VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS

ISABEL FONSECA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Sofia Melo Figueiras; Isabel Fonseca; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-465-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Administração. 3. Gerência. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 15h00min às 19h00min, e contou com a apresentação de treze artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de processo administrativo, direitos e garantias afins, políticas e administração públicas, contrato administrativo e demais temáticas atinentes, bem como o Direito Administrativo Aplicado.

Os textos foram organizados em 04 (quatro) blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

A - Processo Administrativo, Direitos e Garantias Afins

1 - O trabalho desenvolvido por Felipe de Almeida Campos e Sérgio Henriques Zandona Freitas, “ASPECTOS CRÍTICOS DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”, aborda os escopos instrumentalistas metajurídicos e a falta de definição concreta sobre determinados institutos processuais administrativos, com destaque para o histórico constitucional e infraconstitucional do processo administrativo. A análise da constitucionalidade e os elementos estruturantes do processo administrativo, notadamente sua principiologia, pela compreensão processual democrática constitucional, discutindo-se também a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

2 - Norma Sônia Novaes Campos e Hernani Martins Junior, em texto intitulado “PAD E OS MODELOS DE JUIZ”, investigam o processo administrativo disciplinar (PAD), com destaque para o procedimento regido pelos princípios processuais com vias a apurar eventuais delitos ou desvios de conduta de servidores no exercício da função pública. Questionam que, não raro, os princípios do direito processual são ignorados, argumentando que o resultado disto é a completa perversão do estado de direito. No texto são abordadas as principais falhas do PAD e paralelamente os modelos de juiz por Francois Ost, na busca de solução para o problema.

3 - O trabalho de Gabriela Schardosim Cardoso, intitulado “O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ATO ADMINISTRATIVO”, teve por objetivo realizar sucintas considerações a respeito do conceito de ato administrativo, expor a motivação do ato administrativo como princípio atinente, com o objetivo de demonstrar que a sua utilização decorre de institutos presentes na própria Constituição.

B - Políticas e Administração Pública

4 - Ricardo dos Santos Caçapietra e Ana Amelia Barros Miranda, em texto intitulado “A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA SOB UMA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL: JURÍDICA, ECONÔMICA E DE GESTÃO PÚBLICA”, discutem o ciclo de políticas públicas, o princípio da eficiência e a gestão por resultados decorrente da reforma do Estado da década de 90, como ferramentas complementares à avaliação de uma política pública. Abordam ainda a eficiência das políticas públicas, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, destacando os aspectos jurídicos e a importância da gestão por resultados, num cenário em que a demanda por serviços públicos e infraestrutura cresce bem acima da capacidade financeira do Estado em provê-los.

5 – O trabalho de Letícia Badini Martins Halfeld e Amanda Benevenuti Ladeira, intitulado “A RACIONALIDADE WEBERIANA APLICADA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”, analisa a ideia de racionalidade de Max Weber, com base principalmente na obra “Economia e Sociedade”, em busca de um possível paralelo com a razoabilidade, mormente na sua aplicação no direito público em sede de sindicabilidade do mérito administrativo. Na abordagem sugere que o Estado Racional weberiano, burocratizado, não deixa de existir completamente, mas deve se adequar ao Estado Democrático de Direito e suas consequentes bases principiológicas.

6 - Carolina de Moraes Pontes e Everton Silva Santos, em texto intitulado “A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DAS ENCHENTES: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL SOB O PRISMA DA OMISSÃO”, abordam a responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes e seus danos causados a população em face de sua omissão como administrador público. Detalham problemas ocasionados por fenômenos que guardam exclusão de responsabilidade em casos na esfera cível, em que a sociedade é afetada por meio dos impactos sentidos de forma ostensiva, cuja análise de responsabilidade é avaliada pelo prisma do Estado.

7 – O texto de Patricia Susana Baía da Costa Colaço Machado, intitulado “PORTUGAL E A NECESSIDADE DE UMA POLITICA REGIONAL ‘A INEVITÁVEL REFORMA DO PODER LOCAL’”, avança sobre o debate da política regional e a política de investimento estratégico dirigida a todas as regiões e cidades de Portugal, com o objetivo de aumentar o seu crescimento econômico. Analisa ainda, preceito legal que tem sido muito esquecido, a qualidade de vida das pessoas, com paradigma no moderno discurso político e no poder local regionalizado.

C - Contrato Administrativo e demais temáticas atinentes

8 – Na sequência, o trabalho de Carlos Araújo Leonetti e Felipe Cesar Lapa Boselli, intitulado “O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, objetivam o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, sob o ponto de vista ecológico, no âmbito das contratações públicas, e sua aplicabilidade à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa.

9 - No texto intitulado “O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEUS LIMITES”, Isa Filipa António de Sousa, esclarece que o poder do parceiro público que, no âmbito da execução de um contrato celebrado com parceiros privados, suscita problema quanto ao «ius variandi», na perspetiva da igualdade inter partes e da estabilidade contratual. Alerta ainda para o poder de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado, sem que haja negociação com o parceiro privado acerca das alterações ao clausulado, destacando o abuso com complexas implicações económico-financeiras, que obrigam à posterior celebração de acordos de reequilíbrio financeiro. Finalmente, alerta para o alcance e limites legais impostos a este poder, delimitando-o.

10 - Theresa Christine De Albuquerque Nobrega e Anna Dolores Barros de Oliveira Sá, em trabalho intitulado “REGULAÇÃO NA CONTRATUALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: FOMENTO À SEGURANÇA JURÍDICA E COMBATE A CORRUPÇÃO”, destacam os objetivos da Lei 13.019/2014 quanto a reordenação nas formas de combate à corrupção nos contratos públicos. Chamam a atenção para a notória mudança legislativa que articula órgãos de controle da Administração Pública, ampliando as perspectivas de transparência e controle social das políticas públicas, determinando o suprimento de um espaço necessário à promoção de uma política nacional de combate à corrupção, compliance e segurança jurídica.

D - Direito Administrativo Aplicado

11 - No texto de Marcos Fernandes de Souza, intitulado “A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO”, aborda a Lei 9.503/1997, identificando o Sistema Nacional de Trânsito como conjunto de órgãos, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito. Alerta para a estruturação própria e compartimentada do SNT entre órgãos da Federação e, valendo-se de corpo técnico para áreas do trânsito, com destaque para mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais realizadas pelo Executivo.

12 - Edimur Ferreira De Faria e Claudio Luiz Gonçalves de Souza, em trabalho intitulado “A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS CONTROLADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL”, ressaltam a questão do Poder Discricionário Administrativo frente à crescente judicialização da saúde na busca do atendimento do cidadão a medicamentos. O direito à saúde se afigura na Constituição como direito fundamental de todo o cidadão. Abordam ainda a sua natureza subjetiva, conquanto o que se tutela é o bem maior, ou seja, a vida. Alertam para a dicotomia do direito fundamental à saúde versus o alto custo dos medicamentos em face do interesse público lato sensu.

13 –No trabalho de Rodrigo Monteiro Da Silva, intitulado “A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS: UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, o autor, no contexto em que se permite a alteração do respectivo texto constitucional por meio de emendas oriundas da vontade direta do povo, a partir de uma

interpretação criativa e democrática do art. 75 da Constituição brasileira de 1988, se propõe a examinar a natureza dos Tribunais de Contas, com a demonstração da necessidade da adoção de critérios objetivos e isonômicos para a escolha de seus membros.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e das políticas públicas no eixo Brasil-Portugal, além da necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Cláudia Sofia Melo Figueiras (UMINHO)

Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro Fonseca (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PAD E OS MODELOS DE JUIZ

ADP AND THE MODELS OF JUDGE

Norma Sônia Novaes Campos [1]
Hernani Martins Junior [2]

Resumo

O processo administrativo disciplinar (PAD) consiste num procedimento regido pelos princípios processuais com vias a apurar eventuais delitos ou desvios de conduta de servidores no exercício da função pública. Entretanto a bibliografia retrata um dinâmica processual bem peculiar e não raro, princípios do direito processual são ignorados, e o resultado disto é a completa perversão do estado de direito. Neste trabalho são discutidas as principais falhas do PAD e concomitante a isto tenta-se traçar um paralelo entre este procedimento e os modelos de juiz postulados por Francois Ost, de forma a lançar luz sobre problemas encontrados objetivando a solução destes.

Palavras-chave: Processo, Modelos de juízes, Falhas

Abstract/Resumen/Résumé

The administrative disciplinary process (ADP) is a procedure governed by the procedural principles on way to identify any crimes or deviations of the public servers in the exercise of public office. However, the literature portrays a procedural dynamics peculiar and often, principles of procedural law are ignored, and the result is a complete perversion of the rule of law. This paper discusses the major failures of the ADP and concomitant to it attempts to draw a parallel between this procedure and the judge models postulated by Francois Ost, in order to illuminate the problems encountered aiming a solution to these.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Process, Models of judges, Failures

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna, MG, Brasil

[2] Doutor Pela Universidade Federal de Lavras. MG Brasil

INTRODUÇÃO

No estado democrático de direito há uma clara intenção de se salvaguardar princípios jurídicos considerados essenciais para a manutenção do estado, de suas instituições, bem como princípios que salvaguardem o cidadão, seja ele agente administrativo, seja ele mero administrado. O zelo pela coisa pública se consubstancia nos princípios basilares do direito administrativo: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e tais princípios são essenciais para a manutenção das instituições estatais numa dinâmica não arbitrária.

No âmbito administrativo a administração pública goza de certa autonomia, desde que seguidos os princípios concernentes, assim cabe à administração rever seus atos a qualquer tempo e apurar a conduta de seus agentes que podem deliberadamente atentar contra os princípios que regem a coisa pública. Nesta instância entra em cena o processo administrativo disciplinar (PAD) com uma função que é tanto investigativa quanto punitiva. Nesta esfera a própria administração é imbuída da capacidade julgadora, que se materializa num processo administrativo, que, assim como todo processo, deve seguir as normas processuais vigentes em nosso ordenamento.

Bom, a julgar por estes dois parágrafos, tudo parece funcionar muito bem, em perfeita harmonia, e com zelo supremo pelos direitos tutelados pelo estado. Entretanto algo diverso costuma acontecer, e há alguns sintomas que obliteram por completo o espírito da lei, e representa uma clara afronta ao estado de direito. Só para citar alguns destes sintomas: Personalismos, autoritarismo e corporativismo, estas três figuras são alguns dos males que lançam sombra sobre a administração pública, e colocam em risco a efetiva atuação das instituições. Isto ocorre quando agentes públicos ou mesmo instituições inteiras pervertem sua missão, se apropriam de centros de poder e a gestão deles se dá, unicamente, em prol da instituição ou das pessoas envolvidas na gestão e desta forma a satisfação do interesse público fica preterida, sobrepujada pela satisfação dos interesses pessoais ou mesmo institucionais.

Tal fenômeno de apropriação de direitos se dá em todas as esferas da administração, em todos os poderes, e é fato amplamente discutido na literatura. Entretanto, quando esta dinâmica se repete no âmbito de um procedimento disciplinar, o resultado é uma clara e contundente violação de direitos, impactando direta e contundentemente cidadãos, e representa um verdadeiro retrocesso a regimes totalitários, nos quais o estado de direito não é respeitado, outrossim, faz-se valer a vontade do governante em prol de si, de seus caprichos ou do de seus comparsas.

Neste trabalho pretende-se discutir os principais problemas envolvendo o processo administrativo disciplinar e com isto traçar um paralelo entre a dinâmica prevalecente no processo administrativo e a figura dos modelos de juízes postulados por Francois Ost. Desta forma pretende-

se lançar luz a este problema, na medida em que se discute esta questão, com vias a elucidar o problema e ao mesmo tempo, encontrar soluções adequadas para a sua superação.

O trabalho está sistematizado em 3 secções nas quais se discute os modelos de juiz postulados por Francois Ost, a natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, em seguida quais os principais problemas encontrados nestes procedimentos, que potencial ou diretamente representam afronta a direitos estabelecidos e por fiz faz-se um paralelo com os modelos de juiz postulados por Ost.

OBJETIVOS

1) Discutir a respeito dos principais problemas dos procedimentos administrativos disciplinares;
2) Identificar qual o modelo de juiz mais se adequa à dinâmica dominante;
3) Apontar possíveis soluções, para diminuam o arbítrio e garanta direitos estabelecidos.

METOLOGIA

A metodologia utilizada foi a de um Ensaio Teórico Dedutivo a partir de uma Revisão Bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento deste trabalho está sistematizado em 4 tópicos discursivos: A) Discorre sobre os modelos de juiz postulados primariamente por Francois Ost; B) Discorre a respeito da gênese a da natureza jurídica de um procedimento administrativo disciplinar e sobre os principais problemas envolvendo os processos administrativos disciplinares; e C) tenta identificar os modelos de juízes no PAD. A Conclusão fecha o desenvolvimento.

A) OS MODELOS DE JUIZ

A ideia de modelos de juiz foi inicialmente aquilatada por Ost (1993). Neste trabalho são propostos três modelos de juiz: Hermes, Hércules e Júpiter.

Segundo a mitologia grega, Hermes era o ser que fazia a transição entre o céu e o inferno, transitava entre os dois mundos levando e trazendo informações de um lado para o outro. Sua figura dá nome à hermenêutica, que é a forma como interpreta-se as normas e as aplica no caso concreto, desta maneira haveriam dois mundos entre os quais a hermenêutica faria ligação, seriam eles o mundo do direito e o mundo fático. No contexto dos modelos de juiz postulados por Ost, Hermes representa um juiz “rede” que atua de forma sistêmica, integrada e supera os modelos anteriores caracterizados pela letra da lei ou pelo ativismo judicial. Nesta sistemática, o juiz Hermes julga

segundo uma gama grande de fatores e não considera apenas o texto estritamente positivado pela letra, resgata o espírito da lei, e considera aspectos sociológicos e culturais à vista no caso concreto.

Júpiter representa o sistema tradicional de jurisdição piramidal, onde há uma hierarquia absoluta e as decisões são colocadas de cima para baixo. Neste contexto a norma tem tremendo valor tal qual as constituições modernas e é a partir delas que são proferidas as decisões no caso concreto. Neste caso as decisões dos juízes são revistas ou aceitas segundo sua conformidade com a norma, fato que redunda num sistema jurídico rígido, e se por um lado traz segurança e estabilidade, por outro lado a rigidez do modelo engessa o processo deixando descobertos casos eventualmente não positivados.

Segundo o autor, Júpiter representa o estado liberal, representa o modelo jurídico subsuntivo em que se impera o dualismo sintético existente entre permissão-proibição, válido-inválido. Tal concepção de direito já é há muito ultrapassada, dada sua incapacidade de adequação ao mundo fático, em consequência das mudanças da sociedade que se tornaram assaz velozes e constantes. Esta adequação só se torna possível se presente algum grau de relativismo ou gradualismo.

Enquanto que no modelo Jupteriano a norma possui o valor supremo e sua interpretação se dá de forma direta e dedutiva, Hércules representa um modelo de jurisdição que mais se assemelha a uma pirâmide invertida. Neste modelo o juiz é empoderando sobremaneira (tal qual o todo poderoso Hércules) e todas as decisões passarão por ele. A lei que sobre ele se apoia serve apenas de substrato para seu julgamento, e nesta dinâmica as soluções jurídicas são encontradas a partir do caso concreto, criadas a partir das decisões. Pode-se ver que neste modelo o sistema jurídico é aberto, jurisprudencial e, portanto, dando supremos poderes ao juiz, que interpreta segundo sua percepção do caso concreto à luz das normas e sua interpretação passa a compor o sistema jurídico como se dele fizesse parte.

Na seara Herculeana, o juiz assume um papel muito maior que o de julgar lides, ele assume funções diversas, próprias de um super-herói, tem de conciliar as economias familiares em crise, recuperar empresas em fase de falência, atender aos interesses de vulneráveis, analisar e julgar questões macroeconômicas, temas envolvendo uniões homoafetivas, aborto e paternidade. Tudo isto passa a ser alguns dos problemas que este tipo de juiz há de resolver, e cujas receitas não se encontram positivadas nem codificadas, outrossim, soluções serão carreadas mediante o esforço interpretativo do juiz.

Modelos de juiz estão associados com modelos de jurisdição. E se no modelo Hércules surgem problemas como decisionismos e pragmatismos, no modelo Júpiter há todos os problemas típicos do positivismo clássico, que se resume na incapacidade de adequação da norma a casos concretos. Ost definiu como modelo ótimo o juiz Hermes, que representa o meio termo entre a pirâmide jupteriana e a pirâmide invertida herculeana, e tem a capacidade de ligar a lei ao caso

concreto, dando maior concretude ao direito. Segundo Streck (2010) este modelo de juiz não possui nem imanência nem transcendência, representa uma figura de centro.

Estas concepções de juízes propostos por Ost, são duramente criticadas por muitos atores, entre eles Streck (2010). Nesta obra a tese de Ost é totalmente desconstruída sob a justificativa de ser reducionista e não levar em conta a evolução social, filosófica e jurídica propiciada pela segunda revolução copernicana e não levar em consideração o juiz ponderador que julga os casos difíceis não possíveis à subsunção, os juízes analíticos e os exsurgentes de Habermas. Além do mais na visão de Streck, Ost "*ignora o paradigma do Estado Democrático de direito, entendido como um plus normativo, e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras"*. E qualquer discussão neste tempo, necessariamente deve passar pelo enfrentamento entre o positivismo e o constitucionalismo que passa pela superação do modelo subsuntivo e da distinção entre regra e princípio conforme expõe Alexy (1997).

A despeito da divergência de opinião, estudar e entender os modelos de juízes ajudam a entender as principais falhas da atividade jurisdicional. E no contexto deste trabalho, pretende-se discutir os principais problemas da atividade jurisdicional desenvolvida no âmbito de um processo administrativo disciplinar (PAD), desta forma os modelos de juízes bem se prestam ao didatismo por suas alegorias.

B) O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUAS FALHAS

No estado de natureza não havia estado, nem direito, nem juiz. A cidadania se existia e da forma primária como existisse era mantida e defendida pelo império da força e ao mais forte cabia a supremacia de vontade. Mas a sociedade primeva evoluiu e com isto surge o estado que avoca para si a defesa da cidadania, e carrega consigo a insígnia de seu fiel defensor e através disto se faz aceito e se fortalece no seio da sociedade. Segundo Barros de Oliveira (2014), a defesa da cidadania evolui de um processo autodefensivo para um processo heterodefensivo, intentando-se chegar a um estágio homodefensivo, visando coibir os abusos do estado totalitário, e provendo a uma vasta gama de personagens, constituintes da sociedade, penetração para defesa de direitos sejam eles individuais ou coletivos. De forma semelhante podemos citar Arendt (1973), que discute a respeito das origens do totalitarismo e aponta como rota de fuga a participação popular. Segundo ela o pluralismo e a participação ampla são remédios que conduzem à democracia.

Kelsen (1998) diz a respeito de uma evolução em curso, que consiste na passagem do Estado-jurisdição para o Estado-administração no qual o poder coercitivo do estado era aumentado

e que como contrapeso a este movimento a participação coletiva se faz necessária para que haja uma efetiva defesa da cidadania. Nesta evolução fica ainda mais intrincada relação entre a forma de Estado e a forma do Direito: *Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais regulado pela Constituição. (...).* Considerado um dos pensadores mais influentes do direito moderno, acreditava que a democracia emergiria da teoria pura do direito e para o perfeito funcionamento do sistema deveria haver uma pirâmide, que estabelecia a hierarquia de normas e isto era suficiente para garantir a isonomia e impessoalidade, pilares básicos da democracia. Tal modelo se irradia nos sistemas políticos e propulsiona o fortalecimento dos estados nacionais, que passam a monopolizar expressiva fatia de poder. Continua o referido autor: *Mas o certo é que o problema da forma do Estado, como questão relativa ao método da criação do Direito, (...) se põe a todos os níveis da criação jurídica e especialmente, com referência aos diversos casos de fixação de normas individuais: atos administrativos, decisões dos tribunais, negócios jurídicos.* Pode-se ver aqui que a forma como se organiza o estado define o teor e a legitimidade das normas. Trazendo esta ideia para o mundo administrativista Di Pietro (2001) diz que, o estado não fala por si, fala através dos seus atos e isto implica que todo ato administrativo não é imputado ao servidor que o pratica, mas é a materialização da vontade do órgão ou instituição administrativa em cujo nome fora praticado o ato, da entidade administrativa em cujo nome atua o agente público, o que nas palavras de Kelsen seria: "(…) *um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica*."

Há de se crer que a força e a concentração estatal passa a estar presente em diversos níveis da atuação governamental, inclusive no trato direto e contratual com cidadãos, que comumente aparecem exercendo funções diversas: de fornecedores, colaboradores e servidores e que muitas das vezes fazem e falam em nome do estado, e este *modus operandi* passa a ser consoante as normas específicas que constituem um conjunto ético componente do direito público e o zelo destas normas mais uma vez fica a cargo do estado. Pode ser visto no poder discricionário e revisional do ato administrativo, bem como no poder punitivo conferido pelo processo administrativo disciplinar.

Desta forma, na maior parte do século 20, o estado foi visto com supremacia sem precedentes (seja no eixo oriental, seja no eixo ocidental), com caráter democrático ou autoritário, o fato comum é que seus atos estavam/estão dotados de presunções muitas das vezes difíceis de se verificar. A supremacia do interesse público era absoluta e sob ela se escamoteavam interesses particulares perversos, perpetrados por agentes administrativos que prolatavam atos e decisões eivados de vícios e que afrontavam direitos diversos. Mas mesmo hoje no estado constitucional moderno Ferraz e Dallari (2001) afirmam que a presunção de legitimidade milita em favor do abuso de poder. O abuso de poder na coisa pública não raro acontece e pode ser entendido como a personificação do estado, bem como dos processos, ficando, desta forma, as instituições à mercê de

seu soberano, que não é povo e sim o gestor. Note-se que tal pensamento e referência data do século 21 (2001), não se trata de nenhuma idade média ou absolutismo monárquico.

Não é por acaso que tais abusos acontecem, uma vez que a discricionariedade e o poder punitivo da administração constituem-se exceções à separação dos poderes. À Russeau é atribuída a invenção da separação dos poderes, embora esta já estivesse presente nas obras de Hobbes. Representa um dos contrapontos ao estado absolutista e uma das grandes conquistas do iluminismo, que não só permanecem até os dias atuais como dão forma aos estados modernos. Esta separação se daria em Executivos, Legislativos e Judiciário, e segundo ele, todos estes poderes deveriam ser autônomos e independentes, trabalhando em sinergia em prol de um objetivo comum.

Este princípio da separação dos poderes é amplamente aceito na modernidade não sendo diferente no caso brasileiro, sendo expresso na CF/88, em seu Art. 2º *"São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*

Entretanto a "harmonia" dos poderes se dá através de um sistema de pesos e contrapesos, que consiste na existência de alguns interstícios entre os poderes. O judiciário tem como função principal a atividade julgadora, mas residualmente pratica atos que seriam típicos do poder executivo e do poder legislativo. No outro extremo temos o poder executivo cuja função principal é a gestão mas que residualmente lhe é atribuída capacidade legislativa (quando baixa atos normativos) e julgadora quando a ele é facultada a possibilidade de rever seus próprios atos e julgar os seus subordinados, quando de sua atuação na função pública. Entretanto tal posição, de separação de poderes, já foi mais definida e os atos administrativos já tiveram mais supremacia do que têm hoje, o que redundou num quadro de constantes abusos e excessos, fazendo com que a autonomia absoluta dos atos administrativos cedesse espaço para a revisão judicial dos atos até mesmo daqueles dotados de discricionariedade, faculdade última imputada ao administrador.

Neste ponto entra em cena o Processo Administrativo Disciplinar, processo gestado no seio da administração pública em que servidores são chamados a compor uma comissão, à execução de uma função atípica: Julgar outro servidor. Os diversos vícios presentes no processo administrativo podem resultar da atipicidade da função, como de um despreparo técnico-jurídico dos envolvidos na função atípica. Sem estrar no mérito da relação de causalidade deste processo objetivamos apenas elencar os principais vícios do processo administrativo disciplinar e indo muito além da clássica falta de razoabilidade e proporcionalidade, apontamos a impessoalidade, o autoritarismo, o cerceamento de defesa, a limitação do contraditório, e o desrespeito procedimental.

Segundo alguns autores um dos grandes vícios presentes no processo administrativo é a afronta ao princípio da impessoalidade. No Direito Disciplinar em especial, a impessoalidade assume grande importância porque tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa. Desta forma há de se ter em vista que a finalidade do ato será sempre o interesse público, e o

administrador não pode jamais praticar atos no interesse próprio ou de terceiros de sua preferência. Disto decorre que as comissões de processos administrativos disciplinares devem ser previamente estabelecidas ou aleatoriamente definidas a partir de um lista de servidores. A escolha de comissões por parte da autoridade competente pode ser brecha para arbitrariedades e afronta ao princípio do juiz natural.

O princípio do Juiz natural é um dos pilares processuais garantidores de direitos constitucionais e quando aplicado no processo administrativo disciplinar serve como instrumento equânime, garantindo imparcialidade e paridade *"... através de um processo preordenado e por meio de uma comissão sindicante nomeada antes da ocorrência do fato a ser julgado"* tal transcrição é de Silva (2012), nesta mesma direção Gomes (2016) afirma que *as comissões têm de ser previamente designadas, mesmo que haja distribuição de processos administrativos entre vários servidores constantes de uma lista, caso não haja comissão permanente. (...),* segundo o referido autor, *(...) isso evita que autoridades administrativas escolham determinados servidores públicos para compor comissão com o fim de punir um desafeto ou mesmo por vingança, mesquinharia.* Tal comportamento certamente é crucial para se ter um julgamento justo e livre de subjetividades consoante os princípios Constitucionais de justiça. Além do mais ao acusado provê a segurança de saber previamente quem serão seus julgadores bem como seus acusadores, fato que além de garantir o princípio do juiz natural, limita a atuação do gestor no processo de forma a favorecer ou prejudicar servidores caso tenha com estes relação de afeto ou desafeto respectivamente.

A plena imparcialidade na definição da comissão corrobora a argumentação de Ferrajoli (2002) que estabelece três pontos essenciais e conexos para a obtenção da Justiça: i) a necessidade de um juiz já pré-constituído; ii) a impossibilidade de derrogação fato que evita a alteração discricionária das competências judiciais e garante a neutralidade do processo; e iii) proibição de juízos extraordinários.

Roza (2006) em sua obra Processo Administrativo Disciplinar & Comissões sob encomenda, relatando a respeito dos vícios do processo administrativo disciplinar fala da respeito das "comissões sob encomenda", definidas como comissões de exceção, parciais, improvisadas, acidentais, despreparadas, dependentes e designadas com propósitos pre estabelecidos, colocam em risco as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, fato que se dá, principalmente, pela ausência de autoridade competente ou juiz natural.

Especialmente no processo disciplinar a impessoalidade assume um papel crucial por que representa a garantia da neutralidade administrativa que não se materializa sozinha, sua expressão (da impessoalidade) se dá com o aviltamento de outros princípios do direito, especialmente o princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade que figuram no campo da operacionalização. Acontece a quebra destes princípios por que os servidores são tratados de forma

diferente, de acordo com sua relação com julgador, isto ocorre tanto na indiciação quanto na definição da penalidade onde ocorre a quebra do princípio da isonomia e da proporcionalidade. É através da quebra destes direitos que se implanta o estado de exceção e o viés de perseguição, enfim, o desrespeito a direitos tutelados pela constituição. Vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade no direito administrativo não deve nunca ser afastado, por ser um princípio fundante do direito administrativo e modulador da discricionariedade administrativa que segundo Barroso (2009) surgiu na Alemanha diante de um quadro de constantes excessos impetrados por atos administrativos, como limite à própria discricionariedade administrativa. Da mesma forma, o princípio da isonomia impõe à administração pública o dever de ministrar sempre o mesmo tratamento a servidores postos sempre em igualdade de condições no decurso de um processo administrativo disciplinar (Carvalho, 2011).

Escamoteada sob a falta de razoabilidade, imprime-se o viés de perseguição de uma medida punitiva administrativa isto sempre ocorre quando os objetivos pretendidos são impossíveis de se justificar e as decisões são deixadas cheias de lacunas. Desta forma a fundamentação das decisões, preceito fundamental do direito processual fica prejudicada e o resultado não será consoante um caminho procedimental lógico e claro (Didier, 2008) que deve percorrer todo o ato processual até a cominação da penalidade. A existência de um operador lógico da justiça balanceia sem nenhuma tendência o entremeio ao fim pretendido pelo direito, a verdadeira justiça.

O autoritarismo no PAD é um vício que o permeia do início ao fim. Se faz presente na indicação de uma comissão processante por encomenda, mesmo que esta se dê com viés pro ou contra, o autoritarismo aí estará presente colocando em xeque valores constitucionais e a justiça de fato. No decorrer do PAD vícios procedimentais comuns como descumprimento de prazos, como cerceamento de defesa, desconsideração do contraditório são todos sintomas que reverberam o viés autoritarista do procedimento. Mas afora estas questões tipicamente processuais, figura como paladina do autoritarismo a discricionariedade administrativa, que vai muito além do clássico critério de conveniência e oportunidade, ela permeia os conceitos de valor, permeia a valoração de fatos e respectivas provas, e especialmente na dosimetria das penas.

Hoffmam, Cavalheiro e Nascimento (2011), diz que:

> (...) devido às profundas mudanças introduzidas por este novo modelo estatal, a complexidade do problema a respeito da discricionariedade judicial toma novas proporções. Face ao novo paradigma, não se pode retornar a discussão de, se o juiz tem ou não discricionariedade ao interpretar, mas sim, deve discutir-se o quanto de discricionariedade deve ser (…). No seio do novo paradigma, discricionariedade, jamais poderá gerar qualquer tipo de arbitrariedade judicial, pois, a criação do direito por parte do juiz não se dá a partir de um grau zero de significado, mas sim, a partir do que está positivado e delimitado principiologicamente pela Constituição.

Este problema é extremamente grave. A discricionariedade é bem aceita no nosso ordenamento e mais ainda no seio da administração pública. Entretanto sengundo Streck (2010), discricionariedade e autoritarismo não possuem limites semânticos tão bem definidos como se supõe.

Além da imposição da sanção, o autoritarismo quando presente num PAD, representa uma dupla afronta aos direitos fundamentais. Primeira é a injustiça de fato, e a segunda é a subsunção do administrado a um jogo de cartas marcadas exaustivo e inócuo para a defesa dos direitos do administrado. A injustiça de fato poderia se dar em uma decisão puramente autocrática, cabal e irrecorrível, com dano imediato e irremediável, cuja letalidade é menor que se tal desfecho se der através de um procedimento fraudulento, cínico e hipócrita, revestido de aparência de justiça, mas concebido como o mais atroz dos tribunais, caso este em que a injustiça e o autoritarismo se darão por duas vias (material e processual) e ainda, some-se a isto o enorme desgaste psicológico nos meandros do procedimento.

Neste contexto de intenções pre definidas, todos os atributos interpretativos ficam a cargo dos processantes, que com supremacia absoluta de meios se assenhoram de espaços, impõem posições e decisões. Neste cenário, revestindo o viés do autoritarismo, figura o ímpeto interpretativo do juiz, o qual muito se assemelha à figura do deus Júpiter, o todo poderoso que se coloca no ápice de uma pirâmide de poder e impõe o seu querer, não como um tirano, mas como alguém que pretensamente intenta fazer o melhor para uma coletividade, mas que na verdade, faz somente o melhor para si, pois exacerba sua vontade, não se importando direitos que se interpõem a meio curso.

Entretanto no pensamento de Hoffmam, Cavalheiro e Nascimento (2011), *(...) O juiz neste tempo histórico esta condenado a interpretar e, quando se interpreta se (re) cria. Logo ao interpretar o Direito – a norma – constitucionalmente está o intérprete a criar, no entanto, criará adstrito às práticas jurídico-interpretativas principiológicas.* Fica claro que se não há como vedar a discricionariedade no processo de julgamento, entretanto esta margem de valoração típica da discricionariedade fica adstrita aos limites impostos pela constituição, *dentro da textura social complexa da contemporaneidade*.

Na esfera militar, talvez pela peculiar visão de hierarquia, o autoritarismo é característica marcante, e que passados 30 anos sem ditadura os resquícios dela ainda permanecem em todas as instituições e em todos os níveis de poder, mas especialmente, estão fortemente presentes nas instituições militares. Uma transição é necessária para consolidar valores democráticos, por que, segundo Mezaroba (2010) o país ainda não conseguiu se desfazer do longo legado autoritário construído ao longo de anos de arbítrio.

Neste mesmo sentido Medeiros (2012) diz:

> "(…) Resquícios autoritários nos processos administrativos militares existem, e é isso que, ao longo de todo o estudo, se pretende demonstrar ao leitor, como as garantias constitucionais são suprimidas (…) demonstrando que a redemocratização, em 1988, não é respeitada nos processos administrativos disciplinares, perdurando no século XXI um estado de exceção." (pag. 51)

Quando se fala em estado de exceção subentende-se violação de direitos consagrados pela evolução histórica da sociedade, e muitos destes direitos violados são direitos fundantes de toda a estrutura jurídica, e seu desrespeito representa solapar o próprio estado de direito. Continua Medeiros (2012) que o desrespeito ao devido processo legal, ao contraditório, a ampla defesa, à legalidade, à presunção de inocência, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à fundamentação das decisões entre outros são fatos comuns, são "*corriqueiramente desrespeitados*".

Outros autores corroboram tal aviltamento de direitos, como é o caso de Martins (1996) que diz que o abuso de poder, via de regra, vem revestido por elementos de legalidade, só podendo ser visualizado no aspecto subjetivo, no ânimo do agente que excede no poder emprestado pelo estado. Nestas decisões há um elevado grau de discricionariedade, geralmente utilizado de forma escusa acobertado pelo corporativismo e pelo próprio poder de quem o pratica. Assim as decisões são pouco ou mal fundamentadas, carregando consigo grande quantidade de personalismo, impetrado pela autoridade julgadora.

Outro problema envolvendo os procedimentos administrativos diz respeito à questão dos prazos e é uma questão controversa. Há quem diga que no processo administrativo "não há prazos" estes se encontram positivados em diversos diplomas legais que versam sobre o tema como por exemplo a Lei 8.112/1990, fato que nos faz crer que sua relevância não pode ser relegada.

Segundo a doutrina, os prazos constantes em diversas leis possuem caráter exortativo e e a não observância deles não implica em nulidade do procedimento, por outro lado sua não observância concorre tanto para o benefício quanto em prejuízo do réu. O benefício ocorre no sentido da prescrição da punibilidade, quando a dilação excessiva dos prazos possibilita a ocorrência da prescrição. O prejuízo ao réu com a dilação do prazo vem da dilação propriamente dita, que aumenta o sofrimento do réu com a indecisão da situação, isto promove aflição mental, tortura psicológica podendo acarretar sérios riscos à saúde da vítima.

A despeito de beneficiar ou prejudicar o réu, o fato é que a questão dos prazos não é tratada de forma equânime no processo, constituindo um fator de desuniformidade das partes ferindo o princípio da igualdade das partes. Isto se dá pelo fato de que cabe somente ao administrado o cumprimento dos prazos (prazo para defesa escrita, para as alegações finais e prazos recursais) e a não observância destes prazos implicará o não conhecimentos dos atos praticados pelo administrado. Por outro lado, a administração não cumprindo o prazo, nada lhe acontece de expresso prejuízo a não ser a prescrição que inclusive já é de ordem pública. Tal assincronia entre

réu e acusador, milita desfavor ao réu e vantagem à administração e possibilita a esta última, manobras e artimanhas quando presente pretensão de punição ou absolvição.

Um paralelo com o olimpo se dá de maneira natural. Os deuses todo poderosos estão acima dos riscos e os mortais são os únicos que sofrem as consequências, principalmente se desobedecerem. O olimpo está para a administração pública assim como os terráquios estão para os administrados, e esta classificação é quase natural, até fácil de ser entendida, entretanto, não pode ser concebida no estado de direito, no estado democrático, vivenciado no contexto atual.

Um processo só pode ser justo se as regras forem claras e comum a todos.

C) IDENTIFICANDO O MODELO DE JUIZ NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Fica então desafio de enquadrar as características do PAD a determinado modelo de juiz, a questão se resume em: qual o modelo de juiz seria o do PAD?

Seguindo a ótica do direito público segundo a qual o servidor só deve praticar o que a lei determina, fica difícil conceber o juiz Hércules nesta seara. A legalidade estrita dos procedimentos administrativos impõe uma obrigação imediata de subsunção à lei. A criação jurisprudencial neste contexto é repelida pelo forte apelo legalista da atividade pública. Interpretações discricionárias dos códigos seriam mais uma fonte de arbitrariedade e suplantação de direitos, e estariam na contramão do sistema jurídico em questão. Não obstante, a necessidade de obediência estrita à norma, alguns julgadores prevalecem-se de sua supremacia funcional e invocam para si atribuição que não lhes compete na medida em que interpretam a norma de acordo com suas convicções, e dão-lhes matizes alheios aos seus reais significados. Não implica dizer que tais juízes possuem características de Hércules, o que acontece neste caso é que estes "juízes" estão a praticar abuso de poder, cerceamento de defesa e assédio moral, tal comportamento delituoso é facilmente observado embora difíceis de serem provados e coibidos, e figuram como deslizes de conduta e não necessariamente uma característica do processo.

A opção pelo juiz Hermes, este que transita entre dois mundos e que como uma rede constrói as relações ligando os diferentes polos de interesse, apresenta-se como um solucionador de conflitos por excelência, um mediador. Um PAD conciliador não seria necessariamente algo ruim. Rogério e Dias (2012) tratam da questão da mediação sendo aplicada ao PAD juntamente com suas peculiaridades e segundos os autores:

> As conclusões evidenciaram a capacidade da mediação, diante das características inerentes ao seu procedimento, de proporcionar solução mais adequada a estes conflitos, consolidar os ideais democráticos da Constituição da República a partir da noção de consensualidade e tornar mais eficiente a estrutura administrativa.

A mediação utiliza uma abordagem “ganha ganha” e promove um fortalecimento dos laços que envolvem as partes. Não se trata de abdicação da capacidade punitiva do estado, trata-se da visualização do servidor como cidadão detentor de direito e na necessidade do aproximação e comprometimento entre estado e servidor como pressupostos para ganhos qualitativos no serviço público prestado. Fosse a mediação uma prática corriqueira na solução de conflitos objetos de PAD's o modelo processual bem se encaixaria no juiz Hermes, entretanto embora proposta por Rogério e Dias (2012) e discutida por alguns autores esta prática não é ainda amplamente popularizada na esfera da administração pública. Embora plausível é pouco factível.

Cumpre-nos então ressaltar as similitudes do PAD ao juiz Júpiter e esta similitude se dá em dois caminhos básicos: o das qualidades e o das deficiências. O modelo jupiteriano é calcado no positivismo clássico das normas e em sua forma piramidal onde a adequação do fato à norma se dá por subsunção, tal característica bem se adequa à legalidade do direito público, *locus* jurídico em que só se deve agir consoante a lei. No campo das deficiências, como foi visto, o autoritarismo é característica marcante e a figura de um julgador duro e intransigente traz consigo características jupiterianas, por outro lado o personalismo do julgador numa via de *animus absolvendi* implica também autoritarismo, uma vez que é a imposição de uma vontade pessoal, nesta hora, em prol do não cumprimento da lei, ou seja, a não punição de um crime, noutro caso punível não fossem os laços emocionais entre juiz e réu.

O modelo de juiz Júpiter bem se adequa ao PAD uma vez que estes procedimentos se fazem à sombra dos princípios e normas do direito público e têm como premissa a legalidade estrita. Nesta hipótese os conceitos de justiça seriam alcançados na grande maioria dos casos, ficariam sem suprimento os casos em que não fosse possível a subsunção à lei, o que já representaria um elevado patamar de qualidade, principalmente em se tratando de um PAD. A discricionariedade administrativa embora admitida, não se aplica nestes casos, aqui, no PAD os critérios de conveniência e oportunidade devem ser afastados, prevalecem as normas concernentes ao devido processo legal.

Se todo o processo fosse totalmente pautado pela legalidade, a atitude fosse a da estrita subsunção da conduta à norma, estaríamos falando de um modelo jupiteriano. Entretanto, conforme visto, há problemas estruturais, que maculam o processo profundamente e impede uma conclusão simples. Falhas no que tange ao princípio do juiz natural (acrescida do mau uso da discricionariedade) faz com que qualquer consideração *a posteriori* seja obliterada, e não há como classificar o juiz se o mesmo sequer se legitima. A dificuldade de enquadrar o juízo do PAD nos modelos de juiz de Ost, talvez se dê pela singeleza dos três modelos propostos, todos Deuses virtuosos, que com uma ou outra peculiaridade, continuam no *status* de Deus, em cuja figura as

virtudes mais se assentam. No caso do PAD são tantas as falhas que para enquadrá-lo num modelo de juiz, mister seria utilizar uma nova figura mítica, fazendo um adendo à obra de Ost.

O PAD pode ser visto como uma pútrida massa de atos, praticados no subterrâneo dos calabouços administrativos, à sobra da impunidade e do corporativismo, utiliza-se de atrozes ferramentas de tortura, convive permanentemente com a morte, morte de pessoas, de cidadãos, de normas e de direitos. Perfila com o seu autoritarismo letal, que desafia a aplicação dos desígnios da lei, perverte a lei natural da vida e se impõe cabal e soberanamente. Tal processo se a um Deus mítico fosse comparado, melhor seria tomássemos a imagem de Hades, divindade dos mortos e do subterrâneo, que com utilizava de seu *capacete de invisibilidade,* Pacheco (2009), para cometer atrocidades com o seu tridente.

CONCLUSÃO

O processo administrativo disciplinar nos moldes como está concebido pela legislação pertinente precisa ser revisto e medidas precisam ser implementadas para suprimir as principais falhas apontadas. Cremos que medidas simples como a necessidade de uma comissão constituída previamente pode melhorar a qualidade dos julgamentos, com esta medida o princípio do juiz natural é preservado. Se além disto os integrantes das comissões tiverem treinamento e capacitação para o desenvolvimento da função, tal qual juízes em princípio de carreira, a qualidade do julgamento terá nova melhoria. Contudo no que diz respeito aos modelos de juiz difícil é a adequação do PAD e sua sistemática a um ou outro modelo de juiz. Dentre os analisados o que parece possuir maior identidade com o procedimento do PAD é o juiz Júpiter, entretanto deveras são as falhas do procedimento, demasiadas são as brechas e lacunas, terreno fértil para a distorção da lei, e para a usurpação do estado de direito. Desta forma melhor é indicar um outro ser mitológico, que pela subsunção lógica melhor se adequa ao quadro reinante de um PAD, esta figura seria o Juiz Hades, o senhor das trevas, que se veste do invisível para cometer atrocidades, tal qual a subjetividade do abuso de poder aplicado no processo administrativo disciplinar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism.* New York, NY: Harcout Brace. 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública.* 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002

GOMES, Reginaldo Gonçalvez. Princípios Constitucionais Aplicados No Direito Administrativo Disciplinar. *academia.edu,* 2016.
https://www.academia.edu/Documents/in/DIREITO_ADMINISTRATIVO_DISCIPLINAR

HOFFMAM, Fernando. CAVALHEIRO, Larissa Nunes. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Dworkin versus cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, Nº 36, P. 80-94, Jul.-Dez., 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; Trad de João Baptista Machado; 6ª ed. São Paulo: Martin Fontes, 1998. ISBN 83-336-0836-5.

MARTINS, Eliezer Pereira. O militar vítima do abuso de autoridade. 2ª ed. Leme: Direito, 1996.

MEDEIROS, Eduardo Luiz. *Devido processo constitucional e a (in)efetividade das garantias processuais nos processos administrativos disciplinares pós-88: Estado democrático de direito ou Estado de excessão?* Dissertação de Mestrado, Universidade Vale dos Sinos. 2012.

MEZAROBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade, o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. SUR: *Revista Internacional de Direitos Humanos.* São Paulo, v. 7, n. 13, p. 20, 2010.

OLIVEIRA, Ocimar Barros de. *Processo administrativo e Democracia Participativa: Participação do cidadão no processo administrativo: Garantia fundamental do estado democrático de direito.*Leme: J.H. Mizuno, 189 p. 2014.

OST, Francois. Júpiter, Hercules y Hermes: tres modelos de jueces. *Doxa*, num. 14. Alicante, 1993.

PACHECO, Antônio de Pádua. A honra, a glória e a morte na Ilíada e na Odisséia. Dissertação de Mestrado. USP (2009)

ROGÉRIO, Taiz e DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. *CONPEDI,* Uberlândia, p. 3615-6639, 2012.

ROZA, Cláudio. *Processo Administrativo Disciplinar & Comissões sob Encomenda.* Curitiba: Juruá, 150 p., 2006.

SILVA, Weydson Castro. Comissões sob encomenda: a aplicabilidade do juiz natural no processo administrativo disciplinar. Fortaleza: ESMEC, 2012. http://hdl.handle.net/123456789/607

STRECK, Lênio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.* Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010