶.

¹⁰⁴ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica do crime no Brasil*. In: Direito Penal e Economia. BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012, p. 118.

¹⁰⁵ RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021. pag. 105.

¹⁰⁶ NETO, Armando de Nardi. *A capacidade de dissuasão das penas disciplinares no regime jurídico da lei nº 8.112/90*. Monografia de Pós-Graduação no UniCEUB, 2014, pag. 55

CONCLUSÃO

Com as considerações, análises e críticas apresentadas ao longo do presente trabalho, pretendeu-se, precipuamente, a releitura do instituto da sanção administrativa disciplinar de advertência, à luz dos postulados da Análise Econômica do Direito, e um novo modelo de sanção pecuniária.

Estas considerações finais procuram resgatar as questões e as proposições de trabalho colocadas no início da investigação: a sanção pecuniária é mais adequada que a sanção de advertência? As evidências encontradas no decorrer da investigação, obtidas com base no referencial teórico e nos dados coletados, infere-se como positiva a resposta.

Se partiu o presente estudo da Administração Pública e sua capacidade punitiva, legítima em exercer o poder, para se conformar às demandas da sociedade por mais probidade, com abordagem tangencial quanto à corrupção, que apesar da racionalidade, há elementos da teoria da complexidade em que a corrupção não se reproduz por condutas lineares. Ao contrário, atua racionalmente sim, só que em ambientes caóticos e, portanto, em condições voláteis e até ambíguas.

No passo seguinte foi abordado o ponto da administração pública sancionatória e o regime disciplinar, com os normativos que regem a matéria, em suas diferentes frentes, de prevenção, detecção e sanção de comportamentos irregulares, com abordagens teóricas quanto à econômico-administrativa. Aprofundou-se as características da sanção disciplinar, os efeitos da sanção e a necessidade de renovação, também, na seara disciplinar.

Na evolução da dissertação, se trabalhou com referência à Análise Econômica do Direito, como método de investigação a maximização de resultados e dos benefícios, e a eficiência, em que a pergunta e o objetivo que orientaram a realização da investigação não se tergiversou, se teve como pedras de toques: as consequências de se aplicar advertência ao servidor público federal (não há impacto nas promoções funcionais) e o custo de aplicação de sanção pela Administração.

Ao fim, o último capítulo analisou os números que suportam a resposta à indagação que deu início ao trabalho: O custo de aplicar a advertência (e não se ter repercussão em progressões e/ou promoções na vida funcional) faz jus ao ônus arcado pelo Estado (e à sociedade) na execução de sanção por práticas de irregularidades leves? A pena de advertência se amolda como uma iniciativa adequada de sanção frente ao custo-benefício sob o viés da AED? Para tanto, foi necessária a mudança de alguns paradigmas, com novas formulações teóricas, a fim de que a atividade punitiva disciplinar do Estado seja reformulada de acordo com as bases do Direito Administrativo contemporâneo, sem se perder princípios basilares do Estado

Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana. E a resposta à indagação inicial foi construída se partindo de premissas para superar uma dificuldade metodológica (ausência de tempo de duração dos processos que acarretaram advertência), se inferindo que o custo de aplicação cada advertência foi de R\$ 37.265,99 (trinta e sete mil, duzentos e sessenta e cinco reais e noventa e nove centavos), com efeitos de baixo impacto (não repercussão em promoções funcionais).

Por fim, à guisa de conclusões precipitadas, não se coloca como “receita de bolo” o ressarcimento do custo do processo disciplinar como pena de sanção, e sim que a pena pecuniária tem características mais adequadas à situação a que o estado se encontra, devendo ser observado gradações, proporcionalidade e parâmetros que não foram objeto do presente trabalho de conclusão do curso. Ou seja, sem ter a intenção de exaurir o tema, e sim iniciar a discussão com novos parâmetros, pois a imposição de uma sanção administrativa se justifica, dentro do *neoadministrativismo*, se promover princípios em vez de regras, como a eficiência, com a prestação do serviço público, com a qualidade e produtividade desejadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A Administração Pública Consensual como Meio Substitutivo da Imposição de Sanção Administrativa Disciplinar: A efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese de Doutorado. UFBA, 2016

ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como (meta) teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BABBIE, Earl. *Métodos de pesquisa de survey*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

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

BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro*. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 21, n. 41, p. 01-31, 2018.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BENTHAM, Jeremy. *Principles of Penal Law*. In: *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1. Edinburgh: 1843.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. *Princípio da Eficiência*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOTELHO, Martinho Martins. *A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social*. In: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan./Jun. 2016.

CALABRESI, G. *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*. The Yale Law Journal v.70 n. 4. 1961

CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, v. 3, 1961

COLLIS, J.; HUSSEY, R. *Pesquisa em administração*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

CRESSEY, Donald R. *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1953.

DAU-SCHMIDT, Kenneth G. *An Economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy*. Duke Law Journal. V. 01, Feb., 1990

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco: 1986.

DEMATTÉ, Flavio Rezende. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção*. 1. Ed. – Belo Horizonte: Forum, 2015

DELLA PORTA, D.; A. Vanucci. *Corrupt Exchanges, Actors, Resources and Mechanisms of Political Corruption*. New York: de Gruyter. 1999.

DEZAN, Sandro Lucio. *Fundamentos de direito administrativo disciplinar*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO; KLEIN (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo II*. Revista dos Tribunais; Edição: Nova Edição, 2014.

FARR, James; DRYZEK, John & LEONARD, Stephen. *La Ciencia Política en la Historia*. Espanhol, Ed. Istmo. 1999.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. *Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção*. In: *Economics Analysis of Law Review*. V. 9, no 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018

- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2018.
- FREITAS, Izaías Dantas. *A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: A censura pra além da punição*. Florianópolis: Empório do direito Editora, 2015
- HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, n. 18, fev/mar 2003
- HUNTINGTON, Samuel P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.
- LASCOUMES, P.; LE GALÈS, P. *Sociologia da ação pública*. Tradução de George Sarmiento. Maceió: Editora UFAL, 2012.
- LORA, Alejandro Huergo. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007
- MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. *Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis*. São Paulo: Singular, 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MODESTO, Paulo. *Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, jun./jul./ago. de 2007
- MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2 .ed. – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.
- NYE, Joseph S. *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*. American Political Science Review, n. 61, 1967
- OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica do Crime no Brasil*. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. cap. 7. p. 111-131
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005
- PINTO, Célia Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011
- POSNER, Richard. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*. Program in Law and Economics Working Paper, Universidade de Chicago Law, 29 maio 2017.
- KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press. 1991.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal: O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1º ed. Artelogy, 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UnB, 2002.

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

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROMAN CORDERO, Cristián. *El derecho administrativo sancionador en Chile*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, a. 8, n. 16, p. 89-101, 2009

SHIKIDA, P.F.A. AMARAL, T.B. *Análise Econômica do Crime*. Direito e Economia do Brasil. Ed. Atlas. São Paulo. 2012.

SANTOS, Renato Almeida dos. *Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional*. 6º Concurso de Monografias da CGU, Brasília, DF, 2011

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. *Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista.

SILVA, Marcos F. G. *A Economia Política da corrupção no Brasil*, São Paulo: Senac, 2001.

SPECK, Bruno W. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas* in: Cadernos Konrad Adenauer, vol. 10, 2000.

SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 144, out./dez., 2006

TELES, Ney Moura. *Direito Penal-Parte Geral II*, Editora de Direito, 1ª edição, 1996.

VIAPIANNA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: Uma explicação para a formação do Criminoso*. Porto Alegre, AGE: 2006

VIEIRA, James Batista. *Os microfundamentos da corrupção: por que e como as medidas anti-oportunistas devem gerenciar os riscos de corrupção?* 3º Concurso de Monografias da CGU, Brasília, DF, 2008.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 4ª ed. São Paulo.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UNB, 1998.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Ed. LTC

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001.

ZAFFARONI, Raúl E. et al. *Direito Penal Brasileiro* – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Artigos e Teses/dissertações/Nota Técnica:

ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A Administração Pública Consensual como Meio Substitutivo da Imposição de Sanção Administrativa Disciplinar: A efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese de Doutorado. UFBA, 2016.

CUNHA, A. dos S. *Custo e tempo do processo administrativo disciplinar promovido pela Advocacia-Geral da União*. Brasília: Ipea, 2013. (Nota Técnica).

GICO Jr., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*. V 1, nº 1, p. 7-32, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/121/showToc>

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Texto para Discussão - 2544. *Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)*. Brasília – Rio de Janeiro, fevereiro de 2020.

NETO, Armando de Nardi. *A capacidade de dissuasão das penas disciplinares no regime jurídico da lei nº 8.112/90*. Monografia de Pós-Graduação no UniCEUB, 2014,

NEUBERGER, Daniele; MARIN, Solange Regina. *Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de “eficiência” e “equidade”*. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/seminariosca/article/view/1510/1433>> , Acesso em 22.08.2021

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito*, *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan./abr. 2019.