

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO – FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE DOS SANTOS JOSEPH

**ILÍCITOS E SANÇÕES: OS ARRANJOS AUTORITÁRIOS
LEGITIMADOS NA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

CAMPO GRANDE, MS

2023

FELIPE DOS SANTOS JOSEPH

**ILÍCITOS E SANÇÕES: OS ARRANJOS AUTORITÁRIOS
LEGITIMADOS NA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Rejane Alves de Arruda.

CAMPO GRANDE, MS

2023

Eu, FELIPE DOS SANTOS JOSEPH, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura:

Data:/...../.....

Ficha Catalográfica

--

Nome: *Felipe dos Santos Joseph*

Título: *Ilícitos e Sanções: os Arranjos Autoritários Legitimados na Teoria do Direito Administrativo*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data:/...../.....

Banca Examinadora

Orientadora: Profa. Dra. Rejane Alves de Arruda

Instituição: UFMS

Julgamento:.....

Assinatura:.....

Orientadora: Profa. Dra. Andréa Flores

Instituição: UFMS

Julgamento:.....

Assinatura:.....

Orientadora: Prof. Dr. Lamartine Santos Ribeiro

Instituição: UCDB

Julgamento:.....

Assinatura:.....

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e a todos que, direta ou indiretamente, permitiram que, após alguns anos de dedicação, desde quando me lancei o desafio de ingressar no programa de mestrado em Direito da UFMS, contribuíssem pra este resultado final. Também à minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Rejane Alves de Arruda por ter acreditado na viabilidade e relevância da pesquisa.

Aos amigos Adelson Luiz Correa e Régis Munari que, pacientemente ouviam minhas inquietações com algumas premissas do Direito Administrativo Sancionador. De igual modo ao amigo Silvano Coleta, que há anos cede seus ouvidos para meus desabafos pessoais e profissionais. Estranho que ainda permaneça tão próximo. E ao amigo Fanuel Santos, que por diversas vezes estendeu as mãos a mim e muito me ensinou, e ao querido amigo Edenir Silveira Ponciano, que por razões absolutamente singulares, sobre as quais o trabalho busca lançar luzes, optou por compartilhar sua genialidade com os idealizadores do Estado e da Democracia tal como os concebemos ainda hoje.

Aos meus colegas de trabalho, muito especialmente aos mais jovens e mais modernos, tão ávidos na busca por conhecimento e tão desejosos por necessárias reformas, meu fraterno agradecimento por tanto aprendizado que me proporcionaram, nas mais estranhas, tolas, inesperadas e absolutamente excêntricas circunstâncias. É também a vocês e por vocês que escrevo.

E, por fim, ao Mateus, essa figura especialíssima. Meu companheiro amado que, além de acompanhar essa jornada, teve tolerância e compreensão quando, por muitas vezes, deixei de estar ao seu lado para estar pesquisando e escrevendo. *Você é incrível Mat!!*

*Não é nosso conhecimento que nos ameaça, é
nossa ignorância.*

*Sérgio Abranches, em A Era do Imprevisto:
a Grande Transição do Século XXI (2017).*

RESUMO

JOSEPH, Felipe dos Santos. **Ilícitos e sanções**: os arranjos autoritários legitimados na Teoria do Direito Administrativo. Orientadora: Rejane Alves de Arruda. 2022. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2022.

O presente trabalho buscou explorar o conceito de “autoritarismo” no Direito Administrativo Sancionador, evidenciando que esse fenômeno não surge como uma oposição à lei. Ao contrário, busca justificar-se na própria lei. Buscou-se lançar luzes aos os elementos que concorrem para, em conjunto, formar essa matriz de permissividades (condicionantes) por onde trafega, com desenvoltura, um roteiro que não é a melhor tradução das diretrizes de um Estado Democrático de Direito. Assim, o discurso que busca justificar a supremacia do interesse público sobre os interesses privados, a técnica de prescrição das leis administrativas de enunciação de preceitos imprecisos, o discurso que busca justificar a discricionariedade como liberdade para decidir nos espaços livres de regulamentação, a independência da instância administrativa e a legalidade estrita, formam, em conjunto, um grande acervo interconectado de premissas que conferem à Administração Pública amplos poderes, e ainda a libera de ser fiscalizada externamente pelo Poder Judiciário. Buscou-se, ainda, demonstrar que boa parte do problema tem origem na transposição desses valores do Direito Administrativo para o campo sancionador. Se o Direito Administrativo foi – todo ele – concebido em reforço à ideia de autoridade do ente público, o Direito Público Sancionador, cuja expressão máxima é o Direito Penal, foi todo alicerçado na ideiação de prestígio à liberdade dos indivíduos. Essa tensão entre autoridade e liberdade é a mola-mestra de todos os embates havidos no Direito Administrativo Sancionador. Somando-se a isso, o trabalho buscou demonstrar que uma parca reflexão sobre a distinção entre ilícitos e sanções penais e administrativas acaba corroborando com esse estado de coisas. É a atuação sistêmica e sinérgica desses aportes doutrinários, todos com remissão à lei, que permitem a consolidação de um modelo sancionador menos ritualizado e que desprestigia, com maior frequência, os direitos e garantias individuais fundamentais. O método é indutivo, porque o trabalho parte da análise de uma série de premissas consolidadas no Direito Administrativo Sancionador para, então, tentar demonstrar que formam, em conjunto, uma matriz autoritária. Assim, são argumentos que conduzem a resultados plausíveis, e não a conclusões necessárias. É também aplicado, por meio de revisão bibliográfica, para analisar a doutrina. A pesquisa é classificada como exploratória, qualitativa e teórica, do tipo bibliográfica e, eventualmente, documental, para analisar, algumas decisões judiciais.

Palavras-chave: autoritarismo; Direito Administrativo Sancionador; direitos e garantias individuais.

ABSTRACT

JOSEPH, Felipe dos Santos. **Illicits and sanctions**: constraints of authoritarianism in Brazilian Sanctioning Administrative Law. Advisor: Rejane Alves de Arruda. 2022. 220 f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2022.

The present work sought to explore the concept of “authoritarianism” in Sanctioning Administrative Law, showing that this phenomenon does not appear as an opposition to the law. On the contrary, it seeks to justify itself in the law itself. Therefore, we sought to shed light on the elements that compete to, together, form this matrix of permissiveness (conditions) through which a script travels, with ease, that is not the best translation of the guidelines of a Democratic State of Law. Thus, the discourse that seeks to justify the supremacy of the public interest over private interests, the technique of prescribing administrative laws of enunciation of imprecise precepts, the discourse that seeks to justify discretion as freedom to decide in the free spaces of regulation, the independence of administrative instance and strict legality, together form a large interconnected collection of premises that give the Public Administration broad powers, and also free it from being externally inspected by the Judiciary. It was also sought to demonstrate that a good part of the problem has its origin in the transposition of these values from Administrative Law to the sanctioning field. If Administrative Law was – all of it – conceived to reinforce the idea of authority of the public entity, the Public Sanction Law, whose maximum expression is the Criminal Law, was all based on the idea of prestige to the freedom of individuals. This tension between authority and freedom is the mainspring of all the clashes in Sanctioning Administrative Law. In addition to this, the work sought to demonstrate that a scant reflection on the distinction between illicit and criminal and administrative sanctions ends up corroborating this state of affairs. It is, therefore, the systemic and synergistic action of these doctrinal contributions, all with reference to the law, that allow the consolidation of a less ritualized sanctioning model that more often discredits fundamental individual rights and guarantees. The method is inductive, because the work starts from the analysis of a series of premises consolidated in the Sanctioning Administrative Law to, then, try to demonstrate that they form, together, an authoritarian matrix. They are, therefore, arguments that lead to plausible results, not necessary conclusions. It is also applied, through literature review, to analyze the doctrine. The research is classified as exploratory, qualitative and theoretical, of the bibliographic and, eventually, documentary type, to analyze some judicial decisions.

Keywords: authoritarianism; sanctioning administrative law; individual rights and guarantees.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	16
2.1	REVOLUÇÕES LIBERAIS: A LEI COMO NOVO MODELO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.....	17
2.2	CONSEQUÊNCIAS PARA O <i>JUS PUNIENDI</i>	22
2.3	A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA	27
2.4	O CONSELHO DE ESTADO E A CONTROVÉRSIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i>	30
2.4.1	Razões históricas.....	36
2.5	DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL	37
2.6	O AUTORITARISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	40
2.7	UMA VERDADE INCONVENIENTE.....	49
2.8	A EXPANSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	56
3	CONDICIONANTES DO AUTORITARISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	59
3.1	AS CONDICIONANTES EM ESPÉCIE.....	68
3.2	A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	69
3.2.1	Natureza jurídica da supremacia do interesse público.....	70
3.2.2	Interesse público: a imprecisão do conceito	76
3.3	O MÉTODO DA IMPRECISÃO	83
3.4	DISCRICIONARIEDADE NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	96
3.5	A INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.....	100
3.6	A LEGALIDADE COMO VÍNCULO À LEI	115
3.6.1	Controle Difuso de Constitucionalidade e de Convencionalidade pela Administração Pública.....	124
3.6.2	Breve panorama	139
3.7	OS PRINCÍPIOS PENAIIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	142

4	TEORIAS ANALÍTICO-QUALIFICADORAS DA BIPARTIÇÃO DO <i>JUS PUNIENDI</i>.....	152
4.1	PRELIMINARES: UMA PRINCIPIOLOGIA COMUM NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR E O ILÍCITO COMO CATEGORIA JURÍDICA INDEPENDENTE	156
4.1.1	A unidade do <i>jus puniendi</i>	159
4.1.2	O ilícito como categoria jurídica pura	162
4.2	SUBSTANCIALISMO E FORMALISMO	163
4.3	O SUBSTANCIALISMO	166
4.3.1	O Substancialismo por seus Proto-Teorizadores	167
4.3.2	Substancialismo na Doutrina Brasileira.....	168
4.3.3	Uma Anotação Crítica ao Substancialismo	175
4.4	O FORMALISMO	177
4.4.1	O Formalismo por seu Proto-Teorizador	177
4.4.2	Formalismo na Doutrina Brasileira e Estrangeira.....	179
4.4.3	Um formalismo-quantitativo.....	181
4.4.4	Ponto crítico do “quantitativismo”	184
4.5	O DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS	186
4.6	<i>BIS IN IDEM</i> ENTRE PENA E “SANÇÃO ADMINISTRATIVA”.....	190
4.6.1	A Cumulação de Sanção Penal “Administrativizada” com Sanção Penal.....	191
4.6.2	A Cumulação de Sanção Penal com Sanções Administrativas.....	194
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
	REFERÊNCIAS	201

1 INTRODUÇÃO

O termo “autoritário” carrega consigo uma remissão imediata aos comportamentos ditatoriais. Sugere exceção à lei. Formas de governo que não se autenticam em nenhum modelo constitucional democrático. Mas em termos linguísticos também poderia, com alguma tolerância do intérprete, conformar-se a uma cognoscência menos aviltante, porque, com boa vontade, talvez possa expressar, tão somente, aquilo que deriva de alguma “regra de autoridade”.

Uma análise crítica do Direito Administrativo permite identificar um rol de premissas – muitas das quais não-positivadas – que acabam legitimando alguns comportamentos da Administração transitórios entre essas duas perspectivas do vetor da autoridade, que ora expressa virtude democrática, ora tributa acentuada inclinação ao poder ilimitado, de cujo exercício não se extrai nenhum conteúdo finalisticamente ligado à cultura da Democracia, constitutivo, então, de inexorável vício.

Note-se, desde logo, que o Direito Administrativo como um todo está muito fortemente apoiado na ideia de autoridade do Estado. É este o elemento a que remete toda sua matriz principiológica. Daí se permite, por exemplo, falar-se em cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, desapropriação, requisição de bens particulares, autoexecutoriedade e, na própria dimensão do ato administrativo enquanto manifestação unilateral da Administração que vincula o particular.

O caráter cogente de todo esse arranjo é inegavelmente remissivo ao exercício de autoridade legal, pautada, em tese, no objetivo-maior de possibilitar a realização e a consolidação de políticas públicas plurais, voltadas a atender àquilo que – mesmo a despeito de não contar com uma conceituação que estabeleça seu campo de incidência e suas (de)limitações, exibindo, assim, seu elevado grau de indeterminação – convencionou-se chamar de “interesse público”.

Mesmo no plano lógico, é possível dirigir-se facilmente à premissa essencial de que não se concebe um modelo democrático de gestão, que não promova mitigações do ímpeto individual, sob pena de se deixar instalar um regime anárquico, que, em último caso, teria a força bruta como elemento decisório a pautar a “política de Estado” e as decisões administrativas, mesmo as de alcance de toda a coletividade. A autoridade do Estado é, logo, meio assecuratório de paz social.

Não há se falar em gestão democrática que não esteja pautada no interesse metaindividual, público e republicano. Ocorre, porém, que a indeterminação desse preceito (interesse público), especialmente incidente no Direito Administrativo, traz como consequência inafastável uma série de reflexões e ponderações.

De plano, tome-se que há um problema de ordem axiológica, posto que sua dimensão não pode ser tomada, simplesmente, como um preceito de realização da vontade majoritária, mesmo porque de difícil aferição e porque, tomado de tal modo simplista, poderia legitimar a supressão de minorias. Logo, se é o interesse público um preceito de ordem democrática, *prima facie*, sua polivalência deve estar permanentemente atenta aos demais valores de uma cultura democrática. Ponderações sem as quais sua integração à ordem jurídica se realizaria de forma absolutamente precária.

Logo, convém ter solidificado que, se é o Estado um projeto de aglutinação, portanto, metaindividual por essência, sua existência está filosoficamente atada à ideia de sê-lo, também, elemento de estabilidade e de segurança, que reúna as melhores condições de realização dos projetos individuais.

Noutra face, ao indivíduo enquanto expressão kantiana de sua própria finalidade, dirigem-se tutelas sob a rubrica de direitos e garantias individuais, expressamente constantes em texto constitucional, cujos processos de reconhecimento e de afirmação remontam a penosas lutas, e que não podem ser tratados como mero capricho ou desejo particular, mas sim, como expressão, também, do mais autêntico interesse público, porquanto, dentre outras razões, prescritos na ordem jurídica fundamental do Estado. Note-se, então, que a própria conceituação do que, de fato, é “interesse público”, apresenta-se, ainda – se ausente cautela – uma perigosa fluidez.

Ocorre que essa indeterminação de conteúdo que incide sobre o conceito de “interesse público” não é pontual no Direito Administrativo. Trata-se, em verdade, de uma técnica bastante utilizada nas suas prescrições (não só as normativas, mas também as teóricas). Observe-se que mesmo o conceito de ato administrativo, figura absolutamente central do Direito Administrativo, exhibe certo grau de indeterminação.

A técnica da redação legal (ou da enunciação do preceito enquanto “princípio” jurídico) cujo conteúdo seja, tanto mais abrangente quanto possível, justifica-se à medida que, legisladores e doutrinadores buscam conformar a maior quantidade possível de eventos concretos ao fundamental princípio da legalidade administrativa, posto que à Administração é dado o dever de aplicar a lei de ofício.

Ocorre, entretanto, que com isso, o Estado-Administração recebe aporte legal, de tal modo que, ora pode manifestar sua autoridade enquanto força legítima ou, ora pervertendo-a, pode exibir uma face atroz e arbitrária. A elasticidade terminológica e principiológica carregariam consigo virtude e vício. Ou, ao menos, poder-se-ia dizer que carregariam consigo, necessariamente a virtude, mas, eventualmente, permitiriam o vício.

É na principiologia da ponderação da proporcionalidade e da razoabilidade que esses enunciados abertos encontram suas limitações. Ocorre que, enquanto diretriz para a Administração Pública – e tendo em vista a superestimada separação de poderes, que reivindica e projeta firmemente a independência do ente público – isso traduz um quase apelo à autocontenção que, no mais das vezes, não ocorre.

E enquanto vetor de análise da sindicabilidade jurisdicional dos atos administrativos eivados de vício, tem-se, quando menos, um retardamento (indesejado) no cumprimento das diretrizes constitucionais, cuja eficácia restaria jungida a uma análise póstuma (via de regra) de atos já consolidados, cujos efeitos já teriam incidido, efetivamente, sobre todos os seus destinatários, diretos e indiretos.

A discussão que se desenvolverá adiante, exibirá essa posição sensível da Administração, que deve agir pautada na lei, ainda que muitas vezes imprecisa, aplicando-a, mas também atenta àquilo quanto prescrito na Constituição Federal de 1988, muito especialmente aos direitos e garantias individuais. Essa tensão conduzirá a um breve ensaio sobre o modo como se deve dar essa mensuração constitucionalizada que, no patamar mais elevado, alcança a discussão sobre a (im)possibilidade de a Administração promover controle incidental de constitucionalidade e de convencionalidade.

A carência de traços objetivos na demarcação dos limites da função administrativa, que se realiza com suporte na teoria e nas prescrições legais do Direito Público, muito especialmente do Direito Administrativo, evidencia um alto grau de indeterminação em muitas diretrizes dadas ao Estado, o que pode, indesejadamente, permitir atuações que, ao invés de realizar o ideal do legítimo “interesse público”, venham a subvertê-lo. Eis o risco.

E é, precisamente, a sanção o instrumento mais hábil para evidenciar como isso se opera, ou seja, como se dá essa perigosa fluidez do Direito Administrativo que, apoiado na construção teórica do elemento “autoridade”, pode ou não exibir uma face genuinamente democrática, valendo-se, perigosamente, de determinadas imprecisões e chancelas que lhe são dadas, podendo, assim, vergar-se às práticas mais forasteiras. E é o Direito Administrativo

Sancionador o campo de estudo através do qual se induzirá o pensamento crítico a essas questões reportadas como relevantes.

Note-se, desde logo, entretanto, que do modo dual como se comportam algumas premissas do Direito Administrativo, por permitirem o tráfego da Administração entre a “autoridade virtuosa” e a “autoridade viciosa”, mesmo as ações mais abjetas tendem a reclamar conformidade plena com a ordem jurídica, como que fossem legítimas expressões dos poderes que lhe são, constitucional e democraticamente, dados. Essa é a tônica que permeia a pesquisa ora apresentada. E essa é a dicotômica relação semântica do termo “autoritário”, que no Direito Administrativo exhibe amplitude semelhante à dimensão linguística do adjetivo que lhe empresta significação(ções).

Buscou-se, neste trabalho, analisar alguns dos preceitos administrativistas reiteradamente denunciados como autoritários por parcela da doutrina. Posteriormente - ainda que episodicamente isso possa ter ocorrido de modo concomitante - quiçá não muito bem demarcado, buscou-se demonstrar como essas premissas operam no Direito Administrativo Sancionador que, a toda evidência, mostrou-se campo ideal para potencializar esse espírito de robustecimento da “autoridade”, promovendo, ainda, uma associação da teoria do Direito Administrativo puro, com construções que lhe são próprias.

Nesse sentido, este trabalho busca analisar como incidem alguns marcos teóricos do Direito Administrativo na teorização do ilícito e da sanção administrativa. Nessa perspectiva o trabalho está pautado numa metodologia predominantemente indutiva.

São tomados como lastro teórico inicial quatro paradigmas que Gustavo Binbenbojm avaliados como críticos no Direito Administrativo, a saber: a) a supremacia do interesse público, como força potencialmente oponível aos direitos e garantias individuais; b) a compreensão da legalidade como vínculo positivo à lei (e não à ordem jurídica); c) a intangibilidade do mérito administrativo; e d) a ideia de centralidade da máquina administrativa no chefe do Poder Executivo, que incorpora ao processo decisório (de aplicação da lei) o elemento político.¹

¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

O trabalho tenta demonstrar como essas premissas atuam de modo especialmente contundente no Direito Administrativo Sancionador, descrevendo as reverberações efetivamente produzidas, e observando-as, se obedientes ou não, a lógica anteriormente descrita, de permitirem oscilações do vetor “autoridade”, entre elemento de convergência com o interesse público, e a subversão da ordem jurídica àquilo que, efetivamente, interesse público não é.

Mas não se pode dizer que a pesquisa fora limitada aos vetores dados pela doutrina administrativista como potencialmente autoritários. O que se buscou foi observar se, e em quais premissas particulares do Direito Administrativo Sancionador, é possível identificar esse comportamento, analisando-se possíveis (ou prováveis) desdobramentos.

O que não significa, de modo algum, dizer que, em alguns pontos, a crítica feita por administrativistas não é completa ou quase completamente aproveitável quando se analisa o Direito Administrativo Sancionador. É o caso, por exemplo, do discurso travado em torno do princípio da supremacia do interesse público. Ainda que no Direito Administrativo Sancionador mereça ponderações adicionais, notadamente para exibir os eventuais confrontos com um regime jurídico de ordem constitucional de tutela da dignidade humana dos acusados, ou seja, dos submetidos a qualquer tipo de perseguição, a construção teórica básica desse preceito “supremacista” opera, em ambos os casos, uma potencial e quase natural aversão às “tutelas individuais”.

Para cumprir com o objetivo geral, a pesquisa teve início buscando aporte na contextualização histórica, com o objetivo específico de permitir extrair conclusões de, se e como, o Direito Administrativo adquiriu uma postura autoritária, e se isso estaria ou não, vinculado ao seu processo de formação, que remonta à segunda metade do século XVIII e ao movimento revolucionário liberal francês (Revolução Francesa, que ocorreu no período de 1789 a 1799).

Em seguida, no capítulo três, buscou-se explorar, de modo razoavelmente individualizado, uma a uma, a forma como algumas premissas operariam no Direito Administrativo Sancionador, obedientes à mesma lógica descrita anteriormente, ou seja, operando como permissivos autoritários para a Administração. E razoavelmente individualizados porque esses preceitos acabaram demonstrando operarem como uma verdadeira estrutura entrelaçada, sinérgica, portanto, constitutivas de uma verdadeira matriz, única, indissociável.

Esse objetivo específico foi cumprido, analisando-se: a) o discurso em torno do “princípio da supremacia do interesse público”; b) as imprecisões conceituais presentes no Direito Administrativo Sancionador, que, por vezes, alcançam a tipificação das infrações administrativas e o estabelecimento das sanções a aplicar; c) a possibilidade de incidência de critérios discricionários no ato sancionador; d) o discurso em torno da independência da instância administrativa; e) a legalidade administrativa enquanto vínculo estrito à lei, e a consequente (im)possibilidade de o administrador filtrar seu agir com fundamento na Constituição e; f) o debate sobre a incidência da principiologia penal no Direito Administrativo Sancionador.

No capítulo seguinte, e ainda em continuidade ao mesmo propósito, porém em análise apartada – dada a complexidade do tema, e a própria natureza da discussão, que se revela relativa e substancialmente independente – o estudo empreendeu esforço na (re)leitura sobre a falta de clareza da doutrina sobre as notas distintivas essenciais entre ilícito administrativo e ilícito penal, e consequentemente, entre a sanção administrativa e a pena, para observar como isso concorre para um tratamento brando e tolerante em relação às sanções administrativas, o que, também acaba por permitir uma deturpação da finalidade do instrumento de sanção da Administração. Discussão que complementa, por sua natureza, a análise sobre a independência da instância administrativa, e que também impacta, sobremaneira, a discussão sobre possível ocorrência de *bis in idem* na cumulação de sanção penal com a sanção penal administrativizada, ou mesmo com a sanção administrativa, na dimensão estrita.

O problema principal de pesquisa pode ser traduzido segundo algumas perguntas: quais as consequências da transposição de premissas do Direito Administrativo para o Direito Administrativo Sancionador? O Direito Administrativo Sancionador adquiriu do Direito Administrativo algumas prescrições necessariamente autoritárias? Se (ou quando) autoritário o Direito Administrativo Sancionador, isso se dá como expressão flagrante de contrariedade à lei e à ordem jurídica?

A pesquisa é orientada pela metodologia bibliográfica, qualitativa, desenvolvida com levantamentos na literatura especializada do Direito Administrativo Sancionador, realizada em livros, artigos, dissertações e teses.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

É preciso também submergir no processo histórico para compreender quais foram as rupturas, as decisões, as construções teóricas, e todos os tipos de influências que irritaram essa ramificação do Direito Administrativo, e que resultaram na elaboração dos seus valores fundamentais.

Essas reflexões são determinantes para compreender o estágio atual das coisas, de modo a afastar concepções que ignoram o passado, e que, ao negligenciá-lo, fazem desaparecer toda uma cadeia de relação de causalidade, cuja maior utilidade é esclarecer como e porque ganharam vida algumas premissas administrativistas.

Foi inspirado na reflexão teleológica da norma jurídica que Ronald Dworkin declarou que “O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado [...]”.² Há, inevitavelmente, eventos históricos marcantes para o Direito Administrativo Sancionador, de modo que suas bases estão, por vezes, mais comprometidas com o passado do que com o presente. Ou mesmo podem ser lidas como marcas do passado no presente. E isso não carrega, em si, um tom crítico, mas sim, reflexivo e metodológico do processo de formatação, propriamente.

E se é no passado que se “escreve o Direito”, o transcurso do tempo pode revelar-se detrator gradual da legitimidade das normas, quando elaboradas com imperfeições nos fundamentos, como analisou Georg Wilhelm Friedrich Hegel.³

Logo, importa compreender que aquilo que, hoje, é criticado como um arranjo autoritário do Direito Administrativo Sancionador, não é fruto de uma geração espontânea, nem é uma criação original recente. Trata-se de uma derivação de uma cadeia de eventos e de acomodações póstumas a esses eventos. Sim, tem-se por evidente que também o Direito é obediente a um autêntico processo hereditário.

Todo esse instrumental, cujo vínculo é indissociável do processo histórico, num dado momento, noutro contexto político e social, pode tornar-se imperfeito e indesejado, por não

² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 10.

³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997.

mais se compatibilizar com as concepções modernas, agora traduzidas na perspectiva da Democracia. Razão pela qual o Direito se revela um corpo dinâmico e vivo, que se reporta à realidade social, interruptamente móvel, e onde, afinal de contas, encontra, reencontra, ou se afasta da sua própria legitimidade. Não por acaso é ciência social.

É por causa dessa permanente metamorfose social que o Direito contempla instrumentos de adequação temporal da norma jurídica, seja pelo processo de integração dessas normas (autointegração e heterointegração) aos mais dinâmicos e diversos contextos fáticos, seja pelos mecanismos do controle de constitucionalidade, ou por meio do exercício regular do poder constituinte derivado reformador. Ou mesmo através da mutação constitucional, traduzida na “[...] revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional [...]”.⁴

Qualquer que seja o meio de adequação da norma ao meio político-social e ao próprio contexto fático, o Direito conserva consigo a inexorável ideia da mutação ambiental, e prescreve, mesmo na rigidez da sua forma, essencialmente positivista (no Brasil), amplas possibilidades que lhe conferem alguma plasticidade. Trata-se, no limiar mais extremo, de um autêntico mecanismo de manutenção da sua própria legitimidade.

2.1 REVOLUÇÕES LIBERAIS: A LEI COMO NOVO MODELO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

A observação da história do mundo ocidental medieval – e também da Idade Moderna – permite identificar perspectivas “internas” no ato de punir para além do ideal de promover justiça. De modo muito genérico, pode-se depreender que havia duas dimensões muito claramente manifestas no ato punitivo, que podiam ser traduzidas segundo as máximas: a) pune quem tem poder, e b) tem poder quem pune. A primeira era potencialmente autoritária e remetia à noção da autoridade. A segunda era necessariamente autoritária e remetia a uma perspectiva psicológica de quem ordenava a punição. A noção de pena enquanto instrumento da prevenção – por meio da dissuasão – acabava se exaurindo por completo em meio a uma brutalidade desmesurada, que conspurcava a sanção como um castigo, que dado o elevado grau de crueldade, exibia o unicamente o carácter retributivo, uma vingança pública desproporcional.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1.228.

A crueldade transbordava de tal modo que produzia duas reações mais comuns. Para os que assistiam à execução de um criminoso, tinha-se apenas um espetáculo; noutros provocava um misto de piedade e indignação.⁵ É nesse contexto, de análise das sanções mais abjetas, que se pode depreender que a desproporcionalidade da medida a conduz à deslegitimação. E ainda conduz ao indesejado – e paradoxal – resultado de se produzir empatia à figura do sancionado, ou seja, àquele que, de algum modo, direta ou indiretamente, ameaçou a coletividade. No lugar do sentimento de reprovação ao indivíduo autor do ilícito, surge, então, a repulsa à desproporcionalidade e à irracionalidade da medida imposta. Ou seja, reprova-se, ao invés do criminoso, o próprio ente público e sua injusta medida de sanção.

Abram-se aqui parênteses; é também no entorno do debate sobre as funções da pena que se pode observar essa dinâmica, do que se pretende propor, analiticamente, ou seja, é também possível observar no Direito Penal – aqui projetado como o Direito público “que pune”, em todas as suas manifestações – na sua projeção no tempo –, o hábil trânsito do elemento “autoridade” entre virtude e vício. Note-se que o limiar que separa virtude e vício, sanção e castigo, punição e vingança, é tênue e, não-raro, não-consensual.

Mas aqui jaz um dos pontos de reflexão que tem centralidade na pesquisa, senão simboliza o próprio elemento central. A linha que separa a sanção legítima da ilegítima é sublime, e por sê-lo, mesmo o gesto punitivo mais atroz e desproporcional, ou mesmo a postura estatal mais abjeta – como a história também nos demonstra – parafraseando Norberto Bobbio, recorre a um séquito de justificações éticas, jurídicas e sociológicas.⁶ Não se registra nenhum tipo de violência de Estado confessadamente ilegítima. Mesmo a maior atrocidade enquanto política de Estado já registrada na história recente – o nazismo – dizia-se legal. Os asseclas do regime produziram um sem-número de justificativas para exhibi-lo como política e eticamente lúdimo.

Do mesmo modo, a pena sempre foi executada como legítima expressão da ordem jurídica, por vezes alicerçada, ainda que com termos distintos, ao quase indecifrável “interesse público”. Diga-se, em resumo: mesmo o excesso extremado (do Estado) reclama para si, por meio de alguma retórica, legitimidade.

⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/BECCARIA,%20C.%20D%20os%20delitos%20e%20das%20penas.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Durante séculos da Baixa Idade Média (séculos XI a XV) e da Idade Moderna (século XV e seguintes), até o desencadeamento dos movimentos revolucionários do século XVIII, nos Estados sob a égide do regime monárquico-absolutista, a punição, muitas vezes traduzida na pena capital, foi infligida como “espetáculo” e como meio de exortar poder sobre o corpo do condenado.⁷

Registro minudente de suplício público foi ofertado por Michel Foucault em *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão* (1975), ao descrever o modo como fora executada a pena capital do regicida Robert François Damiens, em Paris, acusado de tentar matar o rei Luiz XV, alguns anos antes da Revolução Francesa (1789-1799):

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a **Gazette d'Amsterdam**]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas....⁸

⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 8, grifo do autor. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁸ Ibid., p. 8, grifo do autor.

Contra este tipo de brutalidade exibido nas execuções públicas – por sua própria natureza, espetacularizadas –, sete anos após a execução de Damians, o iluminista italiano Cesare Beccaria publicou suas reflexões contra a pena capital. À sua observação, não era lícito – nem oportuno – ao Estado sentenciar à morte, em nenhuma circunstância; para tanto transitou do “argumento contratualista” ao “argumento utilitarista”.⁹

Suas proposições atravessaram séculos, conservando consigo incrível validade argumentativa, e inspirando outros filósofos do Direito, a exemplo de Norberto Bobbio, que o menciona ao realizar um dos mais profundos exames sobre a questão da pena de morte – senão o mais profundo e rico em argumentos, contrários e favoráveis.¹⁰

Essa mesma inspiração filosófica que agitou os debates sobre o Direito Penal, ou seja, esse ânimo revisional e reformista, pautado em uma pretensa base racional, força motriz do iluminismo, também fez irromper, no fim do século XVIII, revoluções liberais que reclamavam a liberdade aos homens e às mulheres, e a submissão de todos os indivíduos, e também do Estado, à lei.

⁹ Argumento contratualista: “[...] Qual poderá ser o direito que o homem tem de matar seu semelhante? Certamente não é o mesmo direito do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de pequeninas porções da liberdade particular de cada um, representando a vontade geral, soma das vontades individuais. Que homem, porém, outorgará a outro homem o arbítrio de matá-lo? Como poderá haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o sacrifício do bem maior de todos os bens, que é a vida? Se assim fosse, como se harmonizaria tal princípio com o de que o homem não tem o direito de matar-se? Não deveria porventura ter ele esse mesmo direito, se resolveu outorgá-lo a outrem ou a toda a sociedade?”; Argumento utilitarista: “A *pena de morte* não é, portanto, um *direito*, já que demonstrei que isso não ocorre, mas é a guerra da nação contra o cidadão, que ela julga útil ou necessário matar. Se, no entanto, eu demonstrar que a morte não é útil nem necessária, terei vencido a causa da humanidade. [...]. Não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim sua extensão, pois a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas efêmero. [...] Não é o terrível, mas passageiro, espetáculo da morte de um criminoso, mas sim o longo e sofrido exemplo de um homem, privado da liberdade, e que, convertido em animal recompensa com a fadiga a sociedade que ofendeu, é que constitui o freio mais forte contra os delitos [...]. [...] A pena de morte torna-se espetáculo para a maioria e objeto misto de compaixão e desdém para poucos. Ambos os sentimentos ocupam mais o espírito dos espectadores do que o salutar terror que a lei pretende inspirar, mas, nas penas moderadas e contínuas, o sentimento predominante é o último, porque único [...]”. BECCARIA, 1999, p. 90-92, grifo do autor.

¹⁰ BOBBIO, 1992.

Ressalvadas as idiossincrasias de cada movimento revolucionário, norte-americanos (Independência dos Estados Unidos – 1776) e franceses (Revolução Francesa)¹¹ legaram ao mundo a idealização de um Estado onde “[...] governantes e autoridades públicas submetem-se à lei e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do Direito.”¹²

Essa sociedade inaugurada pelas revoluções do fim do século XVIII foi capaz de promover uma “[...] emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais sempre esteve atado: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas [...]”.¹³ Resultou disso que homens e mulheres estavam definitivamente livres. E só.¹⁴ Soshana Zuboff também captou esse elemento essencial na transição para o liberalismo.¹⁵

Desde então a liberdade foi alçada ao status de direito individual, e foi se afirmando gradativamente em todas as dimensões e possibilidades de usufruto, de modo que Zygmunt Bauman, já no começo deste século, anunciava-se que a “[...] agenda da libertação já estava praticamente esgotada.”¹⁶

Mas o indivíduo que experimentou liberdade recebeu também a insegurança e a responsabilidade individual por seus atos como efeitos colaterais atávicos. Zygmunt Bauman traduziu a essência desse fenômeno valendo-se de uma passagem de *Odisséia*, ao transcrever

¹¹ Ressalta-se essa diferença: “Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia [sic] de liberdade a outros povos [...]”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 1999. p. 80.

¹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

¹³ COMPARATO, op. cit., p. 33.

¹⁴ Propositadamente se desejou explorar a ambivalência do termo, para aduzir que o indivíduo se tornou somente livre (não se lhe asseguraram, imediatamente, direitos de segunda e terceira dimensão), mas também para aduzir que esta libertação lançou-o à solidão.

¹⁵ “[...] Antes de tudo, vamos estabelecer que o conceito de ‘individualização’ não deve ser confundido com a ideologia neoliberal do “individualismo”, que transfere toda a responsabilidade de sucesso ou fracasso para um indivíduo mítico, atomizado e isolado, condenado a uma vida de perpétua competição e desconectado de relacionamentos, comunidade e sociedade. [...] Cerca de duzentos anos atrás embarcamos na primeira estrada moderna na qual a vida não era mais entregue de uma geração à seguinte de acordo com as tradições da aldeia e do clã. Essa “primeira modernidade” marca a época na qual a vida se tornou “individualizada” para um grande número de pessoas à medida que foram se separando das normas, dos significados e das regras tradicionais. Isso significou que cada vida se tornava uma realidade própria aberta a possibilidades, em vez de uma certeza a ser realizada. Mesmo quando hoje o mundo tradicional permanece inabalado para muita gente, ele não pode mais ser vivenciado como a única história possível.” ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 47-48. Disponível em: https://livrogratuitosja.com/wp-content/uploads/2021/03/A-Era-do-Capitalismo-de-Vigilancia-by-Shoshana-Zuboff-z-lib.org_.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 21. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade_liquida.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

o diálogo entre Ulisses e o soldado Elpenor, depois que este fora “libertado” do feitiço da deusa Cícer, que o havia transformado em porco:

[...] O “libertado” Elpenoros não ficou nada grato por sua liberdade, e furiosamente atacou seu “libertador”:

Então voltaste, tratante, intrometido? Queres novamente nos aborrecer e importunar, queres novamente expor nossos corpos ao perigo e forçar nossos corações sempre a novas decisões? Eu estava tão feliz, eu podia chafurdar na lama e aquecer-me ao sol, eu podia comer e beber, grunhir e guinchar, e estava livre de meditações e dúvidas: “O que devo fazer, isto ou aquilo?” Por que vieste? Para jogar-me outra vez na vida odiosa que eu levava antes?¹⁷

Zygmunt Bauman e Soshana Zuboff bem abordam essa “inconveniência” do processo liberalizante. Trazem à reflexão que o modelo responsivo também se tornara individualizado. Supriu-se a insegurança, que derivou desse processo, com o instituto da lei, para estabelecer previsibilidade do comportamento dos indivíduos, e também do Estado, e ainda para assegurar um rol de proteções à dignidade humana, cuja maior tutela se deu por meio de direitos e garantias individuais, inscritos nos mais diversos instrumentos formais, notadamente nas Constituições dos Estados.

A lei respondeu, assim, ao clamor por segurança desses indivíduos, ora libertos, porém solitários. Operou-se assim uma transição também do modelo securitário. Do coletivo para o individual, do costume para o ordenamento jurídico positivo, da força e da coação física para um sistema ordenado e regado por normas jurídicas.

Com a “gestação” do indivíduo livre, “[...] A sociedade liberal ofereceu, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei [...]”.¹⁸ A lei tornou-se, assim, instrumento de segurança individual no mundo pós-revolução. Dito de outro modo: os direitos e garantias individuais passaram a ser a maior expressão de segurança para um homem livre e solitário.

2.2 CONSEQUÊNCIAS PARA O *JUS PUNIENDI*

O mesmo movimento liberalizante modificou radicalmente o modelo de Estado no mundo ocidental. A Revolução Francesa derrubou a monarquia absolutista de Luís XVI e proclamou um modelo constitucionalizado de Estado, inspirado em Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu (1689-1755). O poder, até então exercido de

¹⁷ BAUMAN, 2021, p. 21.

¹⁸ COMPARATO, 1999, p. 33.

forma unitária pelo mandatário absoluto, foi fragmentado numa tríade independente, pretensamente harmônica, submetida a uma série de calibrações, o que se convencionou chamar de sistema de freios e contrapesos.¹⁹

As revoluções que marcaram o fim da Idade Moderna, inaugurando uma “pós-modernidade”, não reclamavam tão somente um novo paradigma de relação entre indivíduo e Estado, que se pautasse sobejamente nas formulações contratualistas de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). A Revolução Francesa propunha, em verdade, as bases de “[...] uma nova sociedade, erigida sobre o ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade [...]”.²⁰ A liberdade individual era apenas o germe inaugural de um movimento de reivindicações que deu origem a um amplo processo reformista.

As rupturas que erigiram como um reclame contra o Estado monárquico-absolutista (na Europa) ou contra o regime colonialista das treze colônias britânicas, naquilo que viria a se tornar os Estados Unidos – pode-se dizer, logo, contra a submissão ao despotismo e ao poder ilimitado – fixaram premissas que afetaram a vida humana em todas as suas dimensões, e a relação entre os indivíduos e o Estado no ocidente foi radicalmente repactuada.

Mas, se por um lado, a figura do monarca simbolizava despotismo e onipotência, por outro, assegurava a unidade do poder. Ao menos quanto ao aspecto do exercício do poder estatal, o regime monárquico absoluto era, naturalmente, mais estável e menos complexo.

E na transição do Estado absolutista para o Estado liberal e constitucional surgiu o problema de distribuição do poder numa tríade. Logo, “O grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar um outro titular da soberania, ou poder supremo, em substituição ao monarca [...]”.²¹

Isso porque a figura de um titular absoluto do poder do Estado, em certa medida – e mensurados todos os pecados originais contidos nesta reflexão – resolvia, ao menos, o problema da unidade do exercício do poder. Não se trata aqui de uma discussão do aspecto filosófico ou que pretenda justificar a existência, validade e legitimidade de um regime execrável, somente por avaliá-lo como sendo, aparentemente, de maior estabilidade em apenas um aspecto. Mesmo porque equivaleria a andar em círculos, porque se diria que: o

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n. 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61.

²¹ COMPARATO, 1999, p. 85.

poder absoluto é execrável, mas deve-se admitir que resolve o problema do exercício do poder. Mas é o exercício do poder por um só indivíduo é signo de autoritarismo, que é igualmente execrável.

A estabilidade a que se faz referência está afeta ao campo de estudo ora proposto: ao *jus puniendi*. E de modo mais pragmático do que metafísico, parece razoável – segundo uma lógica quase aritmética – estabelecer que a unidade de qualquer sistema punitivo é mais útil à finalidade de construção da coesão desse sistema, e onde, em tese, tem-se maior evitabilidade de decisões contraditórias.

Não se trata de projetar a discussão para a ótica da validade do argumento que tenta justificar qualquer poder absoluto. Todo poder absoluto é detestável. Mas se trata de constatar, com certa – potencialmente reprovável – simplicidade, que a fragmentação do poder, e conseqüentemente, a fragmentação do poder punitivo, no Estado Constitucional, é a origem de alguns dissensos no Direito Administrativo de modo geral, e muito especialmente no Direito Administrativo Sancionador, que se arrastam até os dias atuais.

Note-se que neste Estado absolutista não fazia qualquer sentido discutir a natureza do preceito punitivo ou a natureza da sanção, se administrativa ou penal. O poder era, afinal de contas, uno e indivisível, e “[...] a figura do governante acabava se confundindo com a do próprio Estado [...]”.²² Entrelaçavam-se numa simbiose que fora resumida na célebre manifestação de Luíz XVI: “*l’etat c’est moi*”. Mesmo o Poder Judiciário se submetia ao império²³ e não desfrutava de qualquer independência.

O desenvolvimento de regras e princípios que dessem regência às múltiplas relações entre Estado e particulares teve, como condição *sine qua non* à sua realização, a submissão do próprio Estado às leis. Sem Estado de Direito, não havia se falar em Direito Administrativo.²⁴

²² CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 37.

²³ “Não havia Tribunais independentes, uma vez que, em uma primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares e, em fase posterior, as funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 53-54.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Por isso é bastante consensual para a doutrina que a certidão de batismo do Direito Administrativo se deu com a lei de 28 do pluvioso do ano VIII²⁵, em 1800.²⁶ O Direito Administrativo emerge, assim, não como produto acabado de reflexões filosóficas, mas como subproduto de uma revolução havida num ambiente político-social conturbado, de reacomodação do poder, que se fragmentou numa tripartição, e que buscou equilibrar-se num sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

Maria Sylvia Di Pietro, sem discordar que o Direito Administrativo tenha nascido com a lei de 28 do pluvioso do ano VIII, sustenta, todavia, que foram as decisões do Conselho de Estado, notadamente após o caso Agnes Blanco, em 1873, que de fato possibilitaram a formatação de um Direito Administrativo autônomo, dotado de elementos de cientificidade.²⁷

Para a autora, não foi exatamente o marco legal de 1800 que acabou por definir a autonomia do Direito Administrativo; foi, logo, um processo de “elaboração pretoriana”, que o elevou, de fato, à condição de “[...] ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios [...]”.²⁸ Também caminha nesse sentido Odete Medauar.²⁹

Gustavo Binenbojm, por sua vez, observa que, sendo assim, não se pode atribuir ao advento do Estado de Direito a titularidade criacional do Direito Administrativo:

A associação da gênese do Direito Administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. [...] O Direito Administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo Conseil d'État, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do Direito Administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou

²⁵ Este modelo de data remete ao calendário inaugurado pelos revolucionários franceses: “Os líderes revolucionários estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica que não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano 1 iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a nova Assembléia [sic] Constituinte que inaugurou o regime republicano [...]”. COMPARATO, 1999, p. 78.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**: curso moderno de graduação. 6. ed. de Acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

²⁷ DI PIETRO, 2019.

²⁸ *Ibid.*, p. 68.

²⁹ “A partir de 1872 o Conselho de Estado passou a decidir tais litígios de modo independente, por si só, com caráter de coisa julgada. A elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado impunha-se à Administração francesa e, assim, norteou a construção do núcleo de muitos institutos e princípios do Direito Administrativo.” MEDAUAR, 2018, p. 29.

não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.³⁰

Expõe-se, assim, certa contradição em se atribuir ao Estado de Direito a criação do Direito Administrativo quando, na verdade, a estruturação dada pela revolução francesa à jurisdição administrativa foi no sentido de, justamente, divorciar a máquina pública do enquadramento à lei.³¹

E que se tenha claro: o Direito Administrativo hodierno nada mais é do que um sucessor e legatário – ainda que distante – de algumas práticas e regulamentos esparsos, vigentes no tempo do absolutismo, que deram alguma sustentação jurídica a um corpo executivo auxiliar, para que este fosse capaz de dar cumprimento àquilo quanto derivasse, em último estágio, do elemento volitivo de um mandatário absoluto. Em linhas gerais, isso se traduziria, ainda que precariamente, no exercício das funções administrativas do Estado.³²

Mas que não se confundam as poucas normas a disciplinar o exercício dessas funções, com aquilo que hoje se conhece por “Direito Administrativo”³³, dada a carência, à época, de uma “[...] elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.”³⁴

³⁰ BINENBOJM, 2014, p. 11.

³¹ Ibid.

³² “O Direito Administrativo, como ramo **autônomo**, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas [...]”. DI PIETRO, 2019, p. 31, grifo do autor.

³³ “O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio alume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020. p. 59.

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 31.

Importa de tudo isso notar que, se a Revolução Francesa, por um lado, permitiu a criação e o desenvolvimento do Direito Administrativo, por outro, desencadeou uma fragmentação do poder de punir. Ao se conservar parcela dessa potestade na própria Administração, promoveu-se a bipartição do *jus puniendi*, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. “Conservação”³⁵ essa, por vezes, duramente criticada.³⁶

É no registro histórico que se entrelaçam os eventos que culminaram com a dotação (ou manutenção) de poderes punitivos à Administração (ou à função administrativa). Suas justificativas não podem, por essa razão, recorrer às digressões puramente filosóficas, se resultaram, efetivamente, de uma mescla de fatores que convergiram num ambiente político-social conturbado. A historicidade é, também para a sanção administrativa, elemento fundamental para sua melhor compreensão.

2.3 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

A base teórica sobre a qual se desenvolveu o Direito Administrativo no Brasil é, preponderantemente, de origem francesa.³⁷ Entretanto, há por aqui alguns traços distintivos profundos, isso porque, nas palavras de Floriano Marques de Azevedo Neto, a tônica do Direito Administrativo brasileiro “[...] busca se espelhar no modelo francês, mas, na prática, se constrói sobre bases muito diferentes daquelas existentes na França.”³⁸

E um dos fortes traços distintivos entre o modelo brasileiro e o modelo francês, reside na adoção, por aqui, da unicidade de jurisdição, contrapondo a dualidade de jurisdição no modelo francês (contencioso administrativo).

³⁵ Nem mesmo se pode dizer tratar-se de uma conservação propriamente. Admitir que dotar a Administração de parcela do poder punitivo seja uma manutenção desse poder, seria equivalente a admitir que o poder do soberano era, na sua totalidade, apenas um poder administrativo, o que parece impreciso.

³⁶ “Es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración activa ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder [...]. En el Estado de policía se hablaba de un ‘poder de policía,’ que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente [...]. Al pasarse al Estado de Derecho la noción fue recortada, excluyendo el empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que además de su manifiesta desactualización conceptual y terminológica, frecuentemente desemboca en abusos.” GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. II-8-II-9. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁷ “[...] o Direito Administrativo pátrio se desenvolve e se consolida, com predomínio da linha francesa, seguida da italiana e da alemã [...]”. MEDAUAR, 2018, p. 30.

³⁸ AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O Direito Administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015. p. 57. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50735/49533>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Para compreender os motivos que levaram franceses a manter atuante um órgão (Conselho de Estado)³⁹ que atravessou séculos, é preciso considerar que, após a queda do *Ancien Régime*, para os revolucionários, era preciso solucionar o problema da titularidade do poder político, ou seja, era preciso eleger a “instituição” que se apresentaria como alternativa ao poder deposto.

Fábio Konder Comparato descreve que esse processo conduzido por Maximilien Robespierre (1758-1794), Georges Jacques Danton (1759-1794) e influenciado por Jean-Paul Marat (1743-1793), que acabou depondo Luís XVI (1754-1793) e o regime absolutista, criou também um embaraço quanto ao exercício do poder político em nome do Estado.⁴⁰

Com a queda da monarquia, a burguesia - essa denominação genérica dada aos “proto-empresendedores” – apresentou-se prontamente como alternativa de poder.⁴¹ Era natural que esta classe originária do terceiro estamento – mas que não se compunha pelo seu substrato mais baixo, genericamente designado como “povo” –, ao ascender, desejasse impor limitações àqueles que pudessem representar qualquer perigo ao projeto liberalizante, dentre os quais o Poder Judiciário, que exibira, na vigência do regime deposto, uma postura também servil ao mandatário absoluto.

³⁹ “O Conselho de Estado é na França uma instituição que surgiu em fins da Idade Média sob a denominação de Conselho do Rei e que, após breve eclipse ao tempo da Revolução Francesa, foi restabelecido em 1800 por Napoleão em sua forma moderna com o nome de Conselho de Estado para, a seguir, varar todos os regimes: monarquias constitucionais, impérios e repúblicas, até os nossos dias.” GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 112, n. 2, p. 63-67, 1984. p. 63. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2127/1053>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁰ COMPARATO, 1999.

⁴¹ “[...] Dos três estamentos que compunham oficialmente a sociedade francesa, o clero e a nobreza não tinham, naquele momento histórico, a menor legitimidade para reivindicar para si a soberania, porque continuavam apegados a privilégios que oprimiam o povo humilde e restringiam a liberdade econômica dos burgueses. [...] A classe burguesa resolvia assim, elegantemente, a delicadíssima questão da transferência da soberania política. Em lugar do monarca, que deixava o palco, entrava em cena uma entidade global, dotada de conotações quase sagradas, que não podiam ser contestadas abertamente pela nobreza e o clero, sob pena de sofrerem a acusação de antipatriotismo, entidade essa que, de qualquer forma, pairava acima do povo, onde predominava a força numérica dos não-proprietários. [...] Obtinha com isto a classe burguesa, logo no início do movimento revolucionário, o exercício efetivo e exclusivo do poder político, em nome de todos os cidadãos [...]”. Ibid., p. 150-153.

Por essa razão o Estado francês pós-revolução firmou premissas que tinham, por fim, o objetivo de dotar a Administração de uma absoluta independência e intangibilidade. Não se tratava de uma questão jurídica ou filosófica, mas de uma exegese de manutenção do poder pelos revolucionários.⁴² Desse modo, o argumento da separação de poderes que já encontrava formulações em Montesquieu, enquanto necessidade intrínseca à teoria do Estado, mostrou-se receptáculo ideal aos argumentos do projeto revolucionário.

Ao afastar completamente o Poder Judiciário da apreciação das causas que envolviam a Administração, o Estado francês inaugurava um modelo de dualidade de jurisdição, com uma justiça comum e uma justiça administrativa, esta tendo como órgão máximo o longo Conselho de Estado, politicamente controlado pelo Poder Executivo.

Reside neste ponto uma enorme diferença entre o modelo de exercício de jurisdição no Brasil e na França. Pode-se dizer que, de certo modo, o modelo que se instalou no Brasil, é uma cópia infiel do modelo originário. Mesmo sem adotar a dualidade de jurisdições, no Brasil se conservou rigidamente a premissa da separação dos poderes, criando-se uma verdadeira blindagem à Administração, o que se consolidou como um dos marcos teóricos potencialmente autoritários das práticas desenvolvidas no Direito Administrativo. Isso porque, na França, o órgão reinventado para julgar o contencioso administrativo, com pronúncia definitiva do Direito (Conselho de Estado), moldado para estar permanentemente subsumido ao controle político do Poder Executivo, adquiriu verdadeira independência, a reboque da sua própria iniciativa, e adequou-se, progressivamente, ao Estado Democrático.

No Brasil, a ausência desse órgão significou um agir administrativo, muitas vezes desarticulado do ordenamento jurídico, e displicente da centralidade da Constituição como vetor axiológico para interpretação das leis, o que se fez sentir com maior gravidade nas ações punitivas, no campo das sanções.

A elevação da separação dos poderes a um verdadeiro dogma intransponível do Direito Administrativo significou, por muito tempo, uma sólida barreira à infiltração na Administração dos valores constitucionalmente estabelecidos. A insindicabilidade do “mérito administrativo” permitiu uma atuação do Estado absolutamente distante do compromisso

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47127/45703>. Acesso em: 20 fev. 2023.; LUZ, Denise. **Direito Administrativo sancionador judicializado**: improbidade administrativa e devido processo aproximações e distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.

político estabelecido na Constituição.⁴³ Mas conservou uma característica marcante desses movimentos de viés autoritário que, mesmo transpondo em muito o programa dado pelo ordenamento jurídico, enquanto sistema coeso de normas jurídicas, buscaram exibir-se como expressões legítimas da ordem democrática. Como se verá adiante, o discurso rígido da separação dos poderes, aliado ao da legalidade estrita, formaram um binômio que conduziu a justificativas recíprocas, mas que, em verdade, permitiram, inexoravelmente, violações sistemáticas da ordem constitucional.

2.4 O CONSELHO DE ESTADO E A CONTROVÉRSIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA DE *COMMON LAW*

O Conselho de Estado na França proporcionou o desenvolvimento da ciência jurídica administrativista, inclusive incorporando-lhe uma perspectiva garantista. Por outro lado, trouxe um embaraço para um Estado que reforçava, como premissa libertária, a ideia de ser a lei fonte única do Direito (*civil law*) e meio através do qual se confere previsibilidade ao comportamento do Estado e de todos os atores sociais.

Esse Conselho de Estado, órgão máximo da jurisdição administrativa francesa, que fora concebido como obstáculo ao avanço do Poder Judiciário sobre a “Administração do Estado”⁴⁴, adquiriu uma postura de independência, de modo autovinculativo, tornando-se um importante instrumento da estabilidade e da segurança jurídica em matérias administrativas.

Note-se que, *per se*, a ideia de uma atuação especializada em matéria administrativa pela jurisdição francesa, já era há muito experimentada. Monarcas e revolucionários conceberam, cada qual a seu modo, um modelo de jurisdição administrativa. Distinguíam, entre si, apenas os fundamentos. A monarquia o fez de modo a preservar consigo o poder absoluto, mas contava com a docilidade do Poder Judiciário. Já os revolucionários, valendo-se

⁴³ BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁴ “[...] A evolução histórica responsável por este encaminhamento que afastou o Poder Judiciário do exame dos atos administrativos e que culminou com a instituição de uma ‘Jurisdição Administrativa’, criadora do Direito Administrativo, advém de que, após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo. Em verdade, esta teorização foi simplesmente uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário (então denominado ‘Parlamento’), o qual, além de um arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativa se arvorava-se em administrador.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 40, grifo do autor.

do argumento da separação de poderes, desejavam, em verdade, blindarem-se de um Poder Judiciário potencialmente rebelde aos seus ideais, porque historicamente compromissado com o regime deposto.⁴⁵

Não se pode negar que em ambos os modelos havia um espírito autoritário sobre o órgão encarregado de julgar essas causas. Monarquia e revolução arregimentaram argumentos conforme suas conveniências e circunstâncias, para o atingimento de um objetivo comum: manterem-se intangíveis. E para o cumprimento desse ideal, mantiveram os Conselhos (do rei e de Estado) sob seus domínios políticos.

Cuidou-se, logo em seguida à Revolução, de se fazer constar expressamente que a jurisdição comum deveria se abster de qualquer intervenção em matéria administrativa, o que se deu no artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790.⁴⁶

Só à jurisdição especializada, onde o Conselho de Estado era o mais alto órgão, era dado conhecer das ações que envolviam a Administração. Mas esse órgão não foi uma recriação imediata da revolução. Sua reativação, como órgão consultivo, se deu apenas em 1799, por meio da nova Constituição, que veio a substituir a Constituição de 1791.⁴⁷

Já no ano seguinte (1800), a lei de 28 do pluvioso do ano VIII conferiu aos Conselhos de Prefeituras competência para julgar determinados litígios administrativos, quando envolvessem matérias de obras públicas, bens nacionais e domínio público.⁴⁸

Dedicava-se, até então, o Conselho de Estado, às suas atribuições consultivas ao ministro-juiz. De tal modo que ainda vigia o modelo de “administrador-juiz”, onde a Administração era, ao mesmo tempo, parte e julgadora do litígio. Esse panorama começou a

⁴⁵ SOUZA, Rafael Soares. **Justiça administrativa**: o sistema brasileiro. Orientador: Fernando Dias Menezes de Almeida. 144 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/publico/Rafael_Soares_Souza_dissertacao.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁶ “Art. 13 As funções judiciais são separadas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não podem, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, o funcionamento dos órgãos administrativos, nem convocar perante eles os administradores em razão das suas funções.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 40.

⁴⁷ Ibid., 2015.

⁴⁸ SOUZA, 2014. “[...] no tocante à gestão do domínio público, a competência é dos tribunais judiciais, ainda que se trate de venda de bens, salvo, neste último caso, exceção prevista no artigo 4º *in fine* da lei de 28 do pluvioso do ano VIII, que atribui aos tribunais administrativos, antigos Conselhos de prefeitura, competência para o contencioso das vendas de bens imobiliários do domínio do Estado Francês Central.” FERREIRA, Sergio de Andréa. A justiça administrativa francesa na atualidade. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 108-127, 1980. p. 118. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758603/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

se alterar, no plano formal, já em 1872⁴⁹, com a lei de 24 de maio, e se consolidou no plano material com o julgamento do caso *Cadot*.⁵⁰

Assim, o Conselho de Estado, formatado para ser um contentor do Poder Judiciário, de tal modo que esse não opusesse óbice ao projeto liberal, assumiu “[...]a extraordinária função criadora do Direito Administrativo na França [...]”.⁵¹ Mais que isso, assumiu a, “não menos extraordinária” função de integração desse ramo do Direito à Democracia.

Então, o Direito Administrativo francês se desenvolveu com autonomia, a cargo de uma verdadeira e autêntica jurisdição administrativa, que teve (e tem até hoje) como órgão máximo o Conselho de Estado, estabelecendo suas bases filosóficas e normativas, e com a característica fundamental da jurisdição, de pronunciar o Direito no caso concreto de forma definitiva, desde o grande marco do julgamento do caso *Cadot*, e consoante as disposições positivadas na lei de 24 de maio de 1872. Trata-se, então, de um desenvolvimento autovinculativo do Direito Administrativo.⁵²

O mesmo se deu no Brasil, ao menos quanto ao desenvolvimento autovinculativo do Direito Administrativo. Uma vez que o Poder Judiciário fora afastado das questões da Administração, coube a ela mesma desenvolver toda a matriz do Direito Administrativo brasileiro. Um processo de criação essencialmente autopoietico.

Registre-se, ainda, que o Direito Administrativo também colheu enorme indiferença do Poder Legislativo, que não o codificou, nem mesmo elaborou normas gerais e genéricas, senão sobre temas específicos (a exemplo do processo licitatório, do trânsito e do meio ambiente). Nesse cenário também figuram as ilicitudes e as respectivas sanções administrativas, que não contam com um diploma legal editado pelo Congresso Nacional, estabelecendo as diretrizes mínimas a serem observadas em todos os níveis da Administração.

⁴⁹ “Sòmente [sic] com a lei de 24 de maio de 1872 nasceu, de modo efetivo, a atividade jurisdicional do Conselho de Estado que, sobretudo a partir da decisão do caso *Cadot* (1889), pelo qual cessou a existência do ministro *juge*, tornou-se o juiz de direito comum em matéria administrativa (sistema da *justice déléguée*.” TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, 1954. p. 458, grifo do autor. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859/12760>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁵⁰ BACELLAR FILHO, 1998.

⁵¹ TÁCITO, op. cit., p. 458.

⁵² “[...] O que hoje conhecemos por “Direito Administrativo” nasceu na França. Mais que por leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes. Tal órgão, diga-se de passagem, é alheio ao Poder Judiciário. Estava e está integrado no próprio Poder Executivo, a despeito de ter natureza jurisdicional, isto é, de decidir com força de coisa julgada.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 38-39, grifo do autor.

Fruto da criação de um órgão jurisdicional ou da própria Administração, o Direito Administrativo conservou consigo essa característica de sê-lo produto de si mesmo, do aparato das normas produzidas pela própria Administração, ou do acervo de decisões dos órgãos competentes, logo, obediente à característica da tradição inglesa do *common law*, não da tradição romano-germânica do *civil law*, do Direito legislado e positivado. Esse aparente paradoxo pautou a controvérsia entre o inglês Albert Venn Dicey (1835-1922) e o francês Maurice Hauriou (1856-1929).

Isso porque Albert Venn Dicey defendeu, na obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), sua posição, segundo a qual a existência de um Direito Administrativo seria inviável nos países do *common law* dada a incompatibilidade dos valores que seriam ínsitos ao *rule of law*, notadamente o preceito da igualdade de todos perante a lei.⁵³

Isso porque, segundo sua crítica, a dualidade de jurisdições significaria um privilégio para as autoridades administrativas:

O *Droit Administratif*, portanto, não obteve apoio na Inglaterra, mas, como foi apontado por alguns críticos estrangeiros, a legislação recente ocasionalmente, e para propósitos específicos, deu aos funcionários algo como autoridade judicial. É possível em tais casos, que são raros, ver uma ligeira aproximação ao *Droit Administratif*, mas as inovações, tais como são, foram sugeridas apenas por considerações de conveniência prática não revelam a menor intenção por parte de estadistas ingleses para modificar os princípios essenciais da lei inglesa. Não existe na Inglaterra um verdadeiro *Droit Administratif*. (Tradução nossa).⁵⁴

⁵³ Para Albert Venn Dicey, em sua obra de 1885, “[...] o Direito Administrativo era absolutamente estranho e incompatível com a *rule of law*, com a Constituição inglesa e com a liberdade constitucional tal como entendida naquele país. Sua visão era a de que o Direito Administrativo, por se compor com tribunais estranhos ao Poder Judiciário, não oferecia garantias aos cidadãos e que seu escopo era o de atribuir privilégios e prerrogativas aos funcionários, ao passo que, na Inglaterra, quaisquer questões se propunham perante as Cortes e que naquele país vigia a *common law*, uma só lei para todos [...]”. Por essa razão, “[...] O autor [Albert Venn Dicey, em 1885] adota a lógica segundo a qual o Direito Administrativo só seria concebível com jurisdição una, com delimitação dos poderes de atuação da administração pela própria administração, com exorbitância e com sistema de imunidades do poder em face ao direito.” “[...] a tradição do Direito Público anglo-saxão exigia, como elemento constitutivo do próprio Estado de direito (*rule of law*), que indivíduos e entes públicos fossem submetidos às mesmas leis e aos mesmos juízes ordinários – com a vedação genérica, em princípio, a tratamentos privilegiados para o Poder Público [...]”. Respectivamente: BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 42, grifo do autor; AZEVEDO NETO, 2015, p. 66; BINENBOJM, 2014, p. 16.

⁵⁴ “*Droit administratif*, therefore, has obtained no foothold in England, but, as has been pointed out by some foreign critics, recent legislation has occasionally, and for particular purposes, given to officials something like judicial authority. It is possible in such instances, which are rare, to see a slight approximation to *droit administratif*, but the innovations, such as they are, have been suggested merely by considerations of practical convenience, and do not betray the least intention on the part of English statesmen to modify the essential principles of English law. There exists in England no true *droit administratif*.” DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. 8. ed. London: Macmillan, 1915. p. 256, grifo do autor. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

Como se vê, na concepção inglesa era incompatível o Direito Administrativo com o *common law* porque, dentre outras razões, esse sistema jurídico vedava de modo muito pragmático a dualidade de jurisdição, ou mesmo a multiplicidade de jurisdições, sob o preceito *una lex, una jurisditio*. Para Albert Venn Dicey a Inglaterra não tinha aquilo que na França recebeu a rubrica de Direito Administrativo.⁵⁵ O que José Cretella Júnior qualificou como uma tese absurda.⁵⁶

Ainda que não mencionado expressamente, os ingleses de modo geral tinham para si um aprendizado que os movia a refutar com veemência a ruptura do modelo de jurisdição unitária. Isso porque a própria construção do *common law* remontava a um período da história inglesa de múltiplas jurisdições locais, o que só veio a se extinguir quando:

[...] em 1154 e já sob o reinado de Henrique II, estabeleceu-se o princípio da unificação do sistema judicial, pelo qual se erigiu a jurisdição da Coroa como predominante sobre as jurisdições locais, assumindo estas o caráter excepcional [...]. Nesse contexto, tem-se o marco de institucionalização da *common law*.⁵⁷

A resistência dos ingleses ao contencioso administrativo, estruturado em um sistema de dualidade de jurisdição, transportava-os ao século XII. A unicidade de jurisdição era mais do que uma construção teórica, era um marco histórico, que rememorava à ascensão ao poder no reino da Inglaterra por Guilherme I, em 1066, e aos desafios enfrentados diante de um sistema de múltiplas jurisdições locais, que desbastava a centralidade do poder.⁵⁸

A contraposição a Albert Venn Dicey foi organizada por James Wilford Garner [1871-1938], no artigo *La Conception Anglo-Américaine du Droit Administratif* (1929), obra em homenagem a Maurice Hauriou (1856-1929). O autor estruturou sua crítica a Dicey em dois alicerces. Avaliou aquilo que, para Dicey seria a primeira incompatibilidade do Direito Administrativo com o *common law*, muito especialmente em razão do *rule off law*: os privilégios dados aos administradores para serem julgados perante uma jurisdição em apartado da jurisdição comum.⁵⁹

⁵⁵ DICEY, 1915.

⁵⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 25, n. 99, p. 69-90, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181860/000439755.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁵⁷ AZEVEDO NETO, 2015, p. 63.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

Na contestação de James Wilford Garner, a existência de uma jurisdição especializada em matérias administrativas não significava um privilégio para os funcionários, dado que a existência de uma dualidade de jurisdição não significaria impedimento a que estes funcionários se submetessem à jurisdição ordinária. A jurisdição administrativa seria competente “[...] apenas quando se tratasse de falta cometida em razão do serviço; pelas suas faltas pessoais e pelos seus crimes, eles (os funcionários públicos) respondem perante a jurisdição ordinária [...]”.⁶⁰

A outra argumentação tinha por objetivo contestar a posição de Albert Venn Dicey, segundo a qual haveria incompatibilidade do Direito Administrativo com o *rule of law*, porque sua existência significaria uma necessária violação ao preceito da igualdade de todos perante a lei. James Wilford Garner demonstrou que essa regra já teria sido desprestigiada na Inglaterra, porque, também lá havia leis que conferiam privilégios a determinados membros da Administração.⁶¹

Em 1902, por fim, Albert Venn Dicey se convence de ter cometido um equívoco.⁶² Admitiu ter partido da errônea leitura de que somente existiria Direito Administrativo como um conjunto de regras e princípios exorbitantes e derogatórias do Direito comum, que somente se realizariam em um sistema de dualidade de jurisdição, e que isso se chocava frontalmente com o ideário da *rule of law*.

James Wilford Garner o convenceu de que a *rule of law* não exatamente veda qualquer tipo de privilégio aos integrantes da Administração, uma vez que já havia na Inglaterra normas com este teor de derrogação do Direito comum em favor de determinados agentes, e que o Direito Administrativo se realizaria (existiria) mesmo em Estados de jurisdição una.

⁶⁰ DI PIETRO, 2019, p. 83.

⁶¹ Ibid.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, 2015.

O que se extrai desse embate, de relevante ao objetivo geral da pesquisa, é que, ainda que o Contencioso Administrativo evidencie um maior grau de verticalização na relação entre Administração e administrados, também existe Direito Administrativo nos países do *common law*, e que, logo, a *rule of law*, por si só, não é um impeditivo à existência e desenvolvimento de um regime jurídico administrativo, ainda que conserve todo um espectro de singularidades.⁶³

O outro proveito acadêmico que se extrai desse embate é que, como vê, o Direito Administrativo brasileiro acolheu, por essa razão, com muita naturalidade, e até os dias de hoje, o fato de não se ter produzido ainda, no foro adequado (diga-se, no Poder Legislativo) um aparato normativo próprio para esse ramo do Direito, revelando-se uma exceção na ordem jurídica interna, onde predomina o modelo de *civil law*.

2.4.1 Razões históricas

Se na França, conforme visto em perspectiva histórica, a dualidade de jurisdições nasceu como instrumento “cautelar” dos revolucionários contra o Poder Judiciário (antigos *parlements*), na Inglaterra essa dualidade fazia ressurgir o temor de desorganização do Estado e de fragmentação do poder, com múltiplas jurisdições. Temor este que transportava os ingleses ao século XI e XII.

Por razões históricas, curiosamente – mas perfeitamente compreensíveis quando analisados os pressupostos fáticos – o modelo do contencioso administrativo, com a consequente criação de uma autêntica jurisdição administrativa, que na França significou fortalecimento da autoridade central e estabilidade política, na Inglaterra conduziu à incômoda memória de um período onde a multiplicidade de jurisdições simbolizou enfraquecimento da autoridade central e foi, por conseguinte, tributária à instabilidade política.

⁶³ “A verdade é que o sistema do *common law* tem real e autônomo Direito Administrativo, embora não nos moldes do sistema francês. As diferenças essenciais entre o Direito Administrativo inglês e o Direito Administrativo francês residem num só ponto: prevalece, no primeiro, o princípio da horizontalidade; informa o segundo a idéia [sic] de *verticalidade*. Em outras palavras, a Administração inglesa é tratada, tanto quanto possível, no mesmo plano que os particulares; a Administração francesa goza de *prerrogativas* e *privilégios*, exatamente por ser Estado, por ser detentora do *jus imperii*.” CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 74, grifo do autor.

De todo modo, após um intenso embate, verificou-se incorreto negar a existência de um Direito Administrativo na Inglaterra e nos demais países do *rule of law*, somente porque este se edifica sobre os preceitos de uma distinta tradição jurídica.

2.5 DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Revisitar esse processo de formação e de desenvolvimento do Direito Administrativo é absolutamente relevante para entender aquilo que modernamente vem sendo interpretado como suas marcas autoritárias. A historicidade do fenômeno revela suas origens na própria formação preambular desse ramo do Direito.

No Brasil deu-se um processo absolutamente singular. Se por um lado, adotaram-se premissas derivadas do “modelo francês”⁶⁴, por outro, manteve-se um sistema de jurisdição una, que, *per se*, não significa, necessariamente, um impeditivo ao desenvolvimento do Direito Administrativo. E isso não se traduz em um ambiente de maior fertilidade para o desenvolvimento de uma atuação da Administração demasiadamente robustecida, ou tendente ao autoritarismo.

Todavia, o embaraço no Direito Administrativo brasileiro tem um de seus pontos focais no fato de que, mesmo adotando-se a jurisdição unitária, caminhou-se no sentido de romper um princípio basilar do *rule of law*: a igualdade de todos perante a lei, porque ao Estado foi dado todo um robusto aparato de condições (jurídicas) especiais que evidenciaram um tratamento diferenciado e privilegiado.

Tanto mais grave porque, se na França um órgão oficial se desprende do desenho original que lhe foi dado, de funcionar como órgão consultivo, adquirindo suficiência e autonomia para promover seus julgados, desde o caso *Cadot* – passando, assim, a dirigir o Direito Administrativo para a moldura constitucionalizada – no Brasil manteve-se o sistema uno de jurisdição que, sob a justificativa de um dever de não-violação à separação dos poderes, manteve o Poder Judiciário impedido de apreciar o “mérito” das decisões administrativas, mesmo em matérias sancionatórias.

⁶⁴ Modelo francês: cuja construção está totalmente apoiada na *puissance publique*, a legitimar um aparato normativo com uma série de privilégios para a Administração, derogatórios das normas gerais aplicáveis aos particulares, o que se convencionou chamar de exorbitância.

A estruturação do Direito Administrativo brasileiro, em suas origens, pregava a insindicabilidade pelo Poder Judiciário – ou por qualquer outro órgão, já que a organização constitucional do Estado não estabeleceu um substituto, senão a própria estrutura interna – dos atos da Administração. Estava dada, assim, uma matriz altamente autoritária, de um poder que não encontraria nenhuma contenção externa.

Deu-se uma mescla do conteúdo mais autoritário do Direito Administrativo do *common law*, expresso por uma maior insegurança jurídica que naturalmente decorre da falta de um substrato legal positivado, com o conteúdo mais autoritário do Direito Administrativo do *civil law*, ou seja, a acentuada verticalidade da relação entre Administração e administrado.⁶⁵

Foi plenamente incorporada ao Direito Administrativo brasileiro a aversão ao Poder Judiciário, o que levou ao afastamento da jurisdição comum do controle dos atos da Administração, não pela via da criação de uma jurisdição especializada em matérias administrativas, mas pela reivindicação daquilo que seria outro princípio, ainda que não-expresso e não-positivado: a intangibilidade do mérito administrativo, hipoteticamente alicerçado em uma necessidade de respeito à separação dos poderes, por terem sido idealizados para serem independentes.

Com isso, a Administração brasileira mergulhou, por um longo período, num arranjo de justificativas que concorriam, por fim, para a manutenção da sua intangibilidade. Restavam, unicamente, apelos à sua própria autocontenção.

Some-se a isso que, diferentemente dos franceses e dos ingleses, que tinham longa tradição na luta pela afirmação dos Direitos Humanos, o Brasil do século XIX ainda experimentava, até 1822, uma realidade colonial. E foi nesse ambiente que se iniciou o estudo do Direito Administrativo.⁶⁶ Os impactos para o seu desenvolvimento a partir da perspectiva de uma ex-colônia recém egressa no regime imperial foram enormes. O protótipo do Direito

⁶⁵ “O Brasil adotou o modelo de Direito Administrativo material francês, mas não escolheu a dualidade de jurisdições como fez aquele país. O Brasil seguiu o modelo de jurisdição única, onde todos os tipos de conflito, inclusive aqueles envolvendo a Administração são julgados definitivamente pelo Poder Judiciário desde a Constituição de 1981. No plano processual, então, a inspiração foi importada da Inglaterra e dos Estados Unidos.” LUZ, 2014, p. 104. “[...] os sistemas de jurisdição administrativa latino-americanos enfrentam uma crise de identidade, porque leis processuais e suas interpretações tentam conciliar, sem êxito, as características do modelo europeu com as do modelo norte-americano.” PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017. p. 183. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/download/50155/31679>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁶⁶ MEDAUAR, 2018.

Administrativo no Brasil se espelhava muito mais na noção de Administração enquanto ciência pragmática do que filosófica. O objetivo central, diferente dos Franceses, não era espriar uma teorização que fosse universalmente capaz de reger o Estado, mas sim de resolver concretamente os desafios insipientes de um vasto território.⁶⁷

Não havia ainda no Brasil do fim do século XVIII um repertório de movimentos de reivindicação de Direitos Humanos, tal como na França e na Inglaterra – esta com um processo de afirmação que remonta a 1215, com a Magna Carta do rei João Sem-Terra.⁶⁸ O ambiente como um todo foi tolerante com os riscos escondidos no Direito Administrativo, e a noção de igualdade entre todos era, ainda, uma realidade naturalmente distante para uma colônia escravocrata.

Na França e na Inglaterra, o Direito Administrativo se desenvolveu, em certa medida, conformando-se e ajustando-se a uma matriz previamente consolidada de direitos e garantias individuais, conquistadas a duras penas. E ainda que na França se tivesse prestigiado um modelo de privilégios para a Administração, a regra da igualdade formal sempre se fez presente no consciente coletivo pós-revolucionário, não por acaso, inscrita no primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁶⁹

Somado a isso o Conselho de Estado que fora inicialmente concebido para ser garante da estabilidade do novo regime, subverteu-se e labutou ativamente na busca por isenção e imparcialidade, apresentando adiante uma face genuinamente judicante.

Já no Brasil, importaram-se todos os preceitos de verticalização do Direito Administrativo francês, mantendo-se o sistema de jurisdição una, corolário do *rule of law* inglês. Disso resultou que o Direito Administrativo no Brasil se desembaraçou das estruturas mais rígidas assecuratórias de direitos individuais, e assumiu uma roupagem autovinculativa, porque se pautou em premissas não inscritas em lei, e cuja vagueza conceitual lhe concedeu amplas permissões. Construiu-se, assim, não, propriamente, um Direito Administrativo, mas um verdadeiro Direito da Administração.⁷⁰

⁶⁷ CAETANO, 1996 *apud* BACELLAR FILHO, 1998.

⁶⁸ COMPARATO, 1999.

⁶⁹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Paris, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 152 jan. 2023.

⁷⁰ PEREIRA DA SILVA, 1998 *apud* BINENBOJM, 2014.

Esse foi o enorme ganho que propiciou o sistema de dualidade de jurisdição na França: o desenvolvimento do Direito Administrativo à revelia: (a) da inércia do Poder Legislativo em promover sua codificação e todo arcabouço normativo necessário para prestigiar direitos e garantias individuais, e (b) do apetite autoritário da Administração.

Um empreendimento que só foi possível porque havia, na França, uma autêntica jurisdição administrativa – ainda que consolidada por sua própria audácia – capaz de analisar o mérito das decisões administrativas em profundidade, sem que se lhe impusessem qualquer limitação.

O Direito Administrativo no Brasil também se desenvolveu, majoritariamente, de modo autovinculativo, mas não exatamente como fruto de uma construção jurisprudencial independente. O que se viu no Brasil por muito tempo foi a própria Administração ditando os rumos desse ramo do Direito e, por conseguinte, elaborando as normas que a si mesma seriam aplicáveis.

E ainda hoje se vê com naturalidade o fato de a Administração ocupar todos esses pólos: regulamentar, julgador e, eventualmente, parte do litígio. Ou seja, a Administração no Brasil ainda atua com o perfil que marcava a França nos anos anteriores ao julgamento do caso *Cadot* (1889) que, na prática, extinguiu o modelo de administrador-juiz. Portanto, o modelo que ainda vige no Brasil, ao menos quanto a este aspecto, remete à França da segunda metade do século XIX.

Mesmo no plano lógico é possível depreender deste modelo um permissivo autoritário, dada a “antinaturalidade” de se esperar que um ente dotado de tantos poderes – a Administração – desenvolva prescrições normativas visando a interesses outros, que não aos seus próprios, ainda que esses “outros” estejam legitimamente alicerçados em disposições constitucionais (direitos e garantias).⁷¹

2.6 O AUTORITARISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A tese do autoritarismo do Direito Administrativo brasileiro não é pacífica. Seus representantes mais assíduos, mencionados expressamente por Maria Sylvia Di Pietro seriam Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Daniel Sarmiento. Em verdade, a autora deixa escapar

⁷¹ “[...] não é de se esperar nenhum cunho garantístico dos direitos individuais de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.” BINENBOJM, 2014, p. 12.

certo tom crítico à obra organizada por Daniel Sarmento, intitulada *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (2010), que significou, para muitos, um novo marco na discussão do *status* normativo do “princípio da supremacia do interesse público”.⁷²

Aliás, ao apreciar a tese do autoritarismo, a autora perfaz um movimento quase contraditório, porque elabora aquilo que se poderia classificar como um dos mais completos inventários sobre os elementos que atuam em favor da caracterização do Direito Administrativo como autoritário para, por fim, dizer-se contrária à tese. Perfila tão bem a caracterização do Direito Administrativo como autoritário que, causa certo embaraço ao se manifestar, ao fim, dizendo-se contrária a essa tese.⁷³

Maria Sylvia Di Pietro menciona que seriam características a impor este gravame do autoritarismo ao Direito Administrativo os preceitos derivados do fundamento da *puissance publique* e o seu caráter exorbitante e derogatório do direito comum.⁷⁴ É também uma das explicações oferecidas por Celso Antônio Bandeira de Mello.⁷⁵

Maria Sylvia Di Pietro avalia ainda que há, na teoria do Direito Administrativo, dois grandes alicerces: as prerrogativas e as sujeições, e que estas protegeriam os direitos e garantias individuais. Reconhece ter havido tempos em que esta “balança” pendeu para o lado

⁷² “[...] alguns autores mais recentes defendem a origem autoritária do Direito Administrativo, que teria nascido para proteger os interesses econômicos e políticos da burguesia. [...] Nessa linha de pensamento, inserem-se, dentre outros, Gustavo Binbenbim, Humberto Ávila e Daniel Sarmento, todos com textos publicados em obra organizada pelo último, sob o título de *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*.” DI PIETRO, 2019, p. 59.

⁷³ “[...] não é possível concordar com os autores que apontam a origem autoritária do Direito Administrativo, negam a sua constitucionalização e afirmam a sua imutabilidade no decurso do tempo. Não há dúvida de que a doutrina e, em grande parte, a jurisprudência, muito avançaram e continuam avançando, no que diz respeito à constitucionalização do Direito Administrativo. O Direito Administrativo vem passando por profundas modificações, das quais se realça precisamente a sua constitucionalização, hoje tratada e defendida pela doutrina e aplicada pela jurisprudência, com reflexos sensíveis sobre a legalidade, a discricionariedade administrativa e o controle judicial.” *Ibid.*, p. 65.

⁷⁴ Uma teoria do direito francês que tentou justificar a “[...] a existência de *prerrogativas* e *privilégios* do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão.” *Ibid.*, p. 60, grifo do autor.

⁷⁵ “Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Talvez a razão primordial desta forma errônea de encarar o Direito Administrativo resida no fato de que este, ao surgir, foi encarado como um direito ‘excepcional’, que discrepava do ‘direito comum’, isto é, do direito privado [...] a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e polo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. Compreende-se, então, à vista das razões enunciadas, que houvesse irrompido a impressão de que o Direito Administrativo seria um direito armado ao propósito de investir o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 43-44.

das prerrogativas, mas que essas distorções foram abrandadas e corrigidas pelo Estado de Direito e pela sua Constitucionalização.⁷⁶

Também contrariam a tese do autoritarismo, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.⁷⁷ José dos Santos Carvalho Filho, recorrendo ao preceito majoritário para se justificar, menciona o corolário da vontade da maioria para caracterizar Democracia e interesse público.⁷⁸ Anote-se, aliás, que eis aí o obstáculo mais recorrente e perigosamente sutil para aqueles que se aventuram a dar uma definição para “interesse público”: a tentação de defini-lo, ainda que com inúmeras ressalvas, como interesse da “maioria”. Um discurso problemático do ponto de vista da própria compreensão de Democracia, porque extrai, unicamente, da “vontade majoritária”, por vezes empírica e abstratamente aferida, os fundamentos de validade para as ações do Estado. Contrapõe-se, logo, à melhor compreensão de democracia substancial.⁷⁹

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello recorre a dois argumentos para eximir o Direito Administrativo dessa pecha. Primeiramente, alega que uma parcela da doutrina insiste em tratar o Direito Administrativo a partir das prerrogativas, do poder em si.⁸⁰ A forma de organização acadêmica da disciplina contribuiria para a fixação desse gravame depreciativo.

⁷⁶ DI PIETRO, 2019.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2015; CARVALHO FILHO, 2020.

⁷⁸ “Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.” CARVALHO FILHO, op. cit., p. 110.

⁷⁹ “[...] Esse entendimento também não pode ser aceito, porque conduz à opressão. O ‘interesse público’ para ser respeitado não pode ser, numa democracia, apenas o interesse da maioria da população. Isso significa a destruição do interesse das minorias. E um Estado Democrático caracteriza-se pela tutela tanto dos interesses das minorias como das maiorias.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 41.

⁸⁰ “Sem embargo, até hoje os doutrinadores parecem deixar-se seduzir pelo vezo de explicar institutos de Direito Administrativo sedimentando-os em remissões a ‘poder’ ou ‘poderes’ da Administração. É o que, no Brasil, ainda fazem ilustres e competentes administrativistas. Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora indesejadamente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do ‘poder’ e deitando sombra sobre os concernentes aos ‘deveres’ a que está subjugada a Administração, e que têm cunho mais importante para a boa compreensão da índole do Direito Administrativo no Estado de Direito. Ou seja: a própria maneira de apresentar o Direito Administrativo concorre para engendrar uma apreensão de seu conteúdo mais vincada pela ideia de ‘poderes’, que comandam os administrados, ao invés de sublinhar os ‘deveres’, que se impõem aos administradores. [...]. Assim, esta impressão generalizada que enaltece a ideia de Poder, entretanto, e ainda que desgraçadamente até hoje seja com frequência abonada nas interpretações dos diversos tópicos do Direito Administrativo, nas quais se trai claramente um viés autoritário, é surpreendentemente falsa, basicamente desconstruída com a História e com a própria razão de ser do Direito Administrativo [...]”. BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 46-47, grifo do autor.

Em seguida apresenta outro argumento. Recorrendo a digressões do pensamento em Rousseau e em Montesquieu, sugere que parte das críticas ao Direito Administrativo estão atreladas ao aspecto social. O Estado Social de Direito teria imposto limitações aos detentores de poder econômico, e esta atuação estatal contentora da espoliação do capital sobre os mais pobres, teria originado outro fluxo a motivar a caracterização do Direito Administrativo como autoritário.⁸¹

Com isso, dá-se quase um tom de manifesto político à sua análise de contrariedade à tese do autoritarismo. Faz parecer que a questão está pautada por retórica social revanchista. A pecha do autoritarismo não estaria somente vinculada à digressão das considerações sobre a gênese do Direito Administrativo, como derogatório do Direito comum, apoiado na teoria da *puissance publique*. Também estaria a macular o Direito Administrativo a forma de apresentação da disciplina ao universo acadêmico, e aquilo que se pode avaliar como uma repercussão da luta de classes: a limitação do capital financeiro no seu intento espoliador do proletariado.

Vê-se, logo, que os expoentes do Direito Administrativo que resistem em declará-lo autoritário, recorrem a argumentos cuja aceitação é mais embargada, por vezes, metajurídicos. Reúnem, habilidosamente, todos os elementos fundamentais de caracterização do fenômeno do autoritarismo para, em seguida, simplesmente, negá-lo.⁸² Há também quem recorra (perigosamente) à cláusula majoritária como signo de Democracia.⁸³ Obscurecem-se, assim, os substanciais critérios que, de fato a qualificam. Ou ainda, arregimentam argumentos que passam ao largo dos (graves) problemas apontados por analistas críticos.

Não há razão para não considerar como válidas as preocupações apontadas na obra organizada por Daniel Sarmiento, e que demonstram, com clareza, por exemplo, como o discurso do “interesse público” é potencialmente nocivo para os direitos individuais.

⁸¹ “[...] A Constituição brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade até o advento do período governamental iniciado em 2002 - pois, deste ano até 2010 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva), houve uma profunda transformação econômica, por força da qual cerca de 30 milhões de brasileiros passaram das classes D e E para as classes C e B, assim como ocorreu uma redução na desigualdade entre Nordeste e Sul do país, conforme registros anunciados, presumivelmente a contragosto, até mesmo pela Grande Imprensa, notória e encarnadamente hostil ao citado Governo, pelo qual parece nutrir verdadeiro ódio classista [...] a grande imprensa é não apenas o arauto do pensamento das classes dominantes [...] nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam elas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes [...]”. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 50-51.

⁸² DI PIETRO, 2019.

⁸³ CARVALHO FILHO, 2020.

Faltam argumentos que se qualifiquem na contraposição àqueles reunidos na sua obra, sem os quais permanecem híidas as preocupações manifestas por Alexandre Santos de Aragão, Humberto Àvila, Gustavo Binbenojm, Daniel Sarmento e Paulo Ricardo Schier, com destacadas notas prefaciais de autoria de Luís Roberto Barroso. Ainda que incômodo, o adjetivo parece suficientemente justificáve.l⁸⁴

Para Gustavo Binbenojm, aliás, o Direito Administrativo não é, nem nunca foi, uma construção garantista do século XIX, ou fruto do desejo de submeter o poder à lei, como consequência do Estado de Direito. Na sua leitura, deu-se justamente o contrário: o aparato estrutural sobre o qual se edificou aquilo que se conhece por Direito Administrativo, teria sido projetado para manter operante uma estrutura autoritária da Administração, que permanecesse alheia “a qualquer propósito garantístico”.⁸⁵

Por essa razão o processo histórico é percurso inevitável a quem se proponha estudar os matizes autoritários do Direito Administrativo. Como já observado, essa estruturação não é fruto de uma geração criacional originalmente moderna. São muito mais facilmente compreendidas se lidas como reverberações do seu código genético nas estruturas que dia a dia vão sendo edificadas.

Um físico atento ao Direito – ou um jurista apaixonado pela física – talvez pudesse recorrer, sem sobressaltos, a uma teoria de ondas para esquematizar esse fenômeno. O autoritarismo do Direito Administrativo poderia, assim, ser explicado como uma energia que se propaga no espaço desde a origem identificável de uma perturbação, *in caso*, sua própria

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22.; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217.; BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. vii-xviii.; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-172.; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117.; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219-248.

⁸⁵ BINENBOJM, 2014.

gênese, com as premissas que lhe foram firmadas de modo a garantir intangibilidade do poder exercido no cerne da atividade administrativa.

A característica essencial que une ambos os fenômenos está no fato de descreverem a capacidade de se transportar o imaterial no espaço e no tempo, e no fato de que a velocidade de propagação, distantes do centro da irritação originária, varia conforme a interação com as partículas do meio, razão pela qual o objeto em apreço produz opiniões divergentes. Como há uma desorganização crônica e acentuada do Direito Administrativo – o que há de regramento no Direito positivo enquanto “diretriz geral” é absolutamente insuficiente – cada ente federado, cada órgão, cada autarquia, enfim, cada representação do poder do Estado, reproduz ao seu modo essa matriz, e desenvolve a partir dela, concepções e atos próprios, intramuros, razão pela qual a percepção não se dá de modo homogêneo, mas sim, segundo o ponto de observação do analista, que muitas vezes estará limitado não à universalidade do fenômeno, mas à sua própria experiência sobre a qual se debruçou.

Essas é a estruturação identificável na matriz autoritária do Direito Administrativo. Mesmo o diagnóstico sobre sê-lo ou não autoritário varia conforme o observador, e conforme as experiências desse observador, e ainda conforme o recorte sobre o qual se produz a análise. Tudo isso é compatível com o que Alice Voronoff descreveu como uma “[...] trajetória nem sempre linear e marcada por fluxos contraditórios [...]”.⁸⁶

Essa face não linear se revela tanto no ambiente normativo quanto no ambiente de execução material desse (parco) arranjo normativo e teórico. De modo muito simplista e prático, e a título exemplar, um servidor que falte ao trabalho num órgão no Estado do Rio de Janeiro pode ser sancionado de modo leve, com uma advertência até mesmo verbal. Outro servidor, do município de Serra da Saudade, MG, pode, nas mesmas circunstâncias fáticas, ser exonerado após um Processo Administrativo Disciplinar que tenha considerado a conduta como grave. É, portanto, também o Direito Administrativo, um meio que “altera a velocidade dessa propagação”, maximizando-a ou a minimizando, por isso provocando, também, percepções, do mesmo modo, não-lineares e às vezes contraditórias.

Essa não-uniformidade no tratamento das infrações administrativas, ainda que subsumidas às mesmas condições fáticas, é o ensaio que pauta o espírito da pesquisa. É daí que se extrai um Direito Administrativo Sancionador de roupagem autoritária. Não porque expressão confessadamente atroz da estrutura normativa, mas porque está de tal modo

⁸⁶ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 38.

alinhavado em conceitos e estruturas excessivamente móveis, por vezes vagas e imprecisas, que acabam conferindo enorme amplitude ao administrador – sob inspiração do modelo prescritivo-normativo do Direito Administrativo, que descreve de modo virtuoso as enunciações imprecisas da lei –, podendo, desejosamente, agir na moldura da tessitura constitucionalizada, mas podendo, também, de outro modo, subverter a lógica sistêmica das diretrizes constitucionais.

Gustavo Binembojm estruturou uma crítica sobre os quatro paradigmas clássicos que pautam o Direito Administrativo brasileiro, mas que hoje estariam em xeque, senão em decadência:

I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo;

II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo [...];

III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa;

IV) a ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República).⁸⁷

Verte-se aqui um ponto de inflexão do objeto de pesquisa. Porque todas essas premissas, identificadas como críticas, apresentam especial incidência no Direito Administrativo Sancionador, porque nocivas à equidade no tratamento dado às partes litigantes em processos de natureza punitiva.

Isoladamente já evidenciariam condições autoritárias. Mas o cotidiano das administrações tem por hábito construir justificativas que interconectam toda (ou quase toda) essa verdadeira matriz condicionante do autoritarismo.

Já em outra obra, o autor vai da filosofia para a concretude, ou melhor, demonstra o que essas deformidades podem operar na vida dos cidadãos.⁸⁸ Recorre, para tanto, a um recorte histórico, e rememora uma palestra intitulada *Poder de Polícia e Segurança Nacional*, ministrada por Hely Lopes Meirelles, em 24 de maio de 1972, na Escola Superior de Guerra e

⁸⁷ BINENBOJM, 2014, p. 23.

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

mostra, com clareza, como essas formulações teóricas permitem derivar justificativas até mesmo para o “[...] arbítrio institucionalizado pelo regime de exceção no país.”⁸⁹

Hely Lopes Meirelles pautou seu raciocínio apresentando o conceito de poder de polícia para legitimar um regime de restrições “de direitos patrocinada por agentes do Estado”.⁹⁰

Construções argumentativas dessa ordem já seriam chocantes, por si só, como registro histórico da doutrina. Porém, é ainda mais estarrecedor notar que “[...] relido na segunda década do século XXI, no pleno vigor de uma democracia constitucional, o texto exhibe ainda atualidade impressionante e perturbadora.”⁹¹

Valeu-se da imprecisão de termos como “interesse público”, “discricionariade”, “segurança nacional”, “moral e bons costumes” para, surpreendentemente – ao menos nos tempos atuais –, defender a restrição de direitos e garantias individuais como uma liberalidade para o agente público. No caso concreto, os militares que capturaram o poder.

Eis o risco posto às claras: a vagueza de alguns preceitos do Direito Administrativo, por vezes elevados ao *status* de princípios informadores, permitem a concessão de poderes à Administração, cujos limites não estão objetivamente dados, e cujo desvirtuamento encontra contenção, de modo simplista, na confiança à autocontenção.

A aplicação desses “princípios”, tensionados a limites extremos por meio de recursos retóricos, para oferecer a fundamentação de determinados atos, em apartado à observação de

⁸⁹ BINENBOJM, 2020, p. 19.

⁹⁰ “No dizer de Cooley [*Constitutional Limitation* (1903)]: ‘O poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança [...]’. Entre nós, Caio Tácito [*Poder de Polícia e seus Limites* (1952)]: explica que ‘o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais’. [...] os publicistas assinalam uniformemente é a faculdade que tem a Administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado [...]. [...] A extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, a censura de filmes e espetáculos públicos, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes, até a segurança nacional em particular. Daí encontrarmos nos estados modernos a polícia de costumes [...]. [...] Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade, o Estado se utiliza desse *poder discricionário*, que é o *poder de polícia administrativa*. Em se tratando de um poder discricionário, a norma legal que o confere, não minudeia o modo e as condições da prática do *ato de polícia*. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público [...]’. MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 125, p. 1-14, 1976. p. 2-5, grifo do autor. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41826/40519>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁹¹ BINENBOJM, op. cit., p. 19.

direitos e garantias do administrado é o germe de regimes autoritários, porque, desse modo fica evidenciado que “A solução do prestígio ao interesse público é tão perigosa para a democracia quanto todas as fórmulas semelhantes adotadas em regimes totalitários (o espírito do povo alemão ou o interesse do povo soviético) [...]”.⁹²

Foi essa a inquietude que perturbou Gustavo Binenbojm. Constatar que premissas autoritárias, como as permissividades decorrentes do conceito de “poder de polícia”, estão enraizadas na cultura jurídica brasileira, e ver que isso ainda serve de substrato para a literatura jurídica, para a jurisprudência e para os gestores públicos e suas decisões administrativas.⁹³

O que o choca não é detectar matizes autoritários na Administração, mas diagnosticar que esse repertório naturalmente antidemocrático busca legitimar-se na própria ordem jurídica. Tem-se, assim, uma estranha legalização do autoritarismo no Direito Administrativo brasileiro que, aos moldes da engenhosa operação dos revolucionários franceses, formata uma estrutura autoritária emoldurada por complexos arranjos, na estrutura jurídica vigente.

Por óbvio que administrativistas estão diante de um desafio nada singelo. As fadigas estruturais na teoria clássica do Direito Administrativo vêm sendo diagnosticadas – e denunciadas – há anos, por Alexandre Santos de Aragão, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Sandro Lúcio Dezan, Daniel Ferreira, Marçal Justen Filho, Antônio Rodrigo Machado, Régis Fernandes de Oliveira, Fábio Medina Osório, Juliana Bonacorsi de Palma, Daniel Sarmiento, Carlos Ari Sundfeld, Alice Voronoff, dentre outros que se somam, cada dia mais, a esse pensamento crítico.⁹⁴

⁹² JUSTEN FILHO, 2006, p. 45.

⁹³ BINENBOJM, op. cit.

⁹⁴ Apresentação completa das referências com objetivo de facilitar a identificar dos autores: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22.; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217.; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-172.; DEZAN, Sandro Lúcio. **O conteúdo valorativo da norma jurídica**: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da Administração Pública. Orientador: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. 2017. 230 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2017. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/239/1/sandro-lucio-dezan.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.; FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.; MACHADO, Antonio

Para Marçal Justen Filho esse quadro-geral – crítico, diga-se – deveria induzir a uma ampla revisão dos pressupostos do Direito Administrativo, que permitisse o desenvolvimento moderno da “atividade administrativa”.⁹⁵

E como derivativo do Direito Administrativo, o Direito Administrativo Sancionador não escapa a essa mesma lógica. Vale-se, ora da imprecisão de terminologias que foram, à revelia de constar na ordem jurídica positiva, elevadas à condição de princípio, ora de chancelas que a própria jurisdição lhe concede para, enfim, permitir que a Administração elabore determinados atos que avançam contra direitos e garantias individuais. Evidencia-se, assim, não só um autoritarismo que reclama “legalidade”, mas um modelo que está de tal modo entranhado na cultura jurídica, que sequer se faz sentir como desviante.

Operam no Direito Administrativo Sancionador fatores que concorrem, em conjunto, para qualquer que seja a justificativa *prima facie* ofertada, maximizar a verticalização da relação entre Administração e administrados, algumas das quais alicerçadas na ideiação da *puissance publique*. O trasladar dessas premissas às relações jurídicas de fins punitivos é, entretanto, uma forte ruptura ao ideal de paridade no ambiente processual.

2.7 UMA VERDADE INCONVENIENTE

O Direito Administrativo Sancionador começou a ganhar relevância no cenário nacional com as modificações introduzidas a reboque da reforma do Estado, iniciadas na década de 1990. Até então sua aplicabilidade restringia-se quase tão somente ao âmbito disciplinar, provocando debates menos intensos e menos urgentes na comunidade jurídica.

Essa constatação não objetiva dar os fatores que resultaram na expansão do Direito Administrativo Sancionador, o que é feito mais adiante. A intenção, bem diferente, é analisar o porquê de esse ramo do Direito estar despertando tanta atenção modernamente. Por óbvio

Rodrigo. **Sanções e penas**: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses** privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117.; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.; VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit.

que a expansão é um dos fatores que resulta em maior acuidade dos operadores do Direito, mas não explica, isoladamente, o fenômeno.

Autores pioneiros como Carlos Ari Sunfeld, Daniel Ferreira, Edmir Neto de Araújo, Fábio Medina Osório, Heraldo Garcia Vitta, Rafael Munhoz de Mello e Régis Fernandes de Oliveira lançaram as bases da doutrina nacional sobre o tema, começando pela década de 1990.⁹⁶ Mas não menos importantes os trabalhos anteriores de Carlos Schmidt de Barros Júnior, José Armando da Costa e Themístocles Brandão Cavalcanti.⁹⁷

Ocorre que, como a própria catalogação das obras mais relevantes sugere, até os anos noventa, não se havia despertado para o Direito Administrativo Sancionador e para as nocividades que dele poderiam derivar – do modo como lhe foi “doada” a matriz teórica do Direito Administrativo. Como, até então, o Direito Disciplinar era seu representante icônico, e quase que exclusivo, viu-se uma enorme tolerância da comunidade jurídica com o que se dava nesse, até então, restritíssimo âmbito de incidência. Para agravar o quadro dessa indiferença, vigia inabalável, como regra geral axiomática, a tese da insindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, como consequência da separação de poderes.

A comunidade jurídica foi, de fato, impactada pelo Direito Administrativo Sancionador somente nos últimos anos do século XX. E isso fica claro quando se analisa em perspectiva cronológica a produção da literatura especializada na matéria. E isso coincide com o período em que o Estado Brasileiro foi significativamente alterado (na década de 1990). Para o objetivo geral deste trabalho, importa analisar que os processos reformistas convergiram para afastá-lo do papel de agente principal da economia, migrando-o para a atividade regulatória.⁹⁸

⁹⁶ ARAÚJO, Edmir Neto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.; FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.; VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁹⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.; COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁹⁸ VORONOFF, 2018, p. 29.

Para dimensionar esses impactos, basta observar que, no âmbito da União, foram dez as agências reguladoras criadas em cinco anos (de 1996 a 2001) (Quadro 1).⁹⁹

Quadro 1 – Instrumentos que criaram as agências reguladoras no período de 1996 a 2001

Instrumento	Agências reguladoras
Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL
Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997	Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL
Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997	Agência Nacional do Petróleo – ANP
Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999	Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA
Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000	Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS
Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA
Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
Medida provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001	Agência Nacional do Cinema – ANCINE
Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005	Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC

Fonte.¹⁰⁰

⁹⁹ “A chamada reforma do Estado, implementada no Brasil a partir de meados da última década do século passado, deixou como legado institucional para o país uma miríade de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, denominadas, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes.” BINENBOJM, 2014, p. 42. “A partir do estudo da teoria da regulação no Direito Administrativo Brasileiro, elaborada ao longo do surgimento e expansão do fenômeno descrito como ‘agencificação’, ou estabelecimento de ‘autoridades administrativas independentes’, na esteira do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995, e reformas constitucionais e legais desde então efetuadas, o Direito Administrativo Sancionador Brasileiro presenciou a criação de diversas Autarquias com competências regulatórias e, dentro dessa atribuição ampla, tais entidades administrativas foram investidas com competências sancionadoras em relevantes setores da vida social.” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, 2020. p. 91, grifo do autor. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁰⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 1996. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 1997a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 ago. 1997b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm.

Assim o Estado iniciou o processo de migração da condição de protagonista na economia para assumir um papel de fiscal de macro-setores, postura que expressava também um compromisso regulatório (*regulatory commitment*), que clarificasse as “regras do jogo”, uma vez que o capital privado passou a assumir nichos de atividades de elevado interesse social, mediante aquisições no processo de desestatização ou de novas concessões.¹⁰¹

Além da criação dessas autarquias, também houve o incremento de novos dispositivos legais. Mencione-se, como exemplo, a edição da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que redesenhou e sistematizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e que, dentre outras medidas, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.¹⁰² Alicerces que deram sustentação, mais tarde, à edição da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que inseriu na estrutura do CADE o

Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 jan. 1999a. Edição extra. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jan. 2000a. Edição extra. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico [Redação dada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2000b. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura [sic] de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jun. 2001b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Medida provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional – PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional – FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 set. 2001a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 set. 2005. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁰¹ BINENBOJM, 2014.

¹⁰² BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 1994a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Dentre as inovações legais, penas cominadas de multa, variáveis de “[...] 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo [...]” (art. 37, inc. I) ou, não sendo possível aferir o valor do faturamento bruto, multa que varia de R\$ 50.000,00 a R\$ 2.000.000.000,00 (art. 37, inc. II).¹⁰³

Ainda no plano das inovações legislativas, em 1992 deu-se o apogeu do enrijecimento do sistema repressivo contra detratores do erário, com a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), estabelecendo o marco regulatório do artigo 37; § 4º, e da Constituição Federal.¹⁰⁴ A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013), conferiu tratamento de elevado rigor às pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração.

Outro curioso marco expansionista do Direito Administrativo Sancionador – dentre outras razões porque impactou toda a sociedade e não somente operadores do mercado de capitais, ou pessoas jurídicas, ou agentes públicos – o Código de Trânsito Brasileiro estruturou todo o Sistema Nacional de Trânsito, cominando altas multas a determinadas infrações, e estruturou um micro-ordenamento administrativo, com prescrições materiais e processuais, organizando, assim, os órgãos com atribuições para julgar os recursos contra infrações por meio das Juntas Administrativas de Recursos de Infrações, dos Conselhos Estaduais de Trânsito, e do Conselho Nacional de Trânsito. Insurgir-se contra sanções administrativas passou, assim, a ser uma prática palpável a qualquer cidadão habilitado ou possuidor de veículo.

¹⁰³ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º dez. 2011. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁰⁴ Ao menos se pode dizer que a Lei de Improbidade Administrativa foi um dos marcos mais significativos. BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências [Redação dada pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

Por sua vez, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) regulamentou o direito fundamental (poucos anos antes) inserido na Constituição (art. 5º, inc. XXXII) e cominou sanções administrativas para violações aos deveres nela prescritos.¹⁰⁵ Também o meio ambiente recebeu seu arranjo de proteção por meio de sanções administrativas, na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em atendimento ao texto constitucional do artigo 225.¹⁰⁶

E tantos outros são os exemplos que poderiam ser mencionados para demonstrar a grande modificação por que passou o ordenamento jurídico brasileiro, no embalo das reestruturações do programa político de reforma do Estado na década de 1990, e pela incorporação definitiva do Direito Administrativo como estratégia sancionatória. O resultado foi sua vertiginosa expansão.¹⁰⁷

Eis o porquê de se observar um certo inconveniente. Enquanto esse Direito Administrativo Sancionador estava apto a alcançar tão somente agentes do Estado – funcionários públicos – e outros restritíssimos grupos, por meio das sanções de caráter disciplinar, não se registravam movimentações da comunidade jurídica em reclame às deteriorações das proteções individuais.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL, 1988.

¹⁰⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, GROTTI, 2020, p. 84-85.

¹⁰⁸ Menciona-se como expressão do vínculo especial de sujeição, as relações estabelecidas entre Estado e: presos, utentes de serviços públicos (a exemplo do hospital) e das entidades corporativas (a exemplo das universidades) e militares. VITTA, 2003.

Veja-se que, em 2008, reforçando a tônica de “flexibilizações” de direitos e garantias individuais no Direito Administrativo Sancionador, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou em 7 de maio de 2008 a Súmula Vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”¹⁰⁹ Mitigou-se, com isso, o próprio corolário da ampla defesa, na dimensão interna da defesa técnica; poucos foram os que registraram indignação.¹¹⁰

Foi sem dúvida alguma no âmbito do direito disciplinar, sub-ramo do Direito Administrativo Sancionador, onde mais se tolerou o avanço do Estado contra as garantias individuais, funcionando quase como um “campo de experimentações”, onde se criaram “janelas de oportunidades”, para gestar o esfacelamento de algumas garantias fundamentais.

A reação tardia da doutrina ao processo de detração dos direitos e garantias individuais, perpetrado no Direito Administrativo Sancionador, explica-se, em parte, pela indiferença com que esse ramo do direito foi tratado por tanto tempo, enquanto os destinatários desse mecanismo sancionatório eram apenas funcionários públicos e cidadãos, em geral, de baixa expressão política e de menor capacidade econômica.

Basta imaginar quais reações haveria se, hoje, analogamente, fosse incorporado o entendimento professado na Súmula Vinculante n. 5/2008 a todos os processos administrativos de natureza sancionatória, alguns dos quais aptos a admoestar o sancionado, pessoa física ou jurídica, das mais variadas formas, e com os mais variados graus de rigor, o que pode, inclusive, causar sensível abalo patrimonial ou severas restrições a direitos políticos.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, 16 maio 2008b. Não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula741/false>. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹¹⁰ “[...] foi consagrada manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, suscitando repercussões negativas em todas as esferas da administração pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria. [...]. É preciso rechaçar, incisivamente, qualquer iniciativa da administração pública de se esquivar das obrigações que lhe são determinadas pela Constituição, mormente em matéria de direitos fundamentais. Se o texto constitucional assegura expressamente aos cidadãos o direito fundamental à ampla defesa nos processos administrativos (art. 5, LV), do qual a defesa técnica constitui desdobramento, e garante, no caso dos necessitados, a assistência jurídica integral e gratuita (art. 52, LXXIV) através da Defensoria Pública (art. 134), a fuga do Estado em relação ao cumprimento de tais mandamentos importa inobjetable afronta à Lei Fundamental.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319 e 332.

2.8 A EXPANSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Se por um lado pode-se afirmar que a tese do autoritarismo ainda produz controvérsias, por outro, não se pode querer tarifá-la como de pouca expressão. Como já anotado, a percepção de arbítrio no Direito Administrativo se faz sentir com mais sensibilidade no seu sub-ramo sancionador, por razões quase óbvias. O sancionado é, afinal de contas, quem arca com os custos mais elevados de modelos arbitrários das práticas estatais.

Mas além deste fator de maximização da percepção do arbítrio, nota-se que a imposição de sanção é o limite extremo do Direito Administrativo. É sua fronteira com o Direito Penal. Aliás, onde nascem propostas notáveis de incremento da ciência jurídica, como aquela elaborada por Winfried Hassemer que tratou de um “direito de intervenção”, que pudesse dar tratamento mais adequado a essa zona de intercâmbio entre o penal e o administrativo, e que faria, também, com que o Direito Penal voltasse a figurar exclusivamente como modelo repressor pautado no corolário da intervenção mínima.¹¹¹

Não seria incoerente concluir que o movimento de expansão do Direito Administrativo Sancionador também acarretou um crescente despertar sobre essa competência dada à Administração para impor sanções, que é, afinal, o produto consequencial da fragmentação do poder no Estado de Direito pós-revolucionário, e cuja expansão em larga escala, no mundo todo, deu-se com o advento do Estado Social.¹¹²

Este Direito Administrativo Sancionador, até então quase “ignorado”¹¹³ pelas administrações públicas, ganhou força no Brasil com a Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente a atuação do Estado, levando-o aos “[...] mais diversos setores da vida social, na defesa de interesses públicos de variadas matizes [...]”.¹¹⁴ Como consequência da expansão da atividade administrativa, deu-se a expansão do modelo sancionatório administrativo.¹¹⁵

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rei, 2007.

¹¹² MIR, José Cerezo. Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 28, n. 2, p. 159-175, 1975. p. 161. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1975-20015900175. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹¹³ OSÓRIO, 2020.

¹¹⁴ OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 85.

¹¹⁵ OSÓRIO, op. cit.

Mas Alice Voronoff identifica outros elementos para além do marco constitucional e do programa de reforma do Estado, que explicariam esse expansionismo. Segundo a autora, o Direito Administrativo Sancionador teria se tornado “onipresente” por três razões.¹¹⁶

A primeira delas seria uma postura mais absentéista do Estado em relação à economia, migrando do papel de “agente econômico direto”, para atuar na regulação, notadamente através do modelo de agências.¹¹⁷ Identifica-se o colapso do Estado Social (*welfare state*) como agente impulsionador dessas mudanças.¹¹⁸ Esse novo modelo de atuação do Estado na economia teve, como consequência – e em razão das atribuições dessas agências na fiscalização do particular na prestação dos serviços – a expansão do Direito Administrativo Sancionador, porque, para o fiel cumprimento dos seus objetivos constitutivos, foi necessário dotar-lhe da capacidade sancionatória.

A outra explicação para o expansionismo após a década de 1990, para Alice Voronoff seria a própria transformação da sociedade, que passou a se pautar por um modelo de riscos.¹¹⁹

A terceira razão, e onde reside um conteúdo crítico mais agudo, e que traz consigo uma advertência à maximização do modelo punitivo apoiado no Direito Administrativo, implica a política criminal. A autora sugere que o movimento que fez com que o Direito Administrativo Sancionador se ocupasse dos mais variados matizes da vida cotidiana, também foi fruto de uma estratégia (do legislador) para burlar o devido processo legal penal, tido como excessivamente garantista.¹²⁰

Trata-se de um alerta para os riscos de que se possa estar operando, gradativamente, por meio do Direito Administrativo Sancionador, uma estratégia que tem a finalidade-última – e não confessada – de driblar as garantias do devido processo legal na seara penal, motivo

¹¹⁶ VORONOFF, 2018.

¹¹⁷ “Com efeito, o programa de reforma do aparato burocrático e as diversas privatizações e desestatizações implicaram, como contraponto à retirada do Estado da posição de agente econômico direto, a prevalência de estratégias de regulação econômico-social. Os mais diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta foram investidos de amplas competências regulatórias, com destaque para os atores especificamente criados para esse fim: as agências reguladoras.” *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁸ “[...] a partir da crise do Estado Social, que se aprofundou na fase final do século passado, já se percebe um movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado. O estado, antes visto como agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício. No mundo todo são promovidos extensos programas de privatização de empresas estatais, buscando o enxugamento da máquina pública e a devolução de amplos setores da economia à iniciativa privada.” SARMENTO, 2010, p. 41.

¹¹⁹ VORONOFF, *op. cit.* 2018.

¹²⁰ *Ibid.*

pelo qual o exercício dessas capacidades punitivas da Administração acabou desenvolvendo um rol de inquietudes que, agora, vem sendo reiteradamente denunciadas por significativa parcela da doutrina moderna.

Muitos desses traços autoritários se desenvolveram em razão da precariedade do instrumental legal em que se apoia esse Direito Administrativo Sancionador que, à falta de uma teoria geral ou de uma lei geral – e mesmo de um tratado internacional que discipline os direitos dos acusados em processos administrativos – socorre-se com enorme frequência na doutrina processual-penal e – com menor frequência – no regramento processual-civil, descrevendo um incômodo hábito, para um ramo do Direito que já alçou o reconhecimento de sua autonomia.

Tem-se, logo, que o processo de expansão por que passou e por que passa o Direito Administrativo Sancionador sugere – além de um natural incremento advindo das decisões políticas da reforma do Estado, e a necessidade de se conferir competência para sancionar, como meio de atingimento dos fins públicos legitimamente estabelecidos para as entidades autárquicas – também uma engenhosa operação de simplificação dos ritos processuais para se constituir atos punitivos, portanto, um mecanismo que mitiga os deveres estatais de respeito integral aos direitos e garantias individuais dirigidos aos investigados e acusados, cuja incidência, por vezes – e mesmo por significativa parcela do Poder Judiciário – é declarada como incidentes, unicamente, nos processos e procedimentos “penais”, na acepção mais restritiva possível do termo.

3 CONDICIONANTES DO AUTORITARISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A melhor compreensão – e delimitação – do problema ora tornado objeto de pesquisa requer duas notas antecedentes, sobre as quais se observam frequentes equívocos. Um fenômeno indesejado, porque potencialmente capaz de turvar completamente a discussão. Ambas convergentes, visam a traçar o panorama doutrinário que permita responder a um só questionamento: o que é, afinal de contas, uma sanção administrativa? Ou, dito de outro modo: o que de fato é uma autêntica expressão do Direito Administrativo Sancionador?

A primeira questão incidental tem o objetivo de descontaminar o ambiente das discussões, afastando um dos argumentos mais recorrentes para confrontar os reclames por maior segurança jurídica no Direito Administrativo Sancionador, o de que isso inviabilizaria a atividade de fiscalização da Administração. Em seguida, uma segunda questão, em continuidade ao objetivo específico de delimitação do campo de incidência da expressão “sanção administrativa”, busca elencar notas essenciais do que, de fato, para este trabalho, é compreendido como expressão deste instrumento punitivo do Direito Administrativo Sancionador:

a) Medidas de polícia vs. sanções administrativas:

Cumprе esclarecer que um dos maiores objetivos dessa proposição é afastar, desde logo, a equivocidade de se tratar os atos de polícia, decorrentes do atributo da autoexecutoriedade, ínsitos aos atos administrativos, como sanção administrativa na acepção estrita do termo, dimensão esta em que se pauta o objeto de pesquisa.

Não é incomum que se verifiquem críticas a uma ou a outra sustentação de viés mais garantista do Direito Administrativo Sancionador, dizendo-as inexequíveis por, hipoteticamente, inviabilizariam a atividades de fiscalização. Nesse sentido, as garantias individuais são um argumento recorrente utilizado por este tipo de oposição, na tentativa de conduzir ao raciocínio de que o seu exercício imporiam severo óbice a esse tipo de atividade estatal preventiva.

Cita-se com frequência, por exemplo, a desobrigação a autoincriminação, de modo a sugerir que o indivíduo poderia impedir o acesso de agentes do Estado a estabelecimento onde se comercializam produtos com alguma desconformidade com a lei (não recolhimento de

tributos, impróprios para o consumo, ou de qualquer modo potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança). Ou que poderia impedir o acesso ao interior de veículos onde são ilegalmente transportadas armas contrabandeadas, drogas, ou qualquer outra espécie de *res* ilícita.

Do mesmo modo, sugere-se que significaria óbice intransponível à fiscalização, por exemplo, exigir-se que o guarda de trânsito, ao se deparar com um condutor que realiza conversão irregular, antes de expedir o auto de infração, assegure ao infrator uma ampla defesa e um contraditório qualificados.¹²¹ Ou que um fiscal sanitário, ao se deparar com estabelecimento comercializando alimentos visivelmente impróprios para o consumo, seja obrigado a aguardar exames laboratoriais para certificar-se dessa impropriedade e, só assim, impeça a sua comercialização.

Exemplos não faltariam a demonstrar as consequências danosas, se confundidos institutos distintos do Direito Administrativo. É necessário, desde logo, diferir as medidas urgentes e acautelatórias – cujo maior fundamento é a prevenção – das sanções, propriamente.¹²² A imposição de sanção administrativa é ritualizada e instrumentalizada por meio do devido processo, com o exercício desembaraçado de direitos e garantias individuais. Mais ainda: para aplicação da sanção não basta a cognição sumária do evento tido como ilícito (ao menos nocivo). É necessário provar-se a ilicitude e ver-se formar o juízo de culpa irrecorrível.

¹²¹ “Quanto às multas de trânsito, ter-se-á de entender que a lavratura do auto de infração por parte do agente de trânsito – e que, por razões óbvias, não tem como deixar de ser feita imediatamente e sem aturados rigorismos formalísticos – é apenas uma preliminar do lançamento da multa, o qual só se estratifica depois de ofertada a possibilidade de ampla defesa e se esta for desacolhida. Quanto às outras hipóteses não procederá a dúvida, pois não seriam sanções administrativas, mas providências acautelatórias, e, por isto mesmo, em face da urgência, desobrigadas de obediência a um processo preliminar.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 882.

¹²² “Não podemos confundir a sanção administrativa com certas medidas cautelares tomadas pela administração para manter a ordem pública em casos de extrema urgência. Essas medidas cautelares são providências administrativas, enquanto se efetua o procedimento pertinente para comprovar a infração. Finalizado, aplicar-se-á a sanção, se verificado ou ilícito [...]”. VITTA, 2003, p. 21.

Note-se que, do ato administrativo acautelatório, ou seja, do interdito preventivo, flagrancial e urgente, realizado pelo agente público, no exercício de suas funções típicas, pode e deve, adiante, atingir-se o estágio processual administrativo que, por sua vez, tem aptidão para impor sanção, se provada definitivamente a infração.¹²³

Confundem-se, por vezes, os conceitos, porque ambos, medidas de polícia e sanção, decorrem, via de regra, da prática de conduta ilícita por parte do destinatário dessas medidas. Mas entre aquelas e estas há um enorme lapso. A imposição de sanção faz pressupor o cumprimento de todo o instrumental de garantias e direitos individuais de aplicabilidade processual, diretrizes irrenunciáveis no Estado Democrático. Que se solidifique: consoante matriz diretiva de ordem constitucional, para que exista sanção, deve anteceder-lhe o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV e inc. LV) e o exaurimento do juízo de cognição sobre a culpa do agente (art. 5º, inc. LVII).¹²⁴

Essa distinção é, logo, necessária, para evitar que uma confusão entre institutos jurídicos distintos – ou melhor, instrumentos distintos – possa pautar uma argumentação de contradita calcada em vício fundamental, que busque, com isso, deslegitimar o reclame de

¹²³ “*Providências administrativas acautelatórias* são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de *abortar* a possibilidade de que se desencadeiem. Susana Lorenzo [*Sanciones Administrativas* (1996)] aparta as duas figuras com suma brevidade e clareza. Quase sempre tais providências *precedem sanções administrativas*, mas com elas não se confundem. Assim, *e.g.*, a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções *depois de oferecida oportunidade de defesa* para os presumidos infratores. Como se vê, em certos casos a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 883-884, grifo do autor.

¹²⁴ Daniel Ferreira, em *Sanções Administrativas* (2001), compartilha desse mesmo entendimento. “É certo que as medidas de polícia podem estar ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere um caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas. Efeito aflagante e finalidade punitiva de uma sanção administrativa, partindo do pressuposto da infração, significam uma privação de direitos preexistentes ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo finalístico intimidatório e repressivo. Assim sendo, quando o estado veda ao indivíduo um exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se propriamente em sanção administrativa. [...] As medidas de polícia, ademais, diferentemente do que ocorre com as sanções, podem ter um caráter preventivo, perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes. [...] um poder de polícia guarda íntimas conexões com poder de fiscalização que de fato antecede o exercício do poder sancionador, mas com ele não se confunde. O certo é que o parentesco das medidas de polícia com as sanções administrativas é forte, podemos produzir confusões, mas imperioso buscar distinções adequadas, visto que os regimes jurídicos de virgem. Quando uma medida é aplicada como objetivo acautelatório para preservar direitos ou provas, certamente estaremos diante do poder de polícia [...]. As medidas punitivas buscam uma resposta estatal dotada de maior estabilidade, dando resolução a problemas que se revistam de natureza litigiosa.” OSÓRIO, 2020, p. 113-114, 116.

maior prestígio aos direitos e garantias individuais ao se infligir sanção administrativa, propriamente.

Mais perigoso ainda é o processo inverso, ou seja, ausente essa clareza das notas distintivas entre sanção administrativa e medida cautelar, pretender dar tratamento igualitário às sanções, adotando-se como paradigma essas medidas exteriorizadas na forma de ato administrativo que, por sua própria natureza, exigem providência urgente, sob pena de perecimento do objeto. O argumento da necessidade de maior celeridade nos processos sancionadores parece estar sempre à espreita, buscando lacunas para afastar direitos e garantias. Por essas razões supramencionadas, tome-se, desde logo, que sanções administrativas e medidas cautelares não se confundem e estão submetidas a regimes jurídicos distintos.

b) As sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992):

Um dos fatores preponderantes a causar embaraço na definição de “sanção administrativa” é o fato de não se ter chegado ainda a um consenso sobre a natureza jurídica das penalidades impostas com base na Lei n. 8.429/1992. Essa “barreira” restou muito clara no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989/PR, de 18 de agosto de 2022. Chegou-se, por fim, no acórdão, à formula de serem os atos de improbidade “ilícitos civis qualificados”.¹²⁵

Com as modificações trazidas pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, a Lei de Improbidade Administrativa, consagraram-se normas benéficas àqueles que respondiam por tais atos, ou mesmo que já tinham, eventualmente, sido condenados por essas práticas. Dentre as discussões, sobressaltavam-se duas: a retroação da redação do artigo 10, que fez desaparecer a modalidade de “improbidade culposa”, e as disposições do artigo 23, acerca dos prazos prescricionais.¹²⁶

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989-PR, de 18 de agosto de 2022. Constitucional e administrativo. Irretroatividade da lei mais benéfica (Lei 14.230/2021) para A responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). necessidade de observância da constitucionalização de regras rígidas de regência da administração pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos previstas no artigo 37 da cf. inaplicabilidade do artigo 5º, XI da Constituição Federal ao Direito Administrativo Sancionador [...]. Relator: Alexandre de Moraes. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-420, 12 dez. 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹²⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 out. 2021b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 20 fev. 2023.

Note-se, de plano, que, uma vez que fossem entendidas como sanções penais, estariam subsumidas a um regramento absolutamente consolidado que obrigaria, imediatamente, a retroação de norma benéfica (art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal de 1988). Mas essa é uma perspectiva “negativa” do ponto de vista consequencialista, tratando-se, pois, não exatamente de um argumento em favor ou contra a referida posição.

Nos estritos limites da ciência jurídica, muitos são os que se manifestam contrariamente à classificação dessas sanções como penais. Argumento recorrente é de que a Constituição, no artigo 37, § 4º, informa que: “[...] Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”¹²⁷

É também desse modo a redação do artigo 12 da Lei n. 8.429/1992.¹²⁸ Portanto, de tal modo sendo, não poderiam as sanções da referida lei, por inteligência expressa desses dispositivos, serem consideradas de natureza penal, sob pena de anuir-se com o *bis in idem*.

A discussão é absolutamente extensa, razão pela qual merece estudo em separado. Há todo um repertório de respeitáveis argumentos que permitem identificar na doutrina três posições acerca da natureza jurídica das suas disposições punitivas, podendo ser consideradas de natureza penal, administrativa-cível (dada a repercussão patrimonial) ou mesmo um misto de ambas.

Entretanto, a presente pesquisa está pautada na análise da (in)adequação do aporte teórico do Direito Administrativo para o estabelecimento de um modelo sancionador. Por isso, importa observar que a Lei de Improbidade Administrativa, ainda que comportando discussões extensas sobre sua natureza jurídica, realiza com absoluta perfeição a prescrição do dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LVII. Há, ali, uma legítima jurisdição pronunciando o direito no caso concreto, formando-se, após o trânsito em julgado, o juízo definitivo da culpa do acusado.

¹²⁷ BRASIL, 1988.

¹²⁸ Redação dada pela Lei original: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:”; Redação dada pela Lei n. 14.230/2021: “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:”. BRASIL, 1992, 2021b.

Note-se que, como se verá, o “juízo” das sanções administrativas por um administrador-juiz, e não por um juiz de Direito, é tratado neste trabalho como um dos permissivos ao autoritarismo, por duas razões precípua. Uma porque o agente público que não usufrui de todas as garantias da judicatura pode – o que ocorre com alguma frequência – promover suas ponderações e infligir sanção sem que tenha agido de modo totalmente independente. Outra porque no juízo de cognição desse agente público, eivado, normalmente, da noção de legalidade enquanto vinculação positiva à lei, podem escapar diretrizes derivadas diretamente do texto constitucional, dado que a noção de juridicidade administrativa ainda é realidade distante das Administrações de modo geral. E por não ser um agente com jurisdição, afasta-se, em tese, qualquer possibilidade de controle de convencionalidade e de constitucionalidade.

c) Sanção administrativa – busca por um conceito uniforme:

Trata-se de tarefa difícil conceituar “sanção administrativa”. Aliás, essa é uma “quase-regra” do Direito Administrativo, que está permeado por expressões cujo conteúdo é impreciso, de difícil delimitação, o que, por vezes revela um verdadeiro método. Note-se, *ab initio*, que “o próprio Direito, não define a sanção em si.”¹²⁹

Nem mesmo o ato administrativo, um dos elementos centrais do Direito Administrativo, senão o próprio elemento central encontra definição que comporte, de modo satisfatório, todo o seu espectro de incidência.¹³⁰

E sendo a sanção para o Direito Administrativo um fenômeno quase impróprio, e cujo estudo começou a se intensificar a não mais de três décadas, vê-se também obediente a essa mesma regra. A teorização do “ato administrativo” não se mostra completamente satisfatória para dar conformação ao ato sancionador da Administração. Afinal de contas, sanção administrativa nada mais é do que “ato administrativo sancionador”.

Eis aqui um ponto onde se faz necessária uma intervenção. Esse papel central da figura do ato administrativo no Direito Administrativo, aparentemente bastante adequado,

¹²⁹ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **A sanção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

¹³⁰ PALMA, 2015. “[...] noção incerta, reclamando, por esse motivo, ampla indagação, que lhe delimite o campo exato, a conceituação do ato administrativo tem sido motivo dos maiores desencontros por parte dos doutrinadores, a tal ponto que não é exagero afirmar serem as definições propostas em número quase igual ao dos autores que as formularam [...]. [...] A principal razão das incertezas e divergências de opinião reside no fato de que a definição do ato administrativo é construída a partir de pontos de colocação diversos, não coincidindo, pois, os resultados conceituais, função dessas posições [...]”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 114 e 118.

deixa escapar uma reflexão, que fora captada por Luciano Ferraz.¹³¹ Posto em reflexão, o Direito Administrativo nada mais expressa do que uma ferramenta de condução de uma pretensa boa Administração. Mas, por outro lado, outras ciências também se ocupam da construção de métodos para serem utilizados como ferramentas para essa nobre tarefa. Ocorre que a aposta do Direito Administrativo – sob forte influência do positivismo – sempre foi nos mecanismos quase cartorários da praxe administrativa, traduzido um “apego exagerado à legalidade”, fazendo com que esse ramo do Direito “[...] desprezasse, ao longo do tempo, métodos inovadores de controle e das atuações informais [...]”.¹³²

O modelo tradicional, cuja adesão se deu integralmente pelo Direito Administrativo brasileiro, pauta-se, tão somente, na “comprovação das normas” e dos “procedimentos”. No Direito Administrativo Sancionador, isso repercute especial conotação do que Luciano Ferraz nominou de “lógica do controle-sanção”. Não há, assim, alternativas pautadas em modelos de potencialização da eficiência ou dos resultados. Há, tão somente, um modelo que, ainda que seja não-uniforme nas administrações, mostra-se, sempre, “legalista e atomizado”, com uma visão maniqueísta do tipo “crime-castigo”, que conduz a própria Administração à ineficiência.¹³³

Retomando. Para encontrar uma definição satisfatória de sanção, o primeiro desafio é encontrar um conceito que reporte em suas notas a admoestação penal e a administrativa, elevando o conceito ao status “pré-epistêmico”. Dito de outro modo, que não afaste a noção de que “a sanção administrativa é (também) uma sanção jurídica.”¹³⁴

¹³¹ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹³² Ibid., p. 80.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ MELLO, Rafael, 2007, p. 62.

Concomitante a isso, é preciso que o adjetivo posposto seja capaz de delimitar a sanção num específico ramo do direito: o administrativo (que delimita o campo epistêmico). E de tal modo que essa definição seja capaz de emoldurar tanto as sanções que decorrem de um vínculo geral e genérico de sujeição do particular com a Administração¹³⁵, quanto as disciplinares¹³⁶, e tanto as sanções administrativas constituídas por título executivo judicial (sentença)¹³⁷ quanto aquelas por ato administrativo.

Também é preciso que o conceito seja remitente à vinculação dessas sanções à “função administrativa”¹³⁸ – ou ao “Direito Administrativo”¹³⁹ – e que, portanto, não crie a ilusão de ser esse instituto jurídico uma exclusividade do Poder Executivo¹⁴⁰. Apenas a título de exemplo, a cassação de mandatos parlamentares por “quebra de decoro”¹⁴¹, ainda que merecedora de estudo a parte – porque implica também um juízo político da conduta do acusado – é também uma manifestação dessa função administrativa sancionatória.

Mas isso não basta. Também é saudável, quiçá necessário, que o conceito alinhavado não se paute demasiadamente pelo critério retributivo da sanção, como um “dever-ser”, dado que isso impediria, *prima facie*, tratar – como é feito na parte final deste trabalho – das possibilidades de celebração de negócio jurídico entre o autor da infração e a Administração, diga-se, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos às sanções administrativas, ou mesmo de qualquer outro mecanismo alternativo à sanção.

Por essa razão, elaborar ou reproduzir um conceito de sanção administrativa tornou-se uma aventura. O risco de se trabalhar com um conceito que deixe de emoldurar, na sua estrutura, autênticos atos de sanção, é enorme. Como também é enorme o risco de o conceito não retratar, com fidelidade, toda a extensa teoria do ato administrativo.

¹³⁵ Trata-se do regime de sujeição geral do particular com o Estado, onde “[...] se encontra todo e qualquer um sem um particular vínculo com a Administração Pública [...]”. FERREIRA, Daniel, 2001, p. 35.

¹³⁶ “[...] as sanções disciplinares são, evidentemente, espécies de sanções administrativas [...]”. OSÓRIO, 2020, p. 154.

¹³⁷ Fábio Medina Osório nomeia essas sanções administrativas instituídas por juízes como sendo sanções administrativas *lato sensu*. Ibid., p. 32-34.

¹³⁸ FERREIRA, Daniel, op. cit., p. 32 e 34.

¹³⁹ A ideia de ser a sanção um derivativo da “função administrativa” encontra discordâncias: “[...] o critério predominante é o do Direito Administrativo [...]”. OSÓRIO, op. cit., p. 111.

¹⁴⁰ “O Direito Administrativo Sancionador não se esgota no campo da atividade jurídico-administrativa da Administração Pública, se entendida como sinônimo de Administração Pública Direta e Indireta, vinculada ao Poder Executivo dos entes federativos. É fundamental perceber que há atividade sancionadora regida pelo DAS no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 97.

¹⁴¹ Ibid.

Alguns autores acabam, nessa esteira, optando pelos modelos conceituais mais simplificados possíveis, mais comumente remitentes, unicamente, ao critério formal. É o caso, por exemplo, de Heraldo Garcia Vitta e Rafael Munhoz de Mello.¹⁴² Há quem, consciente desses riscos, preliminarmente, estabeleça não um conceito, mas os elementos identificadores do instituto (sanção administrativa), como faz Fábio Medina Osório.¹⁴³

Fiel a critérios pré-estabelecidos, Fábio Medina Osório, então, oferece o seguinte conceito de “sanção administrativa”:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos afluivos, com alcance geral e potencialmente *profuturo*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de Direito Público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.¹⁴⁴

Para Daniel Ferreira, porém, sanção administrativa é ato exclusivo da Administração, sendo “[...] a direta consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo [...]”.¹⁴⁵

Note-se que, em Daniel Ferreira, escapa ao conceito a sanção administrativa infligida em sentença, que tem sua maior expressão nas cominações da Lei de Improbidade Administrativa. Não se está, neste caso, valendo-se o Direito Público Sancionador da função administrativa para punir. Trata-se de um título executivo judicial, constituído regularmente

¹⁴² “[...] o critério reside na verificação da autoridade (agente público) que tem competência, atribuída pelo ordenamento jurídico, para impor sanção; se for autoridade administrativa (judicial ou legislativa, na função administrativa, ou do Poder Executivo), haverá ilícito dessa natureza. Adotamos, assim, o critério formal. [...]”. VITTA, 2003, p. 34. “O principal traço característico das sanções administrativas é o sujeito competente para impô-las: as sanções administrativas são impostas pela Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-las. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata. [...] o traço que identifica a sanção administrativa é formal. [...] a lei determina que tal atividade sancionadora seja praticada no exercício da função administrativa, que se diferencia das demais funções estatais, inclusive da jurisdicional, por força do seu regime jurídico. [...] Não parece ocioso afirmar que não só o Poder Executivo exerce função administrativa.” MELLO, Rafael, 2007, p. 63 e 65.

¹⁴³ “[...] autoridade administrativa (elemento subjetivo; b) efeito afluivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) [...]; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).” OSÓRIO, 2020, p. 91.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 112, grifo do autor.

¹⁴⁵ FERREIRA, Daniel, 2001, p. 34.

por ato da jurisdição. Sua definição está intimamente alinhada com a de Adolf Merkl.¹⁴⁶ Na mesma linha, Rafael Munhoz de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁴⁷

Há forte indicação no sentido do acerto do conceito estabelecido por Fábio Medina Osório.¹⁴⁸ De todo modo, restaria um necessário debate, já que, para o autor, nesses termos propostos, seriam administrativas as sanções derivadas da lei de improbidade, o que conduz à discussão inevitável da possibilidade de cumulação indevida de sanções da mesma natureza, quando vier o acusado a ser sancionado também com fundamento em outra norma de natureza administrativa.

Note-se que a dificuldade de se cotejar um conceito seguro de “sanção administrativa” está intimamente ligada ao quando-geral de desordem do Direito Administrativo Sancionador como um todo, fator que repercute desde as demandas mais pedestres às mais complexas.

3.1 AS CONDICIONANTES EM ESPÉCIE

Os quatro paradigmas do Direito Administrativo que Gustavo Binbenbojm identificou estarem em crise são especialmente contundentes, quando aplicados ao Direito Administrativo Sancionador. O discurso da supremacia do interesse público, da legalidade estrita, da vinculação da máquina pública a um chefe executivo (que atua como óbice a um desempenho de maior neutralidade política de toda a máquina pública)¹⁴⁹, e a intangibilidade do mérito administrativo, somam-se a outras construções não menos autoritárias, seja por imprecisão conceitual, ou por desejo de reforçar a autoridade do ente público, noção herdada do pós-revolução.¹⁵⁰ No Direito Administrativo Sancionador esses paradigmas ganham contornos próprios, potencializando o caráter autoritário do instrumental sancionador da Administração.

Adiante segue uma análise dos fatores que concorrem para isso e são analisadas as condições permissivas de um Direito Administrativo Sancionador autoritário:

¹⁴⁶ “[...] el derecho penal administrativo se diferencia, conceptualmente, del derecho penal criminal, únicamente por razón de la competencia, que en éste es judicial y en aquele administrativa.” MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Ed. Nacional, 1975. p. 355.

¹⁴⁷ “O principal traço característico das sanções administrativas é o sujeito competente para impô-las: as sanções administrativas são impostas pela Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-las. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata.” MELLO, Rafael, 2007, p. 63. “[...] O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção [...]”. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 871.

¹⁴⁸ OSÓRIO, 2020.

¹⁴⁹ BINENBOJM, 2014.

¹⁵⁰ Ibid.

- a) As imprecisões conceituais que predominam no Direito Administrativo Sancionador, alcançando, episodicamente, a própria tipificação das infrações administrativas e o estabelecimento da sanção a aplicar;
- b) A defesa da possibilidade de incidência de critérios discricionários no ato de punir;
- c) O discurso de independência da instância administrativa;
- d) A (im)possibilidade de o administrador filtrar suas decisões com fundamento na Constituição;
- e) A imprecisão na discussão que busca diferenciar pena e sanção administrativa;
- f) A ausência de prescrições positivadas de direitos e garantias dos acusados nos processos administrativos sancionadores, bem como a inconstância da jurisprudência no acolhimento à tese que propõe a importação integral da principiologia penal para esses processos.

São ao menos seis fatores, de especial incidência no Direito Administrativo Sancionador, merecedores de análise mais profunda, que revelam condições para uma atuação autoritária da Administração.

3.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

É preciso avaliar com cautela as consequências de se conformar um subsistema punitivo – o Direito Administrativo Sancionador – na moldura de um regime jurídico (Direito Administrativo) que se corporificou, em muitos aspectos, como um complexo instrumental voltado à proteção dos interesses, primários e secundários, do Estado.

Há uma natural e inexorável colisão de princípios-reitores e suas respectivas justificativas, ao derivar desse regime jurídico o regramento de uma relação processual que se estabelece no processo administrativo sancionador, tanto nos que envolvem indivíduos com quem a Administração não possui vínculo especial, quanto naqueles que envolvem indivíduos detentores de vínculo especial de sujeição.¹⁵¹

¹⁵¹ “[...] na primeira situação o comportamento pessoal dos cidadãos seria administrativamente ajustado à moldura normativa pelo regular exercício do ‘poder de polícia’; na outra – ou seja, no regime de sujeição especial – competiria ao ‘poder disciplinar’ desempenhar tal função [...]”. ALESSI, 1970 *apud* FERREIRA, Daniel, 2001, p. 36.

Sem dúvida, a mais flagrante tensão se dá no embate entre a reivindicada supremacia do interesse público sobre o privado, em favor da Administração, e da também reivindicada supremacia dos direitos e garantias individuais, em favor do acusado ou investigado, notadamente quando essa tensão se dá em uma relação processual que deveria estar pautada pela *par conditio* entre os litigantes.¹⁵²

Para qualificar essa discussão, é necessário avaliar se, de fato, existiria uma norma-princípio nesse sentido, derogatória até mesmo de direitos individuais, no plano abstrato. Portanto, é necessário impor um critério lógico (e jurídico) para verificar a validade da supremacia do interesse público na ciência jurídica tal como significativa parcela da doutrina a concebe.

Para tanto, inicialmente é preciso verificar se essa supremacia do interesse público é um princípio jurídico. Sendo positiva a resposta, em seguida é necessário estabelecer se, como tal, deve prevalecer diante dos direitos e garantias fundamentais, comumente tratados como interesses privados.

3.2.1 Natureza jurídica da supremacia do interesse público

Essa premissa encontrou em Celso Antônio Bandeira de Mello seu maior defensor:

[...] Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados [...].¹⁵³

Mas não muito diferente fez José dos Santos Carvalho Filho:

Além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que também se incluem em sua principiologia, e que por isso são da mesma relevância que aqueles. [...] As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. [...] o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público.¹⁵⁴

Seria essa supremacia do interesse público, um princípio jurídico, de tal modo a orientar toda a Administração. Nota-se plausibilidade na premissa, porque é preciso dar

¹⁵² “Deste princípio decorreria a verticalidade das relações travadas entre administração pública e administrados, caracterizada pelo desequilíbrio, sempre em favor do Estado.” SARMENTO, 2010, p. 24.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 70.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, 2020, p. 110.

continuidade ao projeto edificante do Estado, sem o qual a sociedade ainda estaria subjugada ao “direito do mais forte”.¹⁵⁵ Quer-se, com isso, dizer que a própria existência da figura do ente público é reveladora de um interesse metaindividual, fortemente marcado pela necessidade do convívio harmônico e de sobrevivência de todos os indivíduos.

Na experiência humana, na passagem do estado natural para o estado civil, que encerra no contrato social sua melhor tradução, a figura do Estado surge também como força de dissuasão e de supressão de uma lógica rudimentar de imposição do mais forte sobre o mais fraco. E nesse sentido há, de modo muito evidente, um interesse público de intervenção do Estado sobre aquele que ameaça a própria existência da vida em sociedade.¹⁵⁶

Essa mesma lógica transcende a sobrepujança do corpulento sobre o esguio. Aquele que v.g., não usando a força, mas a fraude, subtrai recurso do erário, também atua flagrantemente na desconstrução do projeto social. Ocorre que os limites dessa orientação preferencial em prol da Administração Pública não conhecem seus limites, e frequentemente é chamado a desequilibrar a relação entre a Administração (Estado) e a unidade mínima do corpo social: o indivíduo.

Se o Estado se funda sobre justificativas recorrentes à coletividade como fonte do poder¹⁵⁷, e reclama superioridade nas suas pretensões, o indivíduo tem consigo um enorme catálogo de direitos e garantias, insertos na ordem jurídica, interna, comunitária, ou mesmo internacional, e também reclama a esses direitos uma posição de verticalidade em relação ao poder do Estado. Aliás, forjados por meio de “dinamogenese”¹⁵⁸, esses direitos tem historicidade, que os demonstram essenciais à democracia.

Eis o busílis. É que entre um interesse moralmente superior, constitutivo das justificativas existenciais fundamentais do Estado, e uma norma-princípio que tem no seu mais elevado grau, a pretensão de desqualificar a postulação do particular, estão direitos

¹⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: M. Fontes. 1999.

¹⁵⁶ “[...] *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.*” Ibid., p. 22, grifo do autor.

¹⁵⁷ “[...] na Teoria Geral do Estado, o Estado-Nação vai reunir todo o poder em nome da soberania popular — ou seja, do povo [...]”. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

¹⁵⁸ “Entendemos por transformação dinamogênica a criação ou nascimento dinâmico de direitos em decorrência das necessidades dos seres humanos que, de tempos em tempos, uma vez conscientes de seus problemas, se articulavam por intermédio de um protagonista coletivo, que age reivindicando direitos ou limitação de poderes. Assim, com o enfrentamento entre o poder estabelecido e os novos atores, aparecem novos paradigmas do direito, que positivam novas demandas e transformam relações jurídicas anteriores.” Ibid., p. 76.

fundamentais também concebidos como “supremos”. E como adverte Régis Fernandes de Oliveira: “O argumento de que o Estado representa o interesse geral torna-se absolutamente vazio quando é utilizado para afastar direitos e garantias fundamentais.”¹⁵⁹

Sendo essas prescrições constitucionais deferentes à defesa da dignidade humana, essa sim, princípio expresso na Constituição, resta saber se, no embate com a supremacia do interesse público, qual prevaleceria. Haveria, portanto, uma colisão de princípios (?). É o que, por vezes, se sugere, ao menos. E assim sendo, desde logo restaria impróprio prescrever, recorrendo ao conceito de norma-princípio, uma preferência jurídica da “vontade pública”, porque a colisão de princípios não se supera de modo excludente, desfazendo-se a incidência de um dos princípios colidentes, derogando seu conteúdo e tornando-o inválido.¹⁶⁰

É de ampla aceitação na teoria geral do Direito a acepção sobre princípios elaborada por Robert Alexy, segundo a qual princípios representam “[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]”.¹⁶¹ A ideia de uma norma jurídica derogatória de outra, não expressa um princípio, mas uma regra, que são “[...] sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos [...]”.¹⁶²

Alicerçado nessa mesma construção de Robert Alexy, Humberto Ávila demove da premissa clássica do Direito Administrativo brasileiro a pretensão de informar um princípio jurídico, muito especialmente porque ele não pode ser descrito como um “princípio jurídico-constitucional imanente”, mesmo no caso de ser explicado com um princípio abstrato e relativo, pois ele não resulta, *exconstitutione*, da análise sistemática do Direito.¹⁶³

Logo, verifica-se inadequado que pretenda um princípio se sobrepor a qualquer outro, em formulação abstrata, contrariando a teorização de Robert Alexy. E é isso que se dá com a supremacia do interesse público, ao desejar promover uma predileção antecipada em favor do ente público, sem que isso se mostre, necessariamente obediente a uma lógica de “ponderação

¹⁵⁹ OLIVEIRA, 2005, p. 26.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90, grifo do autor.

¹⁶² Ibid., p. 90, grifo do autor.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-30, 2007. p. 10-11, grifo do autor. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic>. Acesso em: 20 fev. 2023.

proporcional”.¹⁶⁴ Como já anotado, não se negue uma percepção inafastável de que a coletividade não pode ser submetida a qualquer vontade privada, mesmo porque há aquelas potencialmente nocivas. O problema não reside, propriamente aí, mas sim na falta de balizas mais sólidas, que permitam anunciar com alguma clareza – assegurando-se previsibilidade – o que deve ser tomado como “interesse público”.

Também sob o prisma do seu conteúdo, o dito princípio apresenta carência de sustentabilidade. Humberto Ávila propõe, aliás, a total inversão do preceito. Para o autor, a Constituição Federal de 1988 é de tal modo dedicada a descrever os direitos individuais que, “[...] se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria [...] em favor dos interesses privados em vez dos públicos [...]”.¹⁶⁵ Pensamento semelhante expressou Odete Medauar, ao também lançar desconfiança sobre o dito princípio.¹⁶⁶

Luís Roberto Barroso – mantendo-se fiel às suas convicções de um Direito constitucionalizado, que reclama na Constituição o vetor de interpretação das normas infraconstitucionais – também enxerga inaptidão no conceito de “supremacia do interesse público” para, abstratamente, deslegitimar a pretensão do particular, o que evidencia, por vezes, um paradoxo.¹⁶⁷

Verifica-se, logo, que a existência de uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como norma-princípio, está em uma posição permanente de fragilidade. O seu redimensionamento, modernamente proposto, exhibe argumentos sólidos que: a) desconstroem sua própria condição de princípio jurídico e, em razão disso; b) reposicionam os direitos e garantias individuais acima dos interesses primários e secundários do Estado.

¹⁶⁴ BINENBOJM, 2014.

¹⁶⁵ ÁVILA, 2007, p. 11, grifo do autor.

¹⁶⁶ MEDAUAR, 2018.

¹⁶⁷ “[...] O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe à [sic] ele e promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de Direito Público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro, do município ou das suas autarquias [...]” “[...] Em um Estado democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão do seu núcleo essencial são indisponíveis, cabendo ao estado a sua defesa vivo ainda que contra a vontade Expressa de seus titulares imediatos.” “[...] O interesse público secundário – *i.e.*, o da pessoa jurídica de Direito Público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto [...]”. BARROSO, 2010, p. xiii-xv.

Essa derrocada está associada à própria concepção jurídica do termo que lhe empresta significação. Há, como menciona Gustavo Binenbojm, um claro “[...] divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos [...]”, ou seja, não se está a falar, nesses termos, de um princípio.¹⁶⁸

Some-se a isso o fato de que a análise sistêmica do texto constitucional, amplamente permeado pela proteção à dignidade humana – uma proteção ao indivíduo em si, conferindo-lhe “dimensão jurídica”¹⁶⁹ – não permitiria infirmar a pretensão de uma cláusula genérica de preferência de tal ordem. Seria totalmente avesso à lógica que permeia a Constituição Federal de 1988.¹⁷⁰ Logo, a tensão entre direitos e garantias fundamentais e o interesse público não pode ser solucionada por uma norma abstrata de preferência.

Note-se que discussão semelhante – além da que se deu na obra organizada por Daniel Sarmento, voltada ao Direito Administrativo – dá-se no Direito Penal¹⁷¹, o que exhibe, por mais esse recorte, a irrenunciável noção de que a distinção entre pena e sanção está dada tão somente no plano positivo-formal. Ambas as figuras dirigem ao indivíduo uma reprimenda do Estado em contrapartida a uma conduta vedada.

Esse diálogo pauta sobremaneira o discurso de legitimação das sanções administrativas – e também das penas, no Direito Penal –, como que se sancionar fosse um equivalente signo de eficiência do Estado. Haveria, logo, interesse público em multiplicar atos sancionatórios, como método de prestígio à disposição constitucional inserida pela Emenda

¹⁶⁸ BINENBOJM, 2010, p. 142.

¹⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁷⁰ “Atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da *supremacia e indisponibilidade* dos direitos *fundamentais* [...]”. JUSTEN FILHO, 2006, p. 46, grifo do autor.

¹⁷¹ “Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, ser sacrificados) frente à ‘supremacia’ do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’ se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso do poder. [...] A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar ad nutum. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isso surgiu na Europa depois de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.” LOPES JÚNIOR, 2016, p. 36-41, grifo do autor.

Constitucional n. 19, de 2 de junho de 1998 (eficiência).¹⁷² Trata-se de uma visão absolutamente limitada essa que depreende do Direito Penal, unicamente, a função de aplicar penas, negando seu compromisso democrático para, do mesmo modo, “declarar o direito à liberdade do cidadão inocente”, exibindo a essência da equidistância e imparcialidade, porque passa a enxergar que “[...] condenação ou *absolvição* são equivalentes axiológicos para o resultado do processo [...]”.¹⁷³

A transposição dos marcos teóricos do Direito Administrativo para o campo das sanções carrega consigo esse vício atávico. Se o processo penal foi erigido sob forte influência dos direitos e garantias do acusado, tornando-o bastante ritualizado, o mesmo não se deu no Direito Administrativo Sancionador, que foi completamente contaminado por premissas teóricas – e mesmo prescrições legais – derivadas do Direito Administrativo “puro”. Premissas essas que estão fortemente apoiadas na concepção de uma necessidade de se conferir privilégios à Administração em qualquer relação que venha a estabelecer com o administrado.

Privilégios que, quando transportados ao campo da sanção, desequilibram de modo injustificado a par conditio, quando aplicados em processos de fins punitivos. É tanto mais grave porque o pseudo-princípio nem mesmo tem conteúdo jurídico bem delimitado, o que leva a um número inimaginável de possibilidades, muitas das quais contrárias à interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988.

É bem verdade, também, que Alice Gozalez Borges enfrentou a questão, atribuindo a crítica do “autoritarismo” a uma “plêiade de jovens e conceituados juristas”. Em certa passagem a autora faz uma advertência que converge com o cerne desta pesquisa:

É preciso não confundir a supremacia do interesse público - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática.¹⁷⁴

¹⁷² BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional n. 19, de 2 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jun. 1998b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 420, grifo do autor. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

¹⁷⁴ BORGES, Alice Gozalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, v. 26, p. 1-26, 2011. p. 3. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=587>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Suas considerações exibem uma sugestão para a conclusão desta pesquisa, conforme já razoavelmente apontado. As denúncias que se fazem em desfavor do Direito Administrativo, dizendo-o autoritário, não são no sentido de demonstrar a existência de premissas absolutamente autoritárias ou, dito de outro modo, irremediavelmente autoritárias.

Uma das marcas que permitem, de algum modo, qualificar determinadas construções teóricas do Direito Administrativo como autoritárias é, precisamente, este espaçamento, entre o que é informado pelo preceito ou pelo enunciado e o que não o é. Ou seja, esse modelo de prescrições tipologicamente abertas e imprecisas que, de tal modo, permitem que se operem atos autoritários, ainda que se busque qualificá-los como mero “desvirtuamento”.

Note-se que a própria estruturação do Direito deve, no maior grau possível, eliminar as possibilidades de manipulações que caminham rumo ao passado mais indesejado e sombrio. Portanto, parece adequado falar-se na necessidade de “reconstrução” do primado da “supremacia do interesse público”, para que suas dimensões contemplem apenas a virtude democrática, contribuindo para a estabilidade e previsibilidade do Direito, o que significa, ao mesmo tempo, admitir, a contrário senso, que sua estruturação, tal como está, é permeada por um vício fundamental, senão do autoritarismo em si, de servir a ele, dada a quase total inexistência de limitações objetivas do conceito, que pode, em mãos erradas, transitar habilmente, como dito no ensaio introdutório, entre virtude e vício.

3.2.2 Interesse público: a imprecisão do conceito

Alexandre Santos de Aragão faz uma crítica sobre os riscos contidos em se adotar um paradigma de supremacia de um interesse público, cujo conteúdo e delimitação do alcance terminológico são absolutamente fluídos. O risco, portanto, é de que esse argumento débil possa se espalhar por todo o Direito:

[...] Muitas vezes as lides envolvendo o Direito Público ainda se veem curvadas por uma genérica e mítica invocação do “interesse público”, ou de subespécies suas como “ordem pública”, “saúde pública”, “bem-estar da coletividade”, “moral pública”, etc., que, ao entrar em ponderação com quaisquer outros valores envolvidos, sempre prevaleceriam, ainda quando a Constituição ou a lei já contivessem regra específica pré-disciplinando e pré-ponderando a questão, o que é inadmissível. Não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público.”¹⁷⁵

¹⁷⁵ ARAGÃO, 2010, p. 4.

Assentir, de modo inadvertido, a um direito de preferência em abstrato, que deva prevalecer sobre outra pretensão, valendo-se para isso, unicamente, do critério subjetivo, ou seja, do sujeito que ocupa um dos polos da relação jurídica, é algo contraditório, até mesmo na perspectiva lógica, porque dispensaria análise do mérito das pretensões opostas, já que a uma das partes seria dada, abstratamente, a preferência. Tanto mais grave quando, nem mesmo esse “direito preferencial” está plenamente definido, tratando-se, no mais, de uma vagueza.¹⁷⁶

Alice Gozales Borges chega a elaborar um conceito para “interesse público”, após classificá-lo como “[...] indeterminado, plurissignificativo – talvez o mais indeterminado deles, – e por isso mesmo de difícil (mas não impossível) definição.”¹⁷⁷ Para a autora, seria interesse público uma soma de “[...] interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.”¹⁷⁸

Ocorre que sua definição exhibe o problema crônico de recorrer-se ao preceito majoritário. Outra percepção que se extrai de sua proposta, é que fora do conceito que propõe, enumera uma série de exposições absolutamente fundamentais, que deveriam, portanto, estarem agregadas na própria conceituação. É bem verdade, também, que mais adiante, conforma à sua proposta o discurso da existência de interesses individuais “[...] também públicos, [...] porque correspondentes a direitos fundamentais [...]”.¹⁷⁹ Mas é interessante observar que essas justas e necessárias advertências escapam ao conceito proposto.

Em tom conclusivo, Alice Gozales Borges caminha exatamente no mesmo sentido de Daniel Sarmiento e Gustavo Binbenojm, ao reclamar o “exercício do princípio da proporcionalidade”, ao se deparar, o aplicador da lei, com o conflito entre interesse privado e interesse público, *prima facie*.¹⁸⁰

¹⁷⁶ “Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. [...] O interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das ‘razões de Estado’, posta como obstáculo intransponível para o exercício dos direitos fundamentais [...]”. SARMENTO, 2010, p. 27, grifo do autor.

¹⁷⁷ BORGES, 2011, p. 5.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸⁰ “[...] ponderação proporcional equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes [...]”. SARMENTO, *op. cit.*, p. 52. Que orienta que a solução seja “guiada pelo dever” da proporcionalidade. BINENBOJM, 2014; BORGES, *op. cit.*

Já Marçal Justen Filho reforça que, amalgamado ao “interesse público” também deve estar o prestígio a direitos e garantias fundamentais e, ao defender estes, também estaria a Administração defendendo aqueles.¹⁸¹ Assim, a satisfação de qualquer interesse do Estado somente adquire legitimidade se, e somente se, pondera os direitos individuais potencialmente afetados. Uma discussão que deságua no Direito Administrativo Sancionador com especial afetação.¹⁸²

É errôneo, portanto, tratar “interesse público” e “interesse individual” como forças oponíveis. Mesmo porque, esse cálculo, de ponderação entre o interesse público – seja primário ou secundário – antecede a própria formulação das leis. Está intimamente ligado ao devido processo legislativo.¹⁸³

Note-se que, mais do que uma vaga conceitual, dificilmente se poderiam adotar, principalmente no campo dos interesses públicos primários, premissas que pudessem ser professadas com a autoridade de vontade majoritária. Há um sem-número de pautas que perpassam pela Administração e que, diante de uma sociedade plural, inviabilizam a enunciação de uma “noção homogênea” de bem comum ou de vontade geral.¹⁸⁴

E mesmo que isso fosse possível, de modo tão simplista, não é a cláusula majoritária, necessariamente, obediente e fiel aos preceitos de uma verdadeira democracia, que se satisfaz também, mesmo na contramão da vontade de uma parcela mais significativa do todo social, quando promove a proteção das minorias.

Seria, então, mais factual que se pudesse crer numa predileção abstrata dos interesses públicos secundários. Mas, também nessa perspectiva, seria impróprio conferir preferência a um dos litigantes, posto que, nessa condição, não está a Administração jungida à condição de representante dos interesses da pessoa jurídica de Direito Público. Seria, logo, uma violação ao desejável tratamento isonômico das partes. Uma indevida verticalização entre partes que se antagonizam em uma relação jurídico-processual, que deve ter como marca fundamental a igualdade de tratamento.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, 2006.

¹⁸² “[...] Para assegurar a realização legítima do interesse público, a indisponibilidade congrega a necessária observância dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis no DAS. É equivocado o entendimento doutrinário de que a positivação de direitos e garantias fundamentais afeta a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Do ponto de vista conceitual dogmático, não existe este, fora das limitações impostas por aqueles. Direitos e garantias dotados de fundamentalidade constitucional constituem interesses públicos a que a Administração Pública, em qualquer vertente de sua atuação, está irremissivelmente unida a promover, defender e observar.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 110.

¹⁸³ ARAGÃO, 2010.

¹⁸⁴ SARMENTO, 2010.

A análise da natureza jurídica da supremacia do interesse público, por si só, satisfaz às duas formulações postas como fundamentais para a compreensão do problema. Primeiramente se verificou que não se trata de um princípio, na acepção da teoria geral do Direito. E a própria desvinculação deste privilégio do conceito de princípio, responde à outra indagação. Não poderia um princípio estabelecer abstratamente uma norma de preferência sobre direitos e garantias fundamentais, por vezes (des)qualificados como interesses privados. Isso importaria violar a própria compreensão do que é, para a ciência jurídica, um princípio, e como se comportam em eventuais colisões. Mas não só. Também significaria uma afronta à leitura sistêmica da Constituição Federal de 1988.

Para Marçal Justen Filho, essa falsa oposição entre interesse privado e público, que se verifica de modo persistente nas mais variadas manifestações de alguns teóricos e operadores do Direito, é o “germe do autoritarismo”:

É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supra-individuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo. Isso decorre da dificuldade para identificar esse “interesse da sociedade”. Não havendo vínculo com os interesses individuais concretos, surgiria o problema de determinar o conteúdo do interesse social. Seria necessário atribuir a um sujeito o poder de determinar a existência e o conteúdo do interesse público. O resultado poderia ser o governante adotar como interesse público algo que não fosse interesse de ninguém.¹⁸⁵

Alexandre Santos de Aragão narra o que se deu nos Estados Unidos, ao prestigiar a supremacia de um interesse público móvel, incerto. A memória histórica a que recorre expressa exemplos concretos dos riscos de se tomar o “interesse público” como um dogma inabalável:

A sobrepujança na ponderação de interesses de argumentos retóricos em prol do interesse público ou de seus subvalores já possibilitou nos EUA fortes restrições à liberdade de manifestação de ideias que fossem consideradas esquerdistas (*Dennis v. United States*), ou que cidadãos norte-americanos de origem japonesa ficassem confinados em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial (*Korematsu v. United States*). O fundamento dessas decisões foi que, na ponderação entre os valores da segurança nacional (interesse público) e os da liberdade, deveriam prevalecer aqueles em detrimento desses.¹⁸⁶

Como se vê, o que se tem com essa construção, é a concessão de um elevado grau de verticalização na relação entre Administração e administrado. Trata-se de um vetor autoritário, ou, ao menos, permissivo de atos autoritários.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, 2006, p. 42, grifo do autor.

¹⁸⁶ ARAGÃO, 2010, p. 7.

Se a existência de uma formulação abstrata que impõe a prevalência do “interesse público”, a ser assim qualificado por um indivíduo vinculado à própria Administração, já revela uma plataforma de substrato autoritário, o que se dizer da aplicação desse conceito nos processos de natureza sancionadora? Nesses, a Administração atua como juiz da causa, muitas vezes segundo normas que ela própria elaborou ou calibrou (vide o decreto regulamentar, a portaria, a resolução, entre outras). Não raro a Administração é parte, juiz e “legislador”. E ainda promove, por interlocução de um agente público que a represente – e que não goza das garantias da judicatura, e está naturalmente maculado pela cultura do órgão de vinculação (ou na pior das hipóteses, recebeu expressamente ordens sobre como pautar suas ações) – a interpretação do conceito aberto da “supremacia do interesse público” sobre o “interesse privado”, numa relação processual de fins punitivos. Um terreno fértil ao arbítrio. Mas tudo isso unguido pelo discurso da legalidade.

Não se pretende, de modo algum, caminhar no sentido de invalidar em absoluto uma premissa que se aproxime de inibir a tutela coletiva, ou de desqualificar a existência de uma matriz diretiva do interesse metaindividual. Mesmo porque a Constituição Federal de 1988 é permeada por disposições dessa ordem.¹⁸⁷

Existe uma linha tênue, por onde trafega essa falsa dicotomia entre interesses privados e interesses públicos, que exige, não uma fácil solução em abstrato, alinhavada por uma declaração de preferência, cujas justificativas são precárias. Exige-se, ao contrário, um dever dado a todo agente público de ponderar esses valores, “guiado” pelo dever da proporcionalidade.¹⁸⁸

A resposta para a incidência concomitante de princípios se realiza na “[...] ponderação proporcional equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes [...]”,

¹⁸⁷ “A Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (art. 37, inciso IX), na disciplina das leis (art. 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (art. 93, inciso VIII e art. 95, inciso II) e no Ministério Público (art. 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (art. 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 87.

¹⁸⁸ BINENBOJM, 2014.

visando ao atendimento dos fins daqueles que concorrem no caso concreto.¹⁸⁹ Não há que se falar em colisão – e elisão – de princípios, mas em concorrência incidental, situação na qual se deve buscar a satisfação de todos os princípios que incidem no caso concreto, de modo a satisfazê-los adequadamente, nunca, porém, de modo a derogá-los, num processo criterioso que busca alcançar a “solução ótima”.¹⁹⁰

É no postulado da proporcionalidade, portanto, que se realiza a ponderação dos princípios, o que deve ser feito também pelo agente público no exercício da função administrativa, posto que administrar também significa “aplicar a lei de ofício”.¹⁹¹ É nessa conjuntura que o administrador, que detenha os poderes decisórios, deve tornar-se também, para Luís Roberto Barroso, intérprete da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual, dentre outros, a compreensão da legalidade administrativa enquanto vínculo à lei acaba tornando essa atuação do agente público absolutamente precária.¹⁹²

Não por acaso, e ainda que muito timidamente, a ordem jurídica positiva vem solidificando, progressivamente, essa posição; um dos marcos dessa tendência, pode-se dizer, é artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.¹⁹³

Por óbvio que, do mesmo modo que se vai superando o conceito de interesse público supremo como dogma intransponível, o mesmo fenômeno vai produzindo repercussões no Direito Administrativo Sancionador. Não há, portanto, uma norma absoluta de predileção em favor da Administração no terreno ácido da sanção. Muito menos que esta norma seja permissiva a que um determinado indivíduo (agente público), em nome dessa Administração, encarregue-se de professar a seu próprio alvitre o que, em cada caso, receberá a rubrica de “interesse público”.

Marçal Justen Filho também busca conceituar “interesse público”, mas diante do desafio de elaborar uma definição cujo conteúdo seja capaz de traduzir sua essência, e sem

¹⁸⁹ SARMENTO, 2010, p. 52.

¹⁹⁰ BINENBOJM, 2014.

¹⁹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

¹⁹² BARROSO, 2010.

¹⁹³ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] I - atuação conforme a lei e o Direito;” BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º fev. 1999b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

fazer concessões autoritárias, o autor prefere não professar aquilo que é, mas diz, ao menos, o que não é.¹⁹⁴

Para Marçal Justen Filho, interesse público não pode ser traduzido como interesses do Estado porque isso equivaleria a uma inversão “lógica e axiológica”, porque “[...] O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado”.¹⁹⁵

Não pode ser um interesse administrativo porque “[...] o Estado, como sujeito de Direito, pode ter certas ‘conveniências’, de modo semelhante ao que ocorre com qualquer sujeito privado.”¹⁹⁶ E também não pode ser o interesse assim declarado pelo agente público porque este pode se embaraçar com seus próprios interesses, deixando, pois, de ser uma legítima manifestação de um interesse deveras público.

Mas é ainda mais provocativo quando reclama a reflexão sobre a noção de um “interesse público” uno; sua tese é de que não existe apenas um interesse público, mas uma pluralidade desses, “inclusive em conflito entre si.”¹⁹⁷ Com isso demonstra haver também um problema de cognição interna do conceito “interesse público”.

Ademais a relação punitiva entre Estado e particular, seja ela gravada pelo liame da especial sujeição ou não, é comumente estigmatizada por uma equivocada noção de que a imposição da sanção é signo do melhor atingimento dos fins do Estado, a tradução da máxima eficiência administrativa.

Chancelar à Administração uma regra absoluta de preferência sobre o particular, em uma relação processual de natureza punitiva equivale a desequilibrar esta relação em prol de uma das partes. É tanto mais grave quando essa regra de preferência possui conteúdo valorativo impreciso, permitindo-se que noções equivocadas sejam tratadas como legítimo interesse público, o que se dá, via de regra, desbastando o núcleo axiológico-constitucional da dignidade humana, por chocar-se com direitos e garantias fundamentais, impedindo ou limitando significativamente que estes cumpram sua “missão emancipatória.”¹⁹⁸

Também se costuma embaraçar a relação entre interesse público, e sua indisponibilidade, invertendo-se os pressupostos. Como analisa Marçal Justen Filho, a

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2006.

¹⁹⁵ Ibid., p. 38.

¹⁹⁶ Ibid., p. 39, grifo do autor.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ SARMENTO, 2010.

indisponibilidade não é a consequência da natureza pública do interesse. O interesse é reconhecido como público o que é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.¹⁹⁹

Isso faz com que se supere a perspectiva maniqueísta que insiste em opor interesses públicos de interesses individuais, ao menos àqueles prescritos como direitos fundamentais. Nesses casos, nem mesmo se poderia falar, propriamente, em interesse particular. O reclame de realização e cumprimento de direitos individuais consagrados em texto constitucional, é a própria realização de um fim público, um interesse legitimamente público, indisponível – antes – em essência.²⁰⁰

3.3 O MÉTODO DA IMPRECISÃO

Inúmeros são os preceitos demasiadamente indeterminados do Direito Administrativo. Mais ainda: de um preceito de conteúdo aberto, derivam-se outros de – igualmente – difícil delimitação. Não se trata de atecnia na elaboração dos enunciados desse regime jurídico. Em verdade, essa é a própria técnica, que revela o “método da imprecisão”.

Isso porque foi, desse modo, elaborada toda teoria administrativista. A indeterminação das enunciações atenderia à finalidade de permitir que o agente público tomasse a “decisão certa” no caso concreto, sem correr o risco de sua ação ser gravada por ilegalidade.²⁰¹

¹⁹⁹ JUSTEN FILHO, 2006, p. 44.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ “No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é *permitido* [...] fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. [...] Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham –, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.” BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 989-990, grifo do autor.

É nesse sentido que, de fato, a imprecisão conceitual ganha contornos de método, que se faz presente em todo o Direito Administrativo, e que se justificaria como lastro para ao exercício legal da atividade administrativa, que não pode se desviar do preceito segundo o qual administrar é “aplicar a lei de ofício.”²⁰²

Se a Administração só pode agir segundo a lei, é preciso que, de fato, essa lei tenha, por vezes, conteúdos genéricos, de modo a dar conformação ao maior número possível de eventos concretos. Razão pela qual a imprecisão permeia inúmeros dispositivos legais e conceitos teóricos do Direito Administrativo. Como já mencionado, nem mesmo o ato administrativo, que tem posição central no Direito Administrativo, acha-se definido de modo satisfatório.

Juliana Bonacorsi de Palma aborda esse problema. Sua pesquisa era, entretanto, voltada à possibilidade de celebração de acordos substitutivos às sanções no âmbito da Administração Pública. Ao analisar outro derivativo do “interesse público”: o “princípio da indisponibilidade do interesse público”, fez constar sua observação de como esse método condiciona práticas autoritárias e conduz à insegurança jurídica:

[...] O princípio da indisponibilidade do interesse público seria o desdobramento do primado do interesse público mais caro aos administrativistas que perfilham a exposta a linha de entendimento. Princípio de difícil intelecção e, principalmente, de rasa tradução prática vivo seu conteúdo jurídico não se apresenta uniforme a doutrina administrativista brasileira. Apesar da fluidez, corriqueiramente o princípio é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública.

[...] Oportuno assinalar um exemplo da Consulta Pública 847, de 24.12.2007, da ANATEL, que suscitou expressivo diálogo em torno do Direito Administrativo Sancionador ao submeter à apreciação pública proposta de alteração do Regulamento de Sanções Administrativas, a Resolução 344, de 18.7.2003. [...] foram debatidos na Consulta Pública 847 /2007 pontos sensíveis ao Direito Administrativo Sancionador que pouco transparecem nos escritos doutrinários, como a [...] presença de conceitos jurídicos indeterminados (“má-fé”, “modo temerário”, “resistência injustificada” e “benefícios diretos e indiretos”, por exemplo)[...].²⁰³

Vide também, outro exemplo: o poder de polícia. Essa expressão “bastante imperfeita”.²⁰⁴ Gustavo Binbenojm ainda faz um alerta crítico sobre a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados a partir de um outro conceito jurídico indeterminado.²⁰⁵

²⁰² FAGUNDES, 1979.

²⁰³ PALMA, 2015, p. 58, 59 e 93.

²⁰⁴ VERZOLA, 2011.

²⁰⁵ BINENBOJM, 2020.

Ressente-se da extrema resistência que demonstrou ter o conceito do “poder de polícia” que, mesmo a despeito da redemocratização, e da plena vigência do Estado de Direito, não se converteu em uma atividade de mera aplicação da lei.²⁰⁶

Em *Direito Administrativo Ordenador* (2003), de Carlos Ari Sundfeld, fixa-se o marco proponente da revisão do “poder de polícia”, tal como foi, por décadas, concebido na doutrina.²⁰⁷ Como qualificou Gustavo Binembojm, essa foi a “[...] mais importante e influente contribuição do Direito Administrativo brasileiro ao tema [...]”.²⁰⁸

Sundfeld propõe o desaparecimento da concepção de “poder de polícia”, tal como fora formulado na doutrina brasileira. Sugere que se discuta a emergência de uma nova teoria da ação administrativa, subdividida em três grandes setores: “[...] a Administração de gestão, a Administração fomentadora e a Administração ordenadora[...]”.²⁰⁹ Esta última viria a substituir o poder de polícia.

Assim como em muitos conceitos que permeiam o Direito Administrativo, nem sempre derivados diretamente de lei (por vezes são expressões da doutrina clássica), o poder de polícia reascende, e torna ainda mais aguda, a permanente tensão dialética entre a “lógica da autoridade e a lógica da liberdade”.²¹⁰

É nesse sentido que o autoritarismo que macula o Direito Administrativo se mostra incrustado na sua própria teoria-geral que, acriticamente, criou verdadeiros espaços livres de regulamentação – ou onde a regulamentação é, de modo proposital, demasiadamente flexível -, permitindo que sejam forjadas justificativas de ordem moral, a exemplo do “interesse público”, expoente dileto da imprecisão como método – e de onde se permite derivar uma série de outras vaguezas que prestam tributo à insegurança jurídica.

Esse espírito autoritário, portanto, não é nem símbolo da autoridade do Estado, legitimamente constituída, nem representa fielmente a tessitura legal. Mas transita por amplos espaços onde a regulamentação, acidental ou propositalmente, é parca ou tergiversa sobre conceitos de pouco rigor semântico.

²⁰⁶ BINENBOJM, 2020.

²⁰⁷ SUNDFELD, 2003.

²⁰⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 32.

²⁰⁹ SUNDFELD, op. cit., p. 10-16.

²¹⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 18.

Justiça se faça quanto aos conceitos indeterminados, que, sim, representam um método-prescritivo para todo o Direito positivo, cuja finalidade é, precisamente, a mesma detectada no Direito Administrativo, diga-se, a conformação do maior número possível de condutas – abstratamente consideradas – ao texto normativo, motivo pelo qual este não deve jungir-se a uma ou a outra conduta, descrevendo especificidades que o restrinjam de tal modo acentuado, que o torne ineficaz.

Entretanto, no Direito Administrativo – porque pautado na construção teórica do dever positivo de obediência à lei - essas prescrições não assumem a função de prescrição negativa do comportamento (do dever de não-fazer), tal como se dá no Direito Penal, ao regradar as condutas vedadas aos indivíduos. Nesse ramo do Direito, a prescrição da enunciação aberta visa a conformar positivamente (dever-ser) o comportamento da Administração e dos agentes públicos, no exercício de suas funções.

Isso se faz sentir – comparativamente ao Direito Penal– no Direito Administrativo Sancionador do seguinte modo: se no Direito Penal a enunciação, ainda que razoavelmente aberta, está plasmada ao dever de taxatividade, tornando-a previsível ao sujeito passivo da eventual relação jurídica (destinatário da norma) a se estabelecer (investigado, acusado ou réu), no Direito Administrativo Sancionador essa regra não está absolutamente clara, nem para quem produz o texto normativo – de caráter punitivo – nem para quem o aplica, via de regra, um “administrador-juiz”.

É por essa razão que se deve adotar máxima cautela ao se defender, genericamente, um modelo prescritivo do Direito como um todo. É preciso que se chegue a uma fórmula justa – diga-se, democrática – de se conformar essa moldura ao Direito Administrativo Sancionador, que exerce, objetivamente, a função de Direito Penal administrativo. Por hora, parece bastante evidenciado que a ordem jurídica não criou, de modo satisfatório, contedores suficientes para evitar o comportamento administrativo desviante do fim público e democraticamente conformado aos comandos constitucionais. A prescrição aberta da tipologia punitiva é, portanto, um dos marcos permissivos de autoritarismo na Administração.

O resultado desse (des)arranjo normativo é, por exemplo, assistir-se, em tom professoral, uma justificativa, na moldura do Direito Administrativo, para o exercício de poder ditatorial, como, anteriormente mencionado, feito por Hely Lopes Meirelles, a oficiais de alta patente do Exército no período de Ditadura Militar.

A questão que merece maior acuidade, todavia, está em analisar – ou criticar – a possibilidade de incidir algum grau de imprecisão (e de discricionariedade, como alguns mencionam) no ato sancionador de índole administrativa. Dito de outro modo: está na crítica da transposição dessa moldura, do Direito Administrativo ao Direito Administrativo Sancionador, conferindo à Administração imensa margem de liberdade, também nas suas ações voltadas a apurar e, conseqüentemente, fixar sanção.

O Direito Administrativo Sancionador parte, como não poderia deixar de ser, do mesmo pressuposto de vinculação à lei. Vide, a exemplo, a enunciação de Régis Fernandes de Oliveira: “A tipificação da infração e conseqüente sanção administrativa acha-se vinculada, como no Direito Penal, à prévia existência de previsão legal [...]”.²¹¹ Haveria, logo, para o autor, uma similitude com a diretriz do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, voltada, em tese, somente ao Direito Penal.²¹²

Nesse sentido, esse método que, no Direito Administrativo permite a conformação com a lei das decisões tomadas no âmbito da Administração, ainda que não prescritas, precisamente, no Direito Administrativo Sancionador assume contornos autoritários.

A questão, portanto, não é examinar se deve, também no Direito Administrativo Sancionador, a figura ilícita e a respectiva sanção derivar de lei anterior que as definam, em exortação ao princípio da legalidade lata. A questão reside em, diante de tantos imprecisos termos que permeiam todo o Direito Administrativo, e que tem justificativas de fins “metodológico-prescritivos”, saber se é obediente ao princípio da legalidade – e, portanto, aceitável –, a existência de tipos sancionadores cujo conteúdo é, por vezes, quase indecifrável.

²¹¹ OLIVEIRA, 2005, p. 54.

²¹² BRASIL, 1988.

Se a legalidade administrativa é a mola-mestra para prescrições dessa ordem, diga-se, desses valores genéricos de difícil aferição objetiva, o mesmo não se deve aproveitar para o campo sancionador, sob pena de violação às diretrizes penais do Direito Público, que exige a descrição precisa (taxativa) da conduta passível de sanção. A imprecisão conceitual é um método que se estende às prescrições sancionatórias nos mais variados diplomas. Uma realidade pouco questionada. Por vezes, defendida.²¹³

Não se ignora, todavia, que a técnica de complementariedade normativa se faz presente em todo o Direito público sancionador. Trata-se, como já observado, de estratégia comum de prescrição no Direito Penal.²¹⁴

Mas a crítica que se faz a essa indeterminação nos enunciados normativos dos tipos administrativos é de que, contrariamente ao Direito Penal, onde esse modelo opera sob forte contenção da regra da taxatividade, e sob forte vigilância da doutrina – ou mesmo da vedação à analogia *in malam partem* –, no Direito Administrativo Sancionador isso não está posto com a mesma clareza, restando, no mínimo, um elevado grau de insegurança.²¹⁵

²¹³ “Pode ocorrer e a hipótese legal seja bastante Ampla e abrangente, de forma a recolher farta possibilidade fática. [...] a Autoridade administrativa irá limitar, via normativa regimental, quais as hipóteses de infração possíveis, fixando, então, de acordo com a gravidade, as sanções respectivas. Não se cuida de delegação inconstitucional. A previsão genérica está estabelecida. Restará ao administrador dispor sobre de faltas puníveis. A lei não há de ser exaustiva, nem pode sê-lo, isso porque, além da possibilidade material de prever todos os comportamentos possíveis dos administrados, há a impossibilidade jurídica dia assim proceder, de vez que estará invadindo a esfera própria do órgão do Poder Executivo. Vê-se que o agente administrativo irá simplesmente dispor de sua competência dentro da moldura traçada pela lei. Não poderá criar tipo infracional que não seja disciplinar, mas sobre tal matéria irá explicitar quais as infrações puníveis. Exemplo de tal hipótese vê-se no artigo 12, I e VII da lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), ao dispor o quê compete ao Conselho Nacional de Trânsito estabelecer as normas regulamentares referidas no código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito e zelar pela uniformidade e cumprimento das normas nele contidas e nas resoluções complementares.” OLIVEIRA, 2005, p. 56.

²¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral, vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²¹⁵ “Não há dúvida de que as orientações substancialistas, preocupadas sobretudo em dar à noção de delito fundamentos ontológicos – como a imoralidade, a periculosidade, a anormalidade psicofísica etc. – têm favorecido o desenvolvimento de sistemas penais caracterizados pela incorporação potestativa dessa classe de juízos de valor como condições suficientes e não só necessárias de identificação dos delitos. Uma incorporação semelhante, como tem-se visto, apesar de estar em conformidade com o princípio de mera legalidade, contradiz o princípio de legalidade estrita, cuja função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos. Naturalmente, a relação entre culturas penais e sistemas de Direito Penal é, como sempre, uma relação circular, em que as primeiras influenciam os últimos e estes condicionam as primeiras. Assim, sistemas penais caracterizados pela incorporação potestativa de elementos abertamente substancialistas às definições legais do conceito de delito e/ou de cada um dos tipos penais impõem, inevitavelmente, referências extralegais na definição teórica daquele e/ou nas configurações dogmáticas e judiciais destes. Mas, é igualmente certo que estes tipos de modelos têm sempre atrás de si doutrinas substancialistas, baseadas na idéia [sic] de que o delito seja captado, além do que diz a lei, em sua identidade ontológica de *malum in se*. [...] as doutrinas substancialistas que se proliferaram com a reação antiiluminista do século passado nas últimas versões anteriormente recordadas, têm inspirado - no melhor dos casos -

No Direito Administrativo Sancionador esse método merece atenção redobrada, porque esse “princípio” (da atipicidade ou, aqui chamado de “método da imprecisão”) se interconecta com outras premissas analisadas como condicionantes do autoritarismo, que não operam na via penal. Tome-se o exemplo da “legalidade estrita” como orientação para o agir administrativo, que permite que a Administração se mostre indiferente às normas constitucionalmente estabelecidas.

Por ser a sanção um legítimo ato administrativo, titularizado, logo, por autoridade administrativa, o processo heterogêneo de integração, sob uma leitura de legalidade estrita, vê-se obediente, tão somente ao texto infraconstitucional. E mais: num processo de integração que é conduzido por autoridade não-jurisdicional, sem poderes, em tese, para promover o controle incidental (difuso) de constitucionalidade e de convencionalidade.

Tem-se, assim, uma majoração do potencial autoritário da abertura conceitual e descritiva dos comportamentos ilícitos no Direito Administrativo Sancionador. Não exatamente – ou somente – pela absoluta vagueza de alguns preceitos primários e secundários, mas porque esse processo de apuração e de cominação de sanção é conduzido sob o manto de outras premissas que impermeabilizam o processo administrativo de ser irrigado por diretrizes do processo constitucional e democrático.

A legalidade estrita, o veto ao controle de constitucionalidade por agentes público da Administração, e o discurso da supremacia do interesse público são exemplos notórios do grau de contaminação desses processos, que não promovem a análise da conduta e da norma sob a perspectiva da liberdade como regra, mas sim, sob o prisma da autoridade do Estado, como suporte teórico integrador da norma.

modelos penais de legalidade atenuada, quer dizer, caracterizados por figuras delituosas elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia *in malam partem*, pelo caráter central atribuído às investigações acerca da pessoa do réu assim como ao juízo sobre a sua ‘periculosidade’ e às correspondentes medidas preventivas. E têm aberto o caminho – nos piores casos – às mais nefastas doutrinas abertamente antiformalistas que têm constituído a base teórica dos ordenamentos penais totalitários [...]”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 303, grifo do autor. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

A Constituição Federal de 1988 estabelece uma cláusula de reserva de lei para que seja exigível qualquer conduta do particular (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – artigo 5º, inciso II), mas não há a mesma clareza sobre o acolhimento do teorema da “legalidade estrita”, derivado do axioma de Luigi Ferrajolli “*nulla poena, sine lege*” para as infrações e sanções administrativas.²¹⁶

Luigi Ferrajolli elenca quais são os vetores decorrentes da legalidade estrita que, sintetizam uma verdadeira “[...] regra semântica metalegal de formação da linguagem legislativa, dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações jurídicas [...]”.²¹⁷ Seriam deveres a serem observados pela tipologia prescritiva:

[...] a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados “verdadeiros dos” fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução [...].²¹⁸

Portanto, a imprecisão não poderia, para Luigi Ferrajolli, pautar a prescrição punitiva do preceito primário. No grau mais elevado da crítica a esse modelo permissivo, está uma remissão direta à teoria do Estado, dado que a excessiva abertura conceitual do tipo punitivo faz carrear ao “juiz administrativo” a própria fixação do tipo incriminador (ou sancionador), fazendo imiscuir-se em atribuição que não lhe é dada, porque compete a outro poder: ao Legislativo. O método da imprecisão é, assim, um outro permissivo autoritário conferido às Administrações que, com isso, recebem a chancela para, verdadeiramente, “legislar” em cima desses conceitos abertos e imprecisos.

²¹⁶ “De todos os princípios garantistas – ou garantias – expressos por nossos dez axiomas e pelas dez teses deles derivadas, aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita [...].[...] Enquanto o axioma de mera *legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. [...] a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm [sic] penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. [...] o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados [...] prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei. FERRAJOLI, 2002, p. 76-77, grifo do autor.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 101.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 99, grifo do autor.

A aceitação da presença de tantos conceitos vagos no Direito Administrativo Sancionador, muitos dos quais fortemente marcados por digressões puramente valorativo-morais (interesse público e seus derivativos), permite que Decretos, Portarias, Resoluções e toda espécie de instrumento normativo infralegal, descreva, propriamente, o conteúdo da conduta ilícita, operando-se um traslado de competências originárias, do legislador para o administrador. Quando menos, tem-se uma anuência à aplicação de analogias para descrever os comportamentos ilícitos.

A lei espanhola, *Ley 40/2015, de 1 de octubre*, por exemplo, para evitar que isso ocorra, prescreve expressamente algumas vedações; exige, para tanto, a descrição precisa do comportamento típico, mesmo no Direito Administrativo:

Artículo 27. Principio de tipicidad.

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.
3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.
4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.²¹⁹

Mas no Brasil, a técnica da complementariedade regulamentar está amplamente difundida no modelo legislativo do Direito público sancionador (inclusive no Direito Penal), o que implica, em muitos casos, que a própria Administração venha a dispor o conteúdo daquilo que o legislador deixou de definir como elemento normativo material caracterizador da ilicitude. Ainda que a doutrina seja sólida no sentido de vedar que qualquer instrumento normativo infralegal possa criar novas obrigações, quanto aos preceitos genéricos há uma enorme tolerância.²²⁰

²¹⁹ ESPAÑA. Presidente del Gobierno. Ley 40/2015, de 1 de octubre. De Régimen Jurídico del Sector Público. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 236, p. 1-122, 2 oct. 2015. p. 26-27. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²²⁰ OSÓRIO, 2020, p. 247-248. “É comum, no direito brasileiro, que o decreto regulamentar a pretexto de disciplinar a aplicação da Lei, crie obrigação nova, Instituto penalidades, seja nova hipótese de exclusão de infração, determinando não apenas a forma de aplicação da legislação ou de seus dispositivos, mas realmente proceda a verdadeira extensão da lei que pretendeu disciplinar. [...] tal regulamento em constitucional incompatível com o nosso sistema jurídico. [...] A atividade administrativa e executiva é ancilar àquela de integração primária da ordem jurídica.” OLIVEIRA, 2005, p. 57.

Tem-se, com isso, um liame muito frágil, a ditar a dicotomia antagônica entre “proibido vs. permitido” acerca da capacidade regulamentadora e prescritora da Administração. Um risco elevado de que – valendo-se dessas permissividades – o legislador tão somente disponha como preceito primário algo como: contrariar os bons costumes, agir de modo incompatível, desrespeitar publicamente as convenções sociais, concorrer para a discórdia, praticar ato que importe em escândalo, entre outras; e cumpra, ao órgão responsável por apurar a falta, estabelecer todo o desdobramento do preceito absolutamente vazio de significação objetiva.

Não se trata de um risco abstrato ou um alarde injustificado. Prescrições dessa ordem já levaram o STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 353/DF, de 21 de junho de 2021, a declarar a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei n. 4.878, de 1965, que trata dos direitos e deveres dos policiais civis da União e do Distrito Federal.²²¹

Rafael Munhoz de Mello também menciona um caso grave que se deu na Comissão de Valores Mobiliários:

Mais grave ainda, em alguns casos o princípio da legalidade é ignorado por completo. Veja-se o que dispõe o § 3º do art. 11 da Lei 6.835/1976, que disciplina a atuação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. “As penalidades previstas nos incisos III a VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários. [...] A tipificação do ilícito, portanto, será feita por norma infralegal, o que é vedado pelo princípio da legalidade. [...] não se pode admitir que infrações administrativas sejam criadas pela autarquia, de modo original e inovador. [...] Restrições gravíssimas na esfera jurídica dos particulares, bem se vê, que não podem ser impostas por autoridade administrativa sem que lei disponha sobre a hipótese de incidência de tal norma.”²²²

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 353/DF, de 21 de junho de 2021. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. incs. I a LXIII do art. 43 da Lei n. 4.878/1965. policiais federais e policiais civis do distrito federal. transgressões disciplinares. recepção pela constituição de 1988 se compatível com a nova ordem. conduta na vida privada do servidor policial. previsão de infração disciplinar. legitimidade. recepção parcial dos dispositivos legais pela constituição de 1988. princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. não recepção dos incs. I, V, VI, XXXV e LI do art. 43 da Lei n. 4.878/1965 pela Constituição de 1988 [...]. Relatora: ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 jun. 2021d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346897796&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²²² MELLO, Rafael, 2007, p. 125-126.

Outro exemplo pode ser extraído do Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984, que versava sobre o Regulamento Disciplinar do Exército. O diploma legal definia, no artigo 12, o que seria “transgressão disciplinar” (ilícito administrativo); o artigo 13, item 1, por sua vez, fazia remissão ao anexo I (rol de transgressões), onde constavam as descrições “típicas”, razoavelmente taxativas.²²³ Entretanto, o artigo 13, item 2, parágrafo único, dispunha que:

Art. 13 - São transgressões disciplinares:

[...]

2) Todas as ações ou omissões, não especificadas na relação de transgressões do anexo acima citado, nem qualificadas como crime nas leis penais brasileiras, que afetem a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe e outras prescrições estabelecidas no Estatuto dos Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviço emanadas de autoridade competente.

Parágrafo único – As transgressões relacionadas no Anexo I deste Regulamento, destinam-se, por serem genéricas, a permitir o enquadramento sistemático das ações ou omissões contrárias à disciplina. A forma como se deu a violação dos preceitos militares deve, por isso, ser descrita pela autoridade que pune o transgressor, no boletim em que a punição é publicada.²²⁴

Esse tipo de prescrição desapareceu do Regulamento Disciplinar do Exército com a sua modernização, realizada por meio do Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002.²²⁵ Mas o método em si é persistente, e invadiu o campo da sanção administrativa nas mais diversas instâncias do poder público. De certo modo, concorreu para isso a própria falta de clareza do texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXXIX), ao prescrever que: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”, permitindo-se interpretações duvidosas do conteúdo da vedação, se se estenderia ou não às sanções administrativas.²²⁶

²²³ “Art. 12 – Transgressão disciplinar é qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal.” “Art. 13 – São transgressões disciplinares: 1) Todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar especificadas no Anexo I ao presente Regulamento;”. BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 dez. 1984. Não paginado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/513248/publicacao/15645768>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 2002a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

²²⁶ BRASIL, 1988.

Mas para uma Constituição redigida em 1987, quando o Direito Administrativo Sancionador não tinha ainda vivenciado processos expansionistas de larga escala, a preocupação que se fazia presente era, de fato, com o Direito Penal, por ser a expressão mais imediata do Direito Público sancionador. Nesse sentido, também a Constituição Federal de 1988 seguiu a mesma tendência que já foi anteriormente anotada, de relativa indiferença a esse ramo setorial do direito punitivo do Estado, notadamente porque seu alcance ainda estava quase adstrito, unicamente, ao campo disciplinar.

Fábio Medina Osório faz uma defesa das disposições genéricas no Direito Administrativo Sancionador, orientando seu raciocínio recorrendo às espécies punitivas, propriamente. Entende que o método é aceitável porque as sanções administrativas não resultam em privação de liberdade.²²⁷

Veja-se, portanto, que um dos argumentos a que recorre Fábio Medina Osório, de modo a torná-lo razoavelmente leniente com essas práticas, é consequencialista. Seria, na sua proposição, mediano, aceitar esse método, uma vez que as sanções administrativas não resultam, como regra, em privação de liberdade.

Um raciocínio que merece ponderações. Primeiro porque, ainda que, sim, na maioria dos casos as infrações administrativas não resultem em sanção privativa de liberdade, ainda as há no ordenamento, quanto às infrações cometidas por militares, e que também estão subjugadas, em linhas gerais, ao mesmo regime jurídico sancionador. Segundo porque, quando menos, anui-se com um elevado grau de insegurança jurídica e de incerteza do Direito, pouco importando em que ramo epistêmico isso se opere e o grau minorado das consequências. A ordem jurídica não deve servir, nem episódica nem ocasionalmente, ao autoritarismo.

²²⁷ OSÓRIO, 2020, p. 251.

O assentimento à tese de que, para o atendimento do princípio da legalidade, bastaria uma precondição de inscrição de um preceito primário de parca significação objetiva, que poderia receber complemento normativo pela própria Administração – ou pior, por um agente público, agindo em seu nome –, encontra resistência em Rafael Munhoz de Mello, que enxerga, diferentemente de Fábio Medina Osório, uma violação, sim, à liberdade dos indivíduos.²²⁸

Também se opõe a esse tipo de “técnica” Carlos Ari Sundfeld, que entende que determinadas limitações constitucionais - as de caráter punitivo - mesmo que expressamente façam remissão ao Direito Penal, também seriam extensivas ao Direito Administrativo Sancionador.²²⁹

Portanto, ainda que controversa na doutrina, e diante de um perigoso silêncio do legislador ordinário, a imprecisão de algumas premissas derivadas da teoria-geral administrativista, e de termos insertos nos mais diversos instrumentos punitivos da Administração, é também um forte pilar de sustentação a um Direito Administrativo de viés autoritário, cujas prescrições não produzem certeza do Direito, pelo contrário, redundam em terminologias que pouco ou nada definem, deixando a cargo da própria Administração, sob o

²²⁸ “A atividade punitiva da Administração Pública, como não poderia deixar de ser, submete-se ao princípio da legalidade. [...] Isso vale para toda e qualquer sanção administrativa seja ela ressarcitória ou retributiva, esteja ela prevista em contrato ou em outro ato infralegal. [...] Mas no caso das sanções administrativas retributivas é preciso mais. Além da necessária a previsão em lei tanto da infração como da sanção (princípio da legalidade), é preciso que haja na lei formal uma completa descrição da situação de fato que autoriza o exercício da competência punitiva, restringindo ao máximo o campo da discricionariedade administrativa em tal seara (princípio da tipicidade). [...] os três princípios – *lex scripta*, *lex certa* e *lex previa* - estão intimamente relacionados: a sanção administrativa só será validamente aplicada se estiver prevista em lei formal anterior ao fato, que descreva com clareza a conduta ilícita e a própria medida punitiva. [...] Trata-se de aplicação, no Direito Administrativo no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal. [...] A criação de uma figura ilícita representa evidente restrição à liberdade, na medida em que torna proibida uma determinada conduta. Da mesma forma, a sanção é uma medida que atinge de modo negativo a esfera jurídica dos particulares, impondo uma nova obrigação. [...] Assim, tanto infração administrativa como a sanção administrativa devem ter previsão expressa em lei formal. Não basta a mera autorização à autoridade administrativa, dispondo genericamente sobre o poder de punir. É preciso que a lei descreva a conduta ilícita e a respectiva sanção. isso significa, em outros termos, que a lei formal deve veicular a hipótese de incidência e o mandamento da norma punitiva. É preciso que a lei formal disponha tanto sobre a situação de fato como sobre a consequência a ela imputada – a saber, a imposição da sanção administrativa. [...] Tampouco basta à satisfação do princípio da legalidade a criação apenas do ilícito administrativo por lei formal, deixando-se a escolha da sanção a administração pública ponto e vice-versa: não basta a previsão legal da sanção, sem que seja descrita na lei a situação de fato que fundamenta sua aplicação [...] para que o princípio da legalidade seja atendido é necessário que *‘la legge abbia posto tutte le scelte caratterizzanti dalla previsione della sanzione a quella dell oggetto della tutela e del tipo de comportamento vietato’*. Regulamentos administrativos não podem criar ilícitos administrativos e as respectivas sanções. trata-se de incursão indevida da administração pública em matéria reservada ao legislador. [...] a hipótese de incidência da norma positiva bem como seu mandamento devem ser estipulados pelo legislador, não pelo agente administrativo.” MELLO, Rafael, 2007, p. 119-123, grifo do autor.

²²⁹ SUNDFELD, 2003.

pretexto de dar concretude à intenção do legislador, estabelecer o conteúdo essencial da norma proibitiva (sancionadora) ou, ainda pior, da sanção a aplicar, propriamente.²³⁰

Não raro, essa Administração reivindica para si tal prerrogativa, como que em fiel cumprimento à lei, que estabelece o preceito punitivo esvaziado de significação, recorrendo à deontologias como o “interesse público” (ou seus derivativos), ou mesmo a formulações pautadas na “discricionariedade administrativa” na fixação desses preceitos.

Não é incomum que essas premissas de viés autoritário sejam reunidas para justificarem-se, umas às outras, como que em movimento circular. Cria-se, assim, uma engenhosa trama através da qual a Administração não conhece muitos limites à sua atuação. O interesse público e a discricionariedade atuam, sistematicamente, como justificativas – para, finalisticamente, promover o esvaziamento das diretrizes constitucionais de tutela da dignidade dos acusados. Não há, assim, como deixar de observar o caráter de condicionante autoritária no método da imprecisão.

3.4 DISCRICIONARIEDADE NA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Fábio Medina Osório descreve um poder da Administração – diante cláusulas gerais prescritoras dos comportamentos administrativamente vedados – capaz de concretizar o princípio da legalidade por meio de critérios discricionários.²³¹ Também Edmir Neto de Araújo menciona haver “discricionariedade” no ato sancionador, ao se referir à seara disciplinar.²³² Trata-se de uma concessão demasiadamente perigosa no campo sancionador, fato que Fábio Medina Osório reconhece, ao mencionar que “[...] a cláusula geral não pode traduzir arbítrio a quem quer que seja [...]”.²³³ Mas note-se que, assim, faz-se tão somente um apelo vago à autocontenção da Administração, o que não costuma produzir efeitos práticos. No Estado de Direito, é a lei que deve fixar os limites do regime jurídico punitivo – de qualquer ramo epistêmico – para conter o avanço sobre outros bens juridicamente tutelados.

²³⁰ “No ordenamento jurídico brasileiro não há lei que estabeleça os princípios e normas que devem ser observados pela Administração Pública no exercício de sua competência punitiva, sendo raro encontrar referência à necessidade de lei formal para a criação dos ilícitos e respectivas sanções. O Código Tributário Nacional é um dos poucos casos em que isso ocorre, dispondo, de modo cristalino, que ‘só lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas’ (art. 97, V). Em regra, porém, não há qualquer referência ao princípio nos diversos diplomas legais que prevêm [sic] infrações e sanções administrativas.” MELLO, Rafael, 2007, p. 124-125.

²³¹ OSÓRIO, 2020.

²³² ARAÚJO, 1994.

²³³ OSÓRIO, op. cit., p. 253.

A própria noção de arbítrio, nessas condições, passa a ser movediça e dependente de valorações subjetivas. E é nesse sentido que o agir administrativo, derivando justificativas convencionalmente utilizadas sob o manto da “discricionarietà”, pode assumir uma face autoritária, chancelada pelo ordenamento jurídico.

O caráter autoritário do Direito Administrativo Sancionador não deriva, exatamente, do sistema normativo, pelo que este descreve, mas pelo que deixa de prescrever. Criam-se, assim, lacunas por onde condutas democraticamente reprováveis assumem uma roupagem pseudo-legal.

É preciso que se clarifiquem também como arbitrárias as interpretações que, mesmo decorrentes de uma matriz legal incerta – ou melhor, de uma matriz incerta, ainda que legal –, acabam por dar margem e guarida a verdadeiras inovações na ordem jurídica, por meio de ato infralegal, não obediente, por óbvio, ao devido processo legislativo. Muito especialmente quando isso se choca, em algum grau, com o texto constitucional.

Não é incomum que se recorra ao termo “discricionarietà” também ao se falar das sanções administrativas. Seria uma espécie de “método” teleológico-integrador para as tipificações imprecisas. Note-se que Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionarietà administrativa como:

[...] “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.²³⁴

Há, no próprio conceito de discricionarietà, uma ambiguidade a se enfrentar – e isso porque o Direito Administrativo e sua teorização não foram pensados na perspectiva sancionatória. A sanção é, para o Direito Administrativo, uma quase-estranheza, uma função quase atípica para as Administrações.

A primeira concepção sobre o que seria discricionarietà, remete ao clássico ensino do preceito enquanto manifestação de “vontade da Administração”, ainda que obediente a critérios (em verdade, juízos) de ponderação, pautados em dois pilares: conveniência e oportunidade.

De certo modo a teoria clássica induz a tratar a discricionarietà como “liberdade administrativa”, uma espécie de permissão para um agir administrativo pautado no elemento

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 440, grifo do autor.

volitivo do administrador.²³⁵ Essa leitura é absolutamente problemática para o Direito Administrativo Sancionador, porque permitiria compor a descrição do tipo punitivo, e mesmo da sanção a ser cominada, pelo elemento “vontade”.

Mas um segundo vetor de compreensão da discricionariedade administrativa faz quase desaparecer a dicotomia “ato vinculado *versus* ato discricionário”. Isso porque todo ato administrativo deve, segundo essa compreensão, de algum modo, conformar-se a uma diretriz legal. Mesmo o ato administrativo “discricionário”, ao se submeter à exegese de cumprimento de fins legalmente instituídos, traduz-se como um “[...] espaço de escolha administrativa dos meios a serem utilizados para o alcance dos fins inseridos nas normas jurídicas [...]”.²³⁶ Não seria, propriamente, um poder decisório além e fora do Direito. Ou, em outros termos, não expressaria, exatamente, uma vontade do administrador à qual não se oporiam limites.

Sob essa segunda leitura da discricionariedade, seria possível acolher com menos rejeição a incidência de alguma valoração discricionária no ato sancionador. Não como um permissivo de escolhas, diante de uma lacuna legal, mas sim, como um elemento integrador da prescrição incompleta à ordem jurídica, mas isso inclui uma ponderação frente aos direitos e garantias individuais do acusado ou do sancionado.

Flávio Unes Pereira, ao estudar as sanções disciplinares, também refutou a noção de que a discricionariedade operaria na vagueza da lei, casos em que estaria o administrador livre para fazer opções segundo critérios de oportunidade e conveniência, e tão somente segundo esses critérios.²³⁷ Para o autor, o que existe, em verdade, não são opções variadas, mas uma única solução, que se demonstra adequada ao caso concreto. Considera, assim, que não há exatamente um espaço de liberalidade para o administrador. E que o caso concreto exige, sempre, um juízo cognitivo de adequação da norma. Para Flávio Henrique Unes Pereira, seria apropriado falar-se em “adequabilidade normativa”, nunca em discricionariedade.²³⁸

Sua abordagem é relevante porque também retira da discricionariedade qualquer noção de “poder”, e resolve um problema jurídico que há muito se arrastava, e que acabava sendo obstáculo ao controle jurisdicional do ato sancionador perfilado pela Administração, o que não se mostra mais compatível com o Estado de Direito, notadamente sob a perspectiva

²³⁵ BACELLAR FILHO, 2013.

²³⁶ *Ibid.*, p. 174.

²³⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²³⁸ *Ibid.*, p. 107.

constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 prescreve uma ampla sindicabilidade dos atos lesivos ao particular pelo Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV).²³⁹

A tradição jurídica sempre tratou quase como uma impossibilidade a imersão do Poder Judiciário no mérito administrativo da sanção, sob pena de violar a separação dos Poderes.²⁴⁰ Um reflexo histórico do processo de formação do Direito Administrativo na França, que ainda se mostrava apto a produzir efeitos.

Ao estabelecer uma teorização onde todas as opções para a realização do ato administrativo sancionador – ou a única opção perfeita – são decorrentes de lei, e não de qualquer liberalidade que esteja vinculada a juízos de oportunidade e de conveniência do administrador, Flávio Henrique Unes Pereira pavimenta o caminho para que o Poder Judiciário possa examinar, formal e materialmente as sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos, sem que haja limitação em razão de suposta discricionariedade administrativa.²⁴¹ Por óbvio que sua análise deve ser estendida a qualquer tipo de ato sancionador, que não somente aqueles dirigidos aos particulares jungidos à Administração por liame subjetivo e especial de sujeição.

A indeterminação de tipos sancionadores, em violação à exigência de uma *lex certa*, não operaria um modelo de concessão ao administrador, para verdadeiramente estabelecer o comportamento vedado. Tal prescrição somente pode derivar de lei em sentido estrito, cuja produção deve ser obediente ao devido processo legislativo. Também não há se falar em qualquer grau de discricionariedade no ato sancionador. A integração da norma nada mais revela do que uma adequação – com a consequente fixação – de uma opção previamente dada pelo único instrumento capaz de, no estado de Direito, inovar na ordem jurídica: a lei. Mas uma adequação que passa ao largo de permitir que o administrador prescreva, propriamente, o comportamento vedado, passível de sanção, como os exemplos mencionados, da Comissão de Valores Mobiliários, e do antigo Regulamento Disciplinar do Exército. Essas estruturas nada mais revelam do que uma indevida e ilegal delegação de poderes legislativos exclusivos e um modelo permissivo de autoritarismos.

²³⁹ BRASIL, 1988.

²⁴⁰ “[...] o ato discricionário é totalmente imune ao controle jurisdicional, porque se encontra na esfera flexível do Poder Executivo que, para praticá-lo, consulta apenas a oportunidade e a conveniência da medida. Por isso mesmo, o ato discricionário pode dispensar motivação.” CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 149.

²⁴¹ PEREIRA, 2007.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso paradigmático, consolidou um entendimento defendido por Flávio Henrique Unes Pereira, nos termos do voto do Ministro Felix Fischer.²⁴²

Portanto, se não há discricionariedade no ato sancionador, nada impede que o Poder Judiciário o examine em todos os seus aspectos, materiais e processuais. Entendimento esse que já se consolidou também no plano do direito comunitário latino-americano, como conclui Ricardo Perlingeiro²⁴³, mencionando que [...] do ponto de vista dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, a margem de atuação das autoridades (poder discricionário e margem de apreciação) não escapa do controle judicial [...]”.²⁴⁴

Assim sendo, vige a ampla sindicabilidade do ato sancionador, quer seja em seus aspectos extrínsecos (formais e procedimentais), quer seja em seus aspectos intrínsecos (dimensão material), não incidindo qualquer juízo discricionário no ato punitivo.

3.5 A INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Há muito se justifica a possibilidade de duplicidade (ou multiplicidade) de sanções através do dogma da independência das instâncias penal e administrativa. Seria isso uma consequência da separação dos poderes.

Primeiramente convém estabelecer a impropriedade imanente contida nas expressões comumente utilizadas para tratar desse conceito. O preceito que justificaria a duplicidade de sanções – que, na verdade, tem permitido a multiplicidade de sanções, dada a expansão do Direito Administrativo Sancionador – não pode, tecnicamente, ser nominado de “independência de instâncias”, por não se tratar, exatamente, de uma divisão territorial do exercício da jurisdição.

²⁴² “I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 12.927-DF (2007/0148856-8). Mandado de segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-16, 15 fev. 2008a. p. 4. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3582479&n_um_registro=200701488568&data=20080212&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁴³ PERLINGEIRO, 2017.

²⁴⁴ Ibid., p. 172.

Não convém também justificar o cúmulo punitivo sob a rubrica de independência dos “ramos do direito”, porque, afinal de contas, um direito uno, coeso e sistêmico, não poderia admitir que uma só conduta, para um determinado “ramo” seja declarada lícita, portanto, em conformidade com o direito, enquanto que para outro, seja interpretada como ilícita, contrária ao direito.²⁴⁵ A unidade do Direito não convalida a contradição nas manifestações do Estado.

A expressão menos remissiva a embates conceituais é “independência de esferas”, mas que, dada a pobreza de significação do termo “esfera” para o Direito, tem-se um imenso vazio naquilo que deveria, por si só, remeter às justificativas do conceito que se propõe a conduzir.

Mas, neste trabalho, recorrer-se-á à terminologia “instâncias” ao tratar da possibilidade aventada, de se cumulem sanções penais e administrativas, para referir-se, genericamente, a uma “[...] esfera de atuação do Estado em determinado regime jurídico acusatório, seja ele administrativo, judicial civil ou penal [...]”²⁴⁶

Dito isto, mas obviamente sem esgotar o problema terminológico, tem-se que, chancelado por essa independência, o Direito Público sancionador pune, reiteradas vezes, a mesma conduta. Este é o ponto central. Note-se que essa permissividade de cumular sanções se estende para além da dicotomia Direito Administrativo e Direito Penal, ou seja, escapa às fronteiras do Direito Público sancionador. Alcança a tríade à qual se integra também a sanção cível.²⁴⁷ É o que o direito positivado informa, por exemplo, na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos da União – e também em outras disposições legais, espreiadas por todo o ordenamento, em especial nos códigos de conduta (códigos de ética, ou congêneres) dos servidores públicos em todos os níveis da Administração.²⁴⁸

²⁴⁵ “O estudo moderno do direito não mais comporta a análise isolada e estanque de um ramo jurídico. Na verdade, o Direito é um só; [...]”. CARVALHO FILHO, 2020, p. 61. “O direito é um todo. É formado por um conjunto de princípios e regras de comportamento disciplinado sob critérios de validade, buscando sua validade última na norma constitucional. Logo, o ordenamento jurídico é um todo de regulação normativa do comportamento humano, contendo imperativos sancionadores. Não há Instituto privativo de certa disciplina, tal como ensinado nas escolas.” OLIVEIRA, 2005, p. 16.

²⁴⁶ MACHADO, 2020, p. 17.

²⁴⁷ Mas a sanção que decorre do direito civil tem como fundamento o cometimento de um “ilícito privado”, entre particulares. Desde logo, por delimitação do tema, a análise que se propõe como objeto de pesquisa se adstringe ao exercício do *jus puniendi* do Estado, portanto, aos ilícitos previstos no Direito Público sancionador.

²⁴⁸ “Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.” BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

Essa posição de independência da Administração, amplamente difundida na jurisprudência e na doutrina, tem permitido que o Estado exercite seu *jus puniendi* cumulando sua sanção administrativa – ou suas sanções administrativas – à sanção penal.²⁴⁹ O que, *per se*, não seria signo de um modelo assíncrono. Mesmo porque, o objeto ora analisado não diz respeito à vedação de *bis in idem* entre sanção penal e administrativa, mas, sim, à autonomia que se confere à Administração para professar a culpa, por vezes, contraditando o entender da jurisdição (penal).

A preocupação, portanto, reside nas manifestações que decorrem na análise do ilícito penal e do ilícito administrativo, na infração-crime, ou seja, aquele comportamento que viole tanto norma penal, quanto norma administrativa.

Não bastasse a permissividade para o cúmulo punitivo, o modelo que se difundiu traz, em si, a inconveniente contraface da contradição dentro do Direito Público sancionador. Uma crise da unidade Direito, por permitir que cada um dos seus setores epistêmicos, aprecie separadamente a conduta, pronunciando, cada qual, o seu juízo de culpa. Decorre disso que, não-raro, a Administração se manifesta de modo mais célere do que o Poder Judiciário, e sobre matéria que lhe é estranha (criminal) – ainda que negue, peremptoriamente, que o esteja fazendo. Isso porque o ordenamento jurídico não dispôs um rito procedimental para unificação da manifestação de ilicitude das condutas prescritas, simultaneamente, como crime e infração administrativa.

Tome-se, por exemplo, que pode o acusado colher uma manifestação do poder público reconhecendo a incidência de alguma excludente de ilicitude no caso concreto e, posteriormente, ver-se formar um outro juízo, contraditoriamente, em outra apreciação da conduta também pelo poder público – genericamente considerado, de modo a compreender o Poder Judiciário e a Administração – entendendo de modo diverso, ou pior, de modo contraditório. Trata-se de um cenário jurídico que, em alguns países europeus, notadamente na Espanha, vem sendo superado e que hoje são mencionados como equivocidades do passado. No Brasil, porém, são poucos os ensaios que questionam essa pseudo-hermeticidade das diversas fontes de sanções do Direito Público. A Espanha, todavia, há muito registra severos embates sobre o tema, inclusive na Corte Constitucional.²⁵⁰

²⁴⁹ Aqui concebido como qualquer ente federado, bem como suas autarquias e fundações no cumprimento dos fins a que se destinam.

²⁵⁰ “Durante toda a vida do nosso contencioso até o próprio momento da Constituição, a jurisprudência utilizou a doutrina de que, tratando-se de dois ordenamentos diferentes, as sanções administrativas eram perfeitamente compatíveis e inclusive independentes em relação às penais, diante dos mesmos fatos. De modo que era

Marco legal nesse processo, as disposições do Estado espanhol na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* que estabeleceram um verdadeiro rito procedimental incidental de prevenção à contradição nas manifestações dos distintos ramos do Direito Sancionador.²⁵¹ Eis o busfílis da questão. Longe de afetar a separação de poderes, a unificação do tratamento para a conduta ilícita não atua como óbice à teoria do Estado moderno. Ao assegurar estabilidade e segurança às decisões promove, justamente o contrário: fornece substrato para reafirmar, sobriamente, como acertadas as decisões políticas que, sob as justificativas de uma tripartição do poder, também buscaram reservar espaços para a criação de mecanismos que evitem a desarmonia desses poderes.

A elevação do primado da separação de poderes a dogma intransponível do Estado, de modo que não comporte qualquer reflexo de uma decisão de um Poder sobre o outro, não traduz do melhor modo a necessária compensação à separação desses poderes, que se dá sob rubrica da “harmonia”, que requer, inquestionavelmente, a admissão de mecanismos de contenções mútuas. A teoria do Estado não faz pressupor, unicamente poderes independentes, mas, do mesmo modo, exige que estes poderes atuem de modo sistêmico, coordenado, e acima de tudo, que não produzam, entre si, manifestações contraditórias.

cabível que, em função dos mesmos fatos, se sofresse uma dupla punição (administrativa e penal) e o que resultava mais chocante ainda, os mesmos fatos poderiam ser julgados de uma forma pelo juiz penal e de outro completamente diferente ou até contraditório pela autoridade administrativa sancionatória. Hoje esta tese foi retificada pelo Tribunal Constitucional a partir de uma de suas primeiras Sentenças, a de 30 de janeiro de 1981, que estabeleceu, ao contrário, o princípio radicalmente contrário, o do *non bis in idem*, princípio este que, de acordo com o Tribunal Constitucional, está intimamente vinculado aos princípios da legalidade e tipicidade recepcionado no art. 25 da Constituição e, portanto, participa da natureza de direito fundamental. Doutrina reiterada: Sentenças constitucionais de 27 de novembro 1985, 23 maio 1986, 18 de junho de 1990 etc. Assim, consolidou-se o critério da unidade repressiva entre sanções administrativas e penas judiciais, que, de fato, o art. 25 da Constituição impõe. O art. 133 LPC hoje proclama-o de forma expressa.” GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 208.

²⁵¹ ESPAÑA. Presidente del Gobierno. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 260, p. 1-212, 17 de septiembre de 1882. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

O rito disposto dos *artículos 3 ao 7*, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, estabelece aquilo que a própria lei chama de *cuestiones prejudiciales* (incidentais), que tem por objetivo evitar a possível contradição de sentenças sobre um mesmo fato, e, conseqüentemente, unificar a pronúncia sobre a cognição da culpa, que possa ser aproveitado tanto pela instância penal como pela Administração.²⁵² Para tanto lei prescreve um dever de pronúncia incidental antecipada do juízo criminal, a quem confere, unicamente, o poder de determinar a culpa do acusado.²⁵³

Chama a atenção o fato de ter sido criado esse rito na Espanha, Estado aderente ao sistema de dualidade de Jurisdição, que contempla o contencioso administrativo. Mesmo existindo uma autêntica jurisdição especializada para o julgamento das causas onde a Administração é parte ou tem interesse, é a justiça penal a declarar a culpabilidade, ainda que de modo incidental, na infração-crime.

Muito mais sentido faria uma medida acautelatória das garantias individuais nos Estados de jurisdição unitária, que acabam, diante da inexistência de rito semelhante, chancelando que a Administração venha a pronunciar verdadeiro juízo de culpa, significando que essa pronúncia não se subsume a uma cláusula de reserva de jurisdição, como parecia propor a leitura do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, e estaria, logo, disponível para ser professada por qualquer agente público que detenha poderes de julgamento de infrações administrativas.²⁵⁴

²⁵² GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2015.

²⁵³ “CAPÍTULO II. **Cuestiones prejudiciales.** Artículo 3. Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Artículo 4. Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal. Artículo 5. No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se diferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal. Artículo 6. Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión. Artículo 7. El Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver.” ESPAÑA, 1882, p. 8.

²⁵⁴ BRASIL, 1988.

São tímidos – mesmo na doutrina – os esforços para tentar unificar as pronúncias do juízo criminal e da Administração na infração-crime. Um dos pioneiros, ao menos a sugerir maior cautela da Administração, foi José Armando da Costa, sugerindo a suspensão do feito administrativo até que o Poder Judiciário, por meio da Justiça Criminal, pronuncie-se acerca da culpa do acusado.²⁵⁵ Também reivindicou essa cautela da Administração José Cretella Júnior que, contrariamente ao que se costuma ditar como verdade não-passível de questionamentos, expôs sua leitura de que são as esferas penal e administrativa “comunicáveis”, alertando ainda para o risco de que a leitura contrária permite que se desacredite “um dos julgadores”.²⁵⁶

Essa advertência de José Cretella Júnior se fez ao analisar a demissão de servidor que venha a cometer crime contra a Administração. Preocupação ainda atual, visto que o artigo 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990, prevê essa sanção.²⁵⁷ A questão que sobressai polêmica há muito, nesse item em particular, é definir se a Administração deve aguardar a pronúncia definitiva do juízo criminal, ou se pode, a seu sentir, pronunciar que o acusado cometeu “crime contra a Administração” e, como consequência, submetê-lo à persecução administrativa visando a promover o ato demissional, previsto no mencionado dispositivo de lei.

Ao analisar a questão, Sandro Lucio Dezan observa que:

A questão é tormentosa e polêmica, onde doutos juristas defendem (I) ora a autonomia da Administração para proceder à apuração de crime contra a Administração Pública, de forma administrativa *interna corporis* e dando a conotação imposta pelo estatuto disciplinar, *intra muros*, qual seja, a utilização da tipificação penal para se aferir o conceito da conduta e, capitulada como crime contra a Administração, aplicar a sanção disciplinar devida, no caso a demissão, com o desligamento do servidor dos quadros do Estado-Administração [...]; (II) ora a primazia do Judiciário, declinando que somente a este cabe concluir acerca da ocorrência, ou não, de crime, mitigando o poder e o dever de a Administração adentrar a essa seara.²⁵⁸

Sua posição, no entanto, é no sentido de interpretar que o artigo 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990, “[...] pede, para a sua aplicação, a existência de trânsito em julgado da sentença

²⁵⁵ COSTA, 1981.

²⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 67, p. 135-160, 1972. p. 140-141. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257/88035>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁵⁷ “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública;” BRASIL, 1991.

²⁵⁸ DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar em espécie**: comentários às infrações previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Federais – Lei 8.112/1990. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020. p. 237.

penal condenatória, que reconheça a ocorrência de crime contra a Administração.”²⁵⁹ Mas Sandro Lucio Dezan menciona que o STF “[...] vem de longa data mantendo o entendimento de que a Administração não precisa aguardar a denúncia do Ministério Público ou mesmo a conclusão em sede criminal.”²⁶⁰

De fato essa é a posição do STF que consta, por exemplo, no Mandado de Segurança n. 21.332-DF, de 27 de novembro de 1992, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, assim ementado: “[...] o ato de *demissão*, após processo administrativo, não está na dependência da conclusão de processo criminal a que submetido o servidor, por crime contra a Administração [...]”²⁶¹ José Armando da Costa, também ao comentar o artigo 132, inciso I, da Lei n. 8.112/1990, mantém sua posição que reivindica cautela, anteriormente mencionada para toda infração-crime, por considerá-las “[...] totalmente dependentes da instância penal.”²⁶²

Mas o discurso da independência das “instâncias” está absolutamente consolidado na comunidade jurídica. Contribui para isso o silêncio da doutrina quanto a essas eventuais – ainda que frequentes – divergências nas manifestações do Estado sobre condutas ilícitas.

Já o direito comparado exhibe caminhos que podem vir a ser percorridos pelo legislador, ou mesmo pela jurisprudência, dado que muitas das questões inquietantes do Direito Administrativo Sancionador, diante da ausência quase total de regramento legal, comportam soluções criativas do julgador, que pode se socorrer na hermenêutica, na analogia, e nos princípios-gerais do direito. A análise incidental, promovida pelo juízo criminal, da conduta do indivíduo na infração-crime, é uma dessas reflexões que se pode importar de outros sistemas jurídicos, obviamente, promovendo-se a adequação à ordem jurídica interna.

O modo como se solidificou a independência da “instância administrativa” faz com que o modelo punitivo, como um todo, seja inseguro, porque permite pronúncias distintas do Estado-juiz, acerca, precisamente, da mesma conduta posta em exame. A infração-crime é, assim, a figura representativa que mais bem evidencia os limites extremos do Direito Administrativo, expressos no seu ponto de tangência externa com o Direito Penal.

Registre-se que o ordenamento não ignora por completo essa potencial nocividade e, tentando reduzir a ocorrência de contraditoriedade, faz constar uma série de disposições,

²⁵⁹ DEZAN, 2020, p. 241.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 238.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 238-239.

²⁶² COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo disciplinar**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004. p. 510.

segundo as quais a pronúncia absolutória da jurisdição penal vincula o processo administrativo sancionador em – apenas – duas hipóteses: a) quando provada a inexistência do fato; ou b) quando negada a autoria. Constituiriam, assim, um rol restrito de “efeitos rescisórios extrapenais da sentença absolutória”.

São muitos os dispositivos legais neste sentido, a exemplo: artigo 126, da Lei n. 8.112/1990, artigo 21, inciso II, § 3º, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), artigo 66, do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), artigo 935, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), e de um sem-número de prescrições semelhantes constantes em diversos estatutos de categorias profissionais do serviço público, códigos de ética, ou instrumentos normativos congêneres.²⁶³

A própria lei reconhece um caráter não-absoluto dessa construção doutrinária de independência da instância administrativa, porque estabelece algumas mitigações. Logo, é forçoso reconhecer que essas disposições obrigam a se falar em uma independência relativa. Ainda assim, o direito como um todo ainda não deu tratamento satisfatório para fixação dos limites de transcendência dos efeitos da sentença criminal, condenatória ou absolutória, na infração-crime. O problema se arrasta há muito, encontrando, por exemplo, registros desde Claus Roxin.²⁶⁴

A opção reiterada na jurisprudência, na doutrina e em diversos dispositivos legais, busca prestigiar a justiça penal na aferição da culpa, mas o que se verifica é um lapso, não pelo que essas prescrições fazem constar, mas pelo que silenciam. Muitas são as possibilidades que escapam a essa solução limitada que a lei estabelece – e que, ainda assim, são absolutamente contraditórias, mesmo do ponto de vista lógico. Essas são franjas por onde se franqueiam gestos autoritários da Administração Pública. A isso se convencionou chamar, neste trabalho, de condicionante.

²⁶³ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL, 1991; BRASIL, 1992; BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁶⁴ “Una cuestión que hasta hoy no se ha resuelto definitivamente es la de si la juridicidad (conformidad a Derecho) o antijuridicidad de una acción ha de determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico, o sea para todos los campos del Derecho, o si por el contrario puede enjuiciarse de modo diferente según las peculiaridades de las materias jurídicas concretas.” ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos – la estructura de la teoría del delito. 2. ed. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997. p. 569.

O juízo de culpa emitido pela Administração – que costuma julgar a conduta com maior celeridade do que o juízo criminal – pode vir a ser confirmado por ato da jurisdição no processo penal. Mas pode vir a não se confirmar, confrontando-o e contradizendo-o.

Há basicamente cinco hipóteses para a formulação do juízo de culpa na infração-crime (Quadro 2).

Quadro 2 – Síntese das hipóteses para a formulação do juízo de culpa na infração-crime

Item	Decisão da Administração para a infração administrativa	Julgamento criminal	Fundamento da absolvição criminal
1	Condena	Condena	–
2	Absolve	Condena	–
3	Absolve	Absolve	Qualquer fundamento
4	Condena	Absolve	Negativa da autoria ou inexistência do fato
5	Condena	Absolve	Fundamento diverso da negativa da autoria e da inexistência do fato

Fonte: o autor.

As únicas hipóteses que, sob o prisma de um direito uno e uníssono, não são sintomáticas de uma disfunção são a 1 e a 3. Nessas, há unidade de pronúncia no julgamento administrativo e no julgamento criminal, seja no entendimento de ser a conduta ilícita (contrária ao direito), seja para dizê-la lícita (conforme o direito), respectivamente. Mas que se diga, uma unidade prolatora de juízos de culpabilidade, casualmente coincidentes.

A segunda hipótese é reveladora de uma disfunção. O Estado-juiz Administração julga a conduta lícita, mas o Estado-juiz jurisdição julga a conduta ilícita. A quarta hipótese também é uma disfunção na perspectiva unitária do direito. Mas a doutrina e a jurisprudência elaboraram construção segundo a qual, nessa hipótese, haveria vinculação da Administração à pronúncia absolutória da jurisdição, no sentido de absolver o acusado também no processo administrativo sancionador.

Porém, dada a possibilidade – juridicamente aceitável por meio da proposição da independência relativa das instâncias – de a Administração vir a sancionar o administrado por meio do seu próprio instrumento sancionatório, e antes que a jurisdição se manifeste sobre a culpabilidade do indivíduo na infração-crime, pode ocorrer que se dê a punição administrativa do indivíduo e, o julgamento criminal o absolve sob o fundamento da negativa da autoria ou

por ter sido o fato inexistente. Nessas hipóteses, doutrina, lei e jurisprudência convergem pacificamente no sentido de que a Administração deve acolher essa manifestação da jurisdição e, rescindir a sanção imposta.²⁶⁵

Mas a hipótese dessa ocorrência, e da solução engendrada pelo ordenamento, funciona bem no plano abstrato, sendo, factualmente, insatisfatória. Em muitos casos a Administração irá impor sanções de caráter tão gravoso, que os efeitos exógenos serão irreversíveis. Salvo se se admitir que esse é um “custo aceitável” para o sistema punitivo, o que se revela é um ambiente de insegurança jurídica e de violação à garantia individual da presunção de não-culpabilidade.

Todos os instrumentos normativos de natureza sancionatória da Administração, de algum modo – exceção feita aos cargos vitalícios, que gozam de garantias não-convencionais²⁶⁶ – registram a possibilidade de sanções extremamente danosas impostas pela própria Administração, como a demissão e a suspensão do cargo.

É meramente teórica a solução de fazer quedar a sanção administrativa diante da absolvição judicial por esses dois fundamentos. Os efeitos jurídicos da sanção podem desencadear efeitos extrajurídicos que não comportam o desfazimento. A solução que o ordenamento propõe se mostra aceitável apenas no plano abstrato, e estritamente jurídico.

Trata-se de uma construção que torna admissível a insegurança e a incerteza, como se fenômenos plausíveis, e acaba por aceitar aquilo que a filosofia do Direito refuta com veemência: sancionar-se um inocente, como alternativa a que se deixe de sancionar um culpado. Formulação que anda justamente na via contrária a toda construção histórica do processo de afirmação dos direitos humanos que, especialmente na seara processual, fixaram preceitos de salvaguarda da dignidade humana.

Mas a quinta hipótese é merecedora de maior atenção. A possibilidade de a Administração vir a sancionar um indivíduo que absolvido no juízo criminal, pela mesma conduta, por fundamento diverso da negativa de autoria ou inexistência do fato. Essa permissão legal revela, ao menos, duas assincronias sistêmicas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o artigo 5º, inciso LVII²⁶⁷, estabelece expressamente uma garantia individual quanto à declaração do juízo de culpa que, dada sua

²⁶⁵ COSTA, 1981.

²⁶⁶ Notadamente a necessidade de sentença transitada em julgado para perda do cargo público vitalício.

²⁶⁷ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” BRASIL, 1988.

redação, exprime, minimamente, duas normas: que somente há se falar em culpa após o esgotamento de todo o sistema recursal (trânsito em julgado) e que somente por sentença se pode formar esse juízo. Trata-se, inequivocamente, de cláusula de reserva de jurisdição.²⁶⁸

Em tese, não poderia a Administração por meio de ato administrativo valorar o juízo de culpa do administrado na infração administrativa que também se subsume ao ilícito penal, porque invadiria, assim, competência que a Constituição Federal de 1988 dirigiu somente aos magistrados. Mas, conste-se que, de modo contrário, Carlos Ari Sundfeld, ao interpretar o mesmo dispositivo constitucional, à luz das sanções administrativas, não enxerga uma cláusula de reserva de jurisdição, ainda que o texto seja expresso ao mencionar os termos “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; extrai do dispositivo apenas a norma que orienta uma presunção negativa, até a constituição do gravame definitivo da culpa.²⁶⁹

Desse embate se pode extrair que aquelas sanções administrativas que Fábio Medina Osório chamou de *lato sensu*, por serem constituídas por sentença, e não por ato administrativo, realizam com maior perfeição o ideal garantístico do dispositivo em comento.²⁷⁰ Por esse critério, relativamente impróprias seriam as sanções que decorrem de valoração da culpa individual manifesta em ato da Administração, e não de título judicial.

Note-se que há um limiar que deve ser explorado nessa discussão, sob pena de se levantarem discursos contrários, alicerçados em premissas equivocadas. Não se está a dar azo a uma teorização que rejeite, por completo, que a Administração, forme sua convicção sobre a culpa nos ilícitos que lhe caibam apurar e sancionar. Mesmo porque há aqueles ilícitos puramente administrativos, que não encontram correlato no Direito Penal. Também aí estão as faltas residuais, objeto da Súmula STF n. 18, de 13 de dezembro de 1963: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.”²⁷¹

E nessa ótica, nem se pode apontar qualquer contradição entre Carlos Ari Sundfeld e Romeu Felipe Bacellar Filho, porque aquele, ao analisar o dispositivo constitucional, não formulou como seria sua adequação na infração-crime. Resta bem evidenciado que sua propositura tinha como destinatárias aquelas infrações genuinamente administrativas. O autor

²⁶⁸ BACELLAR FILHO, 2013.

²⁶⁹ SUNDFELD, 2003.

²⁷⁰ OSÓRIO, 2020.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**: atualizado em 1º de dezembro de 2017. Brasília, DF: STF, 2017d. p. 21. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

explorou a excentricidade que representa para o Direito Penal e Constitucional, o acolhimento à tese de que possa a Administração pronunciar culpa na infração administrativa e penal.²⁷² Ao fazê-lo, essa Administração não analisa uma verdade administrativizada. A verdade fática é uma só, e está posta para ambos os julgadores.

O que revela, portanto, substrato autoritário, é a possível invasão de competências que promove a Administração quando se depara com uma infração-crime, ao promover seu próprio juízo de valor sobre a culpabilidade do administrado, por vezes divergindo da jurisdição penal.

Noutros termos, se a “independência das instâncias” penal e administrativa se suporta na teoria da separação de poderes, também é decorrente lógico dessa mesma teoria, que a Administração não possa vir a usurpar competência dada a outro Poder, pronunciando a culpa penal, violando uma disposição clara da Constituição Federal de 1988.

A discrepância de decisões entre Administração e Poder Judiciário na infração-crime não é exatamente reveladora de independência, mas de descompasso, de “insegurança jurídica”²⁷³ e de violação à separação dos poderes, posto que é, precisamente, a mesma conduta sendo “objeto de apreciação”²⁷⁴. E assim, “[...] a verdade fática para o Direito Público punitivo deve guardar unicidade [...] para o afastamento de decisões contraditórias.”²⁷⁵

²⁷² BACELLAR FILHO, 2013.

²⁷³ “Ao aplicar a vinculação da decisão penal sobre a administrativa em duas hipóteses, negativa de autoria e de materialidade (incisos I e IV do art. 386 do Código de Processo Penal), o sistema penal afasta a independência entre as instâncias; mas quando não permite a incidência da regra nas demais hipóteses, sem uma justificativa da própria lei, abre um espaço para a quebra de confiabilidade, afastando a certeza do direito e promovendo a insegurança. Uma sentença absolutória, ainda que por ausência de provas para a condenação, faz coisa julgada nos exatos termos da decisão que reconhece a negativa de autoria e, em obediência à Constituição, o acusado torna-se declaradamente inocente. As duas possibilidades de mitigação da independência entre as instâncias, negativa de autoria ou de materialidade, demonstram uma predileção do ordenamento jurídico pela decisão proferida na Instância penal [...]. Se tal premissa, porém, não incide noutras modalidades de absolvição na esfera penal, a incerteza do direito define a quebra de confiança. Para a promoção da segurança jurídica na aplicação da sanção administrativa, os elementos de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade devem ter como parâmetro de aferição a decisão penal, considerada mais importante. Mesmo que a absolvição tenha como base a ausência de certeza para a condenação, faz coisa julgada. A autovinculação das decisões sancionadoras proferidas pelo Estado independentemente da instância, é garantia de interdição à arbitrariedade. Diferentes decisões sobre o mesmo fato resultam em descrédito do sistema punitivo, e por conseguinte, das autoridades decisórias. [...] A segurança jurídica na condição de princípio norteador do Estado Democrático de Direito exige a coerência punitiva.” MACHADO, 2020, p. 132-133.

²⁷⁴ “[...] apesar de as ações penal e extrapenal serem independentes, o ilícito penal, em regra, confunde-se com o ilícito extrapenal. Porém, sustentar a independência das instâncias administrativa e penal, como parte da jurisprudência tem insistido, é uma conclusão de natureza processual, ao passo que a afirmação de que a ilicitude é única implica uma concepção de natureza material [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 578-579.

²⁷⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador**: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 45.

Por essa razão, talvez, conste no Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto n. 4.346/2002) o dever imposto à Administração de aguardar a pronúncia do juízo criminal acerca da culpabilidade do miliciano para, tão somente após essa valoração, proceder atos sancionatórios *interna corporis*, jungidos à seara administrativa (disciplinar):

Art. 14. [...].

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.²⁷⁶

Algo parecido se deu – ainda que por pouco tempo – por meio do Enunciado n. 6, de 31 de agosto de 2012, da Controladoria-Geral da União (CGU), ao dispor que “A demissão de servidor pela prática de crime contra a Administração deve ser precedida de condenação criminal transitada em julgado [...]”.²⁷⁷ A curta vigência dessa regulamentação no âmbito da CGU é apenas mais um episódio por onde se pode notar que essa conexão entre penal e Administrativo Sancionador descreve uma “[...] trajetória nem sempre linear e marcada por fluxos contraditórios.”²⁷⁸

O mesmo fenômeno se verifica na inconstância das decisões judiciais. Se por um lado a jurisprudência sempre foi amplamente dominante no sentido de firmar a posição pela independência da “instância administrativa”, por outro, registrou também seus “fluxos contraditórios e não-lineares”.

O STJ reconheceu, em sede de Agravo Regimental em Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* n. 601.533-SP (2020/0189962-2), de 21 de setembro de 2021, que:

²⁷⁶ BRASIL, 2002a.

²⁷⁷ Enunciado cancelado pela Portaria n. 2.769, de 13 de dezembro de 2012. BRASIL. Controladoria Geral da União. Enunciado n. 6, de 31 de agosto de 2012. A demissão de servidor pela prática de crime contra a administração pública deve ser precedida de condenação criminal transitada em julgado. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 170, p. 23, 31 ago. 2012a. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44220/5/Enunciado_6_2012.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.; BRASIL. Controladoria Geral da União. Portaria n. 2.769, de 13 de dezembro de 2012. Cancelar o Enunciado n. 6, de 30 de agosto de 2012, conforme deliberação da Comissão de Coordenação de Correição-CCC, em sessão extraordinária realizada em 6 de dezembro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 241, p. 30, 14 dez. 2012b. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44219/5/cancelamento_enunciado_6_2012.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁷⁸ VORONOFF, 2018, p. 38.

3. Em hipóteses como a dos autos, em que o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas, a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias.

4. Agravo regimental provido a fim de determinar o cancelamento da falta grave apurada no Procedimento Administrativo Disciplinar n. 41/2017 (E21/934137/2011) e de todos os efeitos dela decorrentes.²⁷⁹

Já o STF se manifestou nesse mesmo sentido, no *Habeas Corpus* n. 92.438-PR, de 19 de agosto de 2008, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

À luz de todos os princípios que regem o Direito Penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada criminalmente punível. A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado.²⁸⁰

A primeira grande assincronia que decorre da defesa da “independência da instância administrativa” está no elevado risco da contraditoriedade, tributária da insegurança jurídica. Mas uma segunda assincronia – mais grave – está naquilo que Romeu Felipe Bacellar Filho considera uma violação à presunção de inocência, por estabelecer “[...] uma distinção hierárquica entre as sentenças penais absolutórias [...]”.²⁸¹

Por meio dos já mencionados dispositivos legais, que atenuam o preceito da “independência das instâncias”, erige-se um modelo de estratificação das sentenças penais absolutórias. Um que absolvem completamente, e outras que absolvem, mas nem tanto. Nesse sentido, também seria inapropriado que a Administração mantenha a sanção já aplicada, ou mantenha submetido à persecução administrativa, aquele que já se ache absolvido no juízo criminal, ainda que por fundamento diverso da negativa de autoria ou por ter sido o fato declarado inexistente, a exemplo da absolvição por falta de provas. Afinal de

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). Agravo Regimental em Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* n. 601.533-SP (2020/0189962-2), de 21 de setembro de 2021. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1º out. 2021c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001899622&dt_publicacao=01/10/2021. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Habeas Corpus* n. 92.438-PR, de 19 de agosto de 2008. *Habeas Corpus*. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de execução fiscal. Lei n. 10.522/02, art. 20. Irrelevância administrativa da conduta. inobservância aos princípios que regem o Direito Penal. Ausência de justa causa. ordem concedida. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Defensoria Pública da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 dez. 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 9, n. 37, p. 11-55, 2009. p. 45-46. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/297/135>. Acesso em: 20 fev. 2023.

contas, “Todas as espécies de absolvição criminal resultam na certa definição da inocência do acusado, tornando-o inocente.”²⁸²

Há ainda uma terceira observação que expõe um déficit do sistema de Direito Público sancionador. Se a Administração “condena” o indivíduo que foi, na seara penal, absolvido, existe aí, no mínimo, um incidente de não-compartilhamento de provas. Ou então, está-se a admitir que a verdade pode se submeter a tratamentos valorativos distintos, e que, eventualmente, a apreciação “administrativizada” pode divergir da “penalizada”. O que, francamente, inicia um deslinde indesejado para toda sorte de argumentos metajurídicos, que não traduzem o dever ser o Direito um instrumento da estabilidade social.

Essa incomunicabilidade entre Administração e justiça penal, que se reforça na ideia de independência da instância administrativa, que sequer instância o é, atua como contributo a não-unicidade na pronúncia estatal sobre a verificação de antijuridicidade na infração-crime. Sob a rubrica de independência da instância administrativa, opera-se um singular processo, que subverte a lógica, porque isenta o Direito de conformar-se à verdade fática. Ao contrário, é a verdade que se ajusta ao Direito. Não há como deixar de reconhecer uma contribuição para uma matriz autoritária.

Note-se que, não se despertam ainda atenções, com o nível necessário, para o problema, porque as sanções administrativas ainda têm sido formatadas – na maioria dos casos – com menor “intensidade” do que as penais. Foi nesse sentido que Fábio Medina Osório atenuou o problema.²⁸³

Mas que se tenha claro que não há nenhuma disposição positivada acerca dos limites dessas sanções, senão a limitação à privação de liberdade (art. 5º, LXI²⁸⁴, da Constituição Federal de 1988), ao menos para o cidadão em geral, exceção feita aos militares.

²⁸² MACHADO, 2020, p. 127.

²⁸³ “[...] um aspecto interessante no tocante a uma significativa parcela dos ilícitos ou infrações administrativas. As condutas proibidas não resultam, aqui, ontologicamente, de restrições à liberdade dos agentes públicos, na exata medida em que estes estão jungidos aos estreitos ditames legais.” OSÓRIO, 2020, p. 251.

²⁸⁴ “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” BRASIL, 1988.

Além das limitações que decorrem da hermenêutica, notadamente no campo do postulado da proporcionalidade, nada impediria sanções administrativas mais gravosas do que sanções penais. Exemplos os há ao redor do mundo.²⁸⁵

É preciso, ainda, valorar que no mundo pós-moderno não só o *status libertatis* compõe o conceito amplo de liberdade. Molestar com sanções pecuniárias significativas (multas), ou mesmo expropriatórias, ou de qualquer outro modo a atingir o provimento da dignidade, faz com que o Estado atue como óbice ao cumprimento do ideal liberalizante e emancipatório do indivíduo.

Logo, a exacerbação do quantum fixado a título de sanção administrativa, é uma das últimas barreiras a se “vencer”, para que se evidenciem os riscos contidos na professada independência da instância administrativa.

3.6 A LEGALIDADE COMO VÍNCULO À LEI

Também está absolutamente consolidado na cultura jurídica nacional o entendimento de que o princípio da legalidade administrativa opera um dever de subsunção do agir administrativo à lei, na sua manifestação estrita. É, fundamentalmente, dessa premissa que decorre, na teoria dos atos administrativos, a tradicional oposição entre ato vinculado e ato discricionário.

Ricardo Perlingeiro, estudando o sistema de jurisdição administrativa na América Latina, observou que:

Na América Latina, o princípio da legalidade administrativa continua sendo confundido com a legalidade estrita, isto é, a despeito da legislação vigente, na prática, as autoridades administrativas não exercem um autocontrole da juridicidade constitucional e convencional de suas atuações, e não são capazes de proteger direitos fundamentais que desafiem a interpretação gramatical de leis. Isso ocorre basicamente por duas razões.

²⁸⁵ Tal como ocorreu na Espanha: “[...] foram muitas as ‘Leis especiais’ que atribuíram às autoridades administrativas a faculdade de impor aos cidadãos multas de valor muitíssimo superior às fixadas no CP [...]”. GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2015, p. 219.

A uma, porque persiste na cultura jurídica latino-americana uma relação de subordinação entre Administração Pública e Governo, a qual acarreta o desprezo pelo requisito da capacidade técnica, em favor das indicações meramente políticas na escolha de funcionários públicos para ocuparem cargos-chave nas tomadas de decisão. A duas, porque prevalece na mentalidade dos funcionários públicos o dogma de que devem maior compromisso à subordinação hierárquica do que à legalidade, e muitos temem que, desafiando interpretações literais da lei, em favor de direitos fundamentais, possam ser acusados por *desvio de conduta funcional*.²⁸⁶

A noção de legalidade na dimensão de juridicidade administrativa ainda é uma realidade distante da Administração brasileira, muito especialmente nas suas iniciativas punitivas (sanção).

É verdade que alguns (poucos) entes públicos já deram bons exemplos, a demonstrar pioneirismo nessa iniciativa migratória, da transição na compreensão da dimensão do princípio da legalidade, indo do estrito para o lato. Porém, é também certo que essas iniciativas se deram no sentido de ampliar o poder desses entes nunca, porém, no sentido de limitá-los. E, de todo modo, iniciativas dessa ordem ainda figuram como exceção, e demonstram a ausência de um perfil uniforme da Administração no Brasil. A legalidade estrita ainda é a escola predominante.

E seu fundamento, que orienta o agir administrativo nos estritos limites dos comandos dados pela lei – aqui, no sentido estrito – ao mesmo tempo que dá certa conformação da atividade administrativa à ordem jurídica, acaba por afastá-la do cumprimento de mandamentos supralegais.

Trata-se de um conceito extremamente problemático para o Direito enquanto unidade sistêmica, enquanto conjunto ordenado de valores. Sua convalidação implica aceitar:

- a) a impossibilidade de controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, posto que estes operariam nos espaços vazios de regulamentação (*extra legem*), e seriam submetidos aos critérios de conveniência e oportunidade, adstritos, logo, ao mérito administrativo. Daí a ideia de insindicabilidade;
- b) o conflito permanente entre interesses públicos e interesses privados como bens jurídicos naturalmente oponíveis, mesmo nas relações de caráter punitivo, uma vez que o dever decorrente da legalidade estrita vincularia a autoridade administrativa ao texto normativo de lei, mas não à Constituição Federal de 1988, onde consta extenso rol de direitos e garantias individuais.

²⁸⁶ PERLINGEIRO, 2017, p. 192, grifo do autor.

É neste segundo desdobramento que se percebe a intensidade majorada das consequências no Direito Administrativo Sancionador. Num Estado marcado pela formatação do administrador-juiz, que irá titularizar a potestade sancionatória, a castração desta personagem da competência para promover ponderações da conduta e da sanção a aplicar com filtragem constitucional, exorta um inegável recorte autoritário.

A ideia de uma legalidade enquanto vinculação à lei, e somente à lei, também tem como justificativa a teoria de separação dos poderes. Em linhas gerais, entendia-se que, se o exercício da função administrativa vincularia à lei, e o controle jurisdicional incidiria somente nos aspectos formais, vedando-se perscrutar o mérito.²⁸⁷ Lecionava assim, por exemplo, Miguel Seabra Fagundes.²⁸⁸

Essa postura marcou a jurisprudência nacional por décadas, e se manteve sem abalos até a melhor compreensão do fenômeno de constitucionalização do Direito. Mas, pode-se dizer que, um precioso tempo foi perdido pelo Poder Judiciário, na assunção do seu papel de agente indutor dos rumos do Direito Administrativo, precariamente desenvolvido pelo legislador.²⁸⁹

Modernamente o Poder Judiciário assumiu, definitivamente, o protagonismo no desenvolvimento desse Direito Administrativo, com fundamentos que se dão, em síntese, no manifesto da ex-ministra Eliana Calmon, ao relatar o Recurso Especial STJ n. 493.811-SP (2002/0169619-5), 11 de fevereiro de 2003, na 2ª Turma:

[...] Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

²⁸⁷ “[...] vigorou durante muito tempo no Brasil a impossibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, exceto quanto aos seus aspectos de legalidade, entendido como aspectos formais, confundindo-se em um único conceito vigência e validade do ato administrativo. Estava vedado ao Poder Judiciário sindicarem o mérito do ato administrativo ou a adequação dos atos discricionários. [...] Esse entendimento ainda encontra defensores e resiste no dia a dia do Poder Judiciário Brasileiro.” LUZ, 2014, p. 105.

²⁸⁸ FAGUNDES, 1979.

²⁸⁹ “A jurisprudência, traduzindo a reiteração dos julgamentos num mesmo sentido, influencia poderosamente a construção do Direito, e especialmente a do Direito Administrativo, que se ressentiu de sistematização doutrinária e de codificação legal.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. até a Emenda constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

[...] não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador [...].²⁹⁰

A insistência irrefletida na tese da separação dos poderes como argumento para impedir a apreciação das decisões administrativas em sua completude, pelo Poder Judiciário, deixou escapar um raciocínio singelo: que o “modelo de jurisdição unitária”²⁹¹, *per se*, exige uma especial relativização dos princípios de separação e independência dos poderes, sob pena de se chancelar que a função administrativa possa se desenvolver sem qualquer controle externo. Tratava-se de uma hermeticidade conceitual de separação dos poderes que acabou permitindo uma atuação administrativa impermeabilizada dos direitos e garantias individuais, e dos demais institutos jurídicos insertos na Constituição Federal de 1988.

Ademais, a ortodoxia na teoria do ato administrativo pretendeu, talvez sem perceber que caminhava nesse sentido, descrever um ato que, naturalmente professaria um conteúdo decisório, totalmente dissociado do procedimento que lhe deu gênese. Ignorando-se que esse procedimento, por completo, poderia ser sindicável pelo Poder Judiciário, por dever de obediência à lei.²⁹²

Tratava-se de uma engenharia doutrinária que alinhavava, finalisticamente, justificativas para manter a jurisdição alheia ao “mérito” dos atos administrativos, ignorando-se que este somente poderia sustentar-se válido se se verificasse a conformidade do procedimento que lhe constituiu com todo o ordenamento jurídico. Uma inegável mácula hereditária, das formulações criadas como mecanismos assecuratórios de uma “estabilidade revolucionária” na França, no fim do século XVIII.²⁹³

Esse discurso também fazia pressupor a capacidade do legislador de pautar o agir administrativo, em todas as possíveis situações concretas, por meio de lei, à qual estaria vinculado o agente público. Por óbvio que essa capacidade transcende o que é, efetivamente, humanamente possível. Essa utopia positivista resultava, ainda, na ideia de um ato

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2º Turma). Recurso Especial n. 493.811-SP (2002/0169619-5), 11 de fevereiro de 2003. Administrativo e processo civil – ação civil pública – ato administrativo discricionário: nova visão [...]. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 1-10, 15 mar. 2004b. p. 1 e 5. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=441599&num_registro=200201696195&data=20040315&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁹¹ Atualmente consagrado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” BRASIL, 1988.

²⁹² BACELLAR FILHO, 2013.

²⁹³ COMPARATO, 1999.

discricionário supletivo dos espaços vazios de regulamentação²⁹⁴, e onde a Administração poderia reivindicar uma atuação em conformidade com suas próprias convicções, e não com a lei, necessariamente.

Portanto, a insindicabilidade integral do ato administrativo operou, por muito tempo, como óbice aos ideais fixados pela própria Constituição Federal de 1988, por vislumbrar na discricionariedade uma faculdade de conformar o agir administrativo tão somente a dois pressupostos, unicamente: oportunidade e conveniência.²⁹⁵

Essa visão que opunha o ato vinculado ao ato discricionário, como critérios, respectivamente, de expressão da lei e de expressão de vontade da Administração, presumia, logo, uma capacidade de o legislador descrever em texto-lei todas as possibilidades “apresentáveis” no cotidiano do agente público incumbido do dever de administrar ou admitia, no vácuo dessa capacidade, uma liberalidade sobre a qual quase não haveria limites.

Mais ainda, diante dessa limitação da capacidade humana (do legislador), concebia a discricionariedade como instrumento decisório além dos limites legais, uma liberdade administrativa livre de regulamento em lei.²⁹⁶

²⁹⁴ “A legalidade administrativa assume, assim, a feição de uma *vinculação negativa à lei*, erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como *poder de agir da Administração nos espaços livres de regulamentação da lei*. Data também dessa época, como corolário da confusão entre *lei e direito*, a imagem da discricionariedade como um poder administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública. Levando-se em conta que (I) a normatização integral dos atos administrativos sempre foi a exceção, e não a regra; e que (II) nos espaços de liberdade deixados pela lei a atuação da Administração era tida por insuscetível de qualquer controle jurisdicional, é possível concluir que a legalidade administrativa, entendida como sujeição da Administração à lei, operava somente em uma *franja estreitíssima* da sua atividade, uma vez que a porção mais substancial desta última restava completamente à margem da legalidade e da correspondente fiscalização jurisdicional.” BINENBOJM, 2014, p. 209, grifo do autor.

²⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1997.

²⁹⁶ “[...] a atuação administrativa, por sua natural ligação (direta ou indireta) aos agentes políticos eleitos, estaria legitimada a um maior âmbito de liberdade decisória na realização do interesse público, enquanto ao Judiciário falecia esse lastro de legitimidade política. Deste modo, enquanto ao juiz só seria dado agir por aplicação direta da lei, o administrador poderia fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorizasse, senão também aquilo que a lei não proibisse. A legalidade administrativa assume, assim, a feição de uma vinculação negativa à lei, erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como o poder conferido à Administração para agir nos espaços livres da regulamentação da lei [...]”. BINENBOJM, op. cit., p. 143.

Mostra-se muito mais adequada a nova acepção sobre legalidade, segundo a qual o comando dado não é de conformação à lei, mas à ordem jurídica. Trata-se, em linhas gerais, de uma adaptação hermenêutica ao fenômeno da constitucionalização e da convencionalização do Direito.²⁹⁷

No Brasil o autor que tratou com maior profundidade do conceito de constitucionalização, voltada ao Direito Administrativo foi, sem dúvida, Gustavo Binbenjón. Mas o reclame por um novo modo de atuação da Administração, que se paute para além das leis, também na Constituição Federal, é algo recorrente na doutrina moderna.²⁹⁸ Para Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do Direito exige filtragem constitucional na leitura de toda ordem jurídica.²⁹⁹

²⁹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85156/80521>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁹⁸ “[...] o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade discricionariedade administrativa. [...] a evolução sócio-política posterior importou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. a função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por princípios e valores democráticos, o que se afirma com ainda maior relevância no Brasil. [...] mas todas essas modificações não ingressaram integralmente no direito administrativo. o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sócio-política que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio direito constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo Direito Administrativo. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. [...] Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados. [...] A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento de discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.” JUSTEN FILHO, 2006, p. 13-14. “A simples argumentação da necessidade de concretização de direitos e garantias constitucionais fundamentais como instrumento de materialização da certeza e da justiça do Direito já seria o suficiente para a deferência à *juridicidade administrativa*, para dar-lhe capacidade de atuação não somente *conforme a lei*, mas também *conforme o Direito* [...]. A melhor decisão administrativa, ou o *ato administrativo* ótimo, sempre perpassará pela racionalização *compreensivo-fenomenológica* das regras e princípios legais aos *valores jurídicos* maiores que, nesses moldes, *v.g.*, dão azo a princípios e a regras de direitos e de garantias constitucionais fundamentais. Mas não é só. Perpassará também pela racionalização *compreensivo-fenomenológica* de valores axiomáticos juridicizados. [...] O sistema normativo, incluindo-se aqui os vieses hermenêuticos instrumentalizados pela Administração Pública, deve ser sopesado ao amparo dos valores constitucionais fundamentais [...] o princípio da legalidade administrativa, se firmado nos vértices da lei e dos *valores* como faceta da *juridicidade*, permanecerá ainda mais respeitado quando o administrador público deixar, por exemplo, de aplicar a norma em razão do desacordo desta suposta lei com a Constituição Federal, ainda que fundamentado em princípios ou em valores fundamentais implícitos, decorrentes do texto constitucional, ou, mesmo, decorrentes do *contexto* jurídico vigente.” DEZAN, 2017, p. 14 e 18-19, grifo do autor.

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/11641/9106>. Acesso em: 20 fev. 2023.

No Direito Administrativo, o fenômeno da constitucionalização ganha dimensão própria, cuja designação é dada pela “juridicidade administrativa”³⁰⁰, que para Barroso significa uma completa revisão do princípio da legalidade.³⁰¹ Passa a Constituição a ser vetor de interpretação de todas as leis, e a legalidade passa a ser reverente ao Direito como um todo.

Para Juarez Freitas, a juridicidade administrativa é também um derivativo do direito fundamental à boa Administração.³⁰² E assim, toda a principiologia constitucional incidente sobre o regime jurídico administrativo deve pautar não só o agir administrativo, mas também o controle externo desses atos pelo Poder Judiciário.³⁰³

A juridicidade administrativa, um derivativo da constitucionalização do Direito, na sua dimensão revisional do paradigma da legalidade estrita no Direito Administrativo, prescreve um dever de a Administração vincular-se não só à lei formal, mas a todo “[...] esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico).”³⁰⁴

Em grande parte, é deste embate entre lei e Constituição, travado na dimensão semântica da legalidade, que emerge mais uma condicionante autoritária do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, sob o arguto de cumprir a lei, pode, em tese, a Administração, simplesmente, impor sanção, ou mesmo proceder a apuração da falta, ignorando direitos e garantias constitucionalmente assegurados (materiais e processuais), o que se torna ainda mais factível diante de Administrações que, frequentemente demonstram estar permeadas por interesses estranhos aos democraticamente estabelecidos, e de um

³⁰⁰ “[...] a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade [...]”. BINENBOJM, 2014, p. 147.

³⁰¹ “Supera-se, aqui, a idéia [sic] restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.” BARROSO, 2006, p. 23, grifo do autor.

³⁰² FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 10, n. 40, p. 217-238, 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/529/510>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁰³ “O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).” BARROSO, op. cit., p. 23, grifo do autor.

³⁰⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 147.

sistema sancionatório totalmente desordenado, que permite a criação de uma infinidade de microordenamentos.

A convergência da legalidade estrita com o discurso da supremacia do interesse público evidencia uma matriz teórica altamente autoritária. Uma conjunção de premissas que assegurariam (I) a inobservância de cláusulas constitucionais, mas ainda assim reivindicando uma legalidade austera e, (II) a possibilidade de se desconstituir todo o núcleo de proteções individuais.

A constitucionalização do Direito é fenômeno de matriz neoconstitucionalista, cuja exegese é de maximização do núcleo da dignidade humana frente a todo o ordenamento jurídico, onde a “força normativa da Constituição” deve romper com a noção positivista de Constituição Federal de 1988 enquanto “[...] repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata [...]”,³⁰⁵ passando a vincular, diretamente, Administração e particulares, mesmo em suas relações pautadas pelo direito privado, dados os efeitos indiretos dos direitos fundamentais.³⁰⁶

A Constituição passa a ser, portanto, um extenso catálogo de normas jurídicas, vinculativas ao particular e à Administração, de onde se deve extrair a mais alta disciplina a orientar a aplicação de todo o ordenamento jurídico. Assim, o Constitucionalismo hodierno capta a essência da Constituição, que, transformada em fonte de normas jurídicas, apresenta-se como vetor axiológico para todo o Direito.

Dito por Virgílio Afonso da Silva:

Um grande avanço na teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra foi, sem dúvida alguma, a consolidação definitiva da idéia [sic] segundo a qual as declarações de direitos fundamentais não são meras “declarações de princípios”, mas contém verdadeiras normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos. [...] Um sistema de valores [...] é o ponto de partida, vinculante, para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da própria força normativa da Constituição.³⁰⁷

Mas essa juridicidade administrativa está longe de se fazer sentir no cotidiano da Administração, ou melhor, na vida dos cidadãos. Reconheça-se, porém, em favor dos administradores, que o próprio ordenamento precariza esta normatividade constitucional, ao não instrumentalizar dispositivos suficientemente claros e autorizativos para que autoridades administrativas atuem diretamente vinculadas à Constituição Federal de 1988, e sem que isso possa resultar em sanção, ou mesmo em qualquer tipo de desgaste.

³⁰⁵ BARROSO, 2006, p. 5-6.

³⁰⁶ SILVA, 2011.

³⁰⁷ Ibid., p. 76-77.

Pois bem, note-se que, mesmo num plano lógico – e moral –, não é aceitável que um agente público, atuando pautado na Constituição, seja admoestado com qualquer sanção. A sanção é, pois, consequência de uma ilicitude, um agir contrário à lei. É de difícil conformação a ideia de que possa se traduzir como ilícito esse tipo de comportamento, porque vinculado à “lei maior”.

Mas são discretos os avanços neste sentido. Pode-se dizer um registro exemplificativo desta nova postura que se exige da Administração, no já apresentado artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.784/1999. Um outro registro recente, ainda que confuso, deu-se com a alteração introduzida pela nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021), que modificou significativamente a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Por vias tergiversadas, o dispositivo prestigia esse agir administrativo constitucionalizado.

Isso se dá no artigo 1º, § 4º: “[...] Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta lei os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.”³⁰⁸ Informa, ao menos, que devem ser respeitados princípios constitucionais na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).³⁰⁹

Para Gustavo Binbenojm, a constitucionalização do Direito Administrativo será alcançada quando se cumprir um “programa”; para tanto:

(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade; (ii) a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. [...] (iv) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes [...]. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.³¹⁰

³⁰⁸ BRASIL, 1992.

³⁰⁹ Merece, ainda que fora de ordem, nota à parte, o embaraço que causa esta disposição legal. A grande questão que se sobressai é a seguinte: quais, afinal de contas, são os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador? A lei não esclarece a sua própria disposição. Mas a vagueza da prescrição permitirá que a jurisdição venha a solidificar essa diretriz.

³¹⁰ BINENBOJM, 2014, p. 25.

Portanto, vê-se que o modelo de unicidade de jurisdição, aliado à construção teórica da insindicabilidade daquilo que decorre do mérito administrativo, e a uma definição antiquada do princípio da legalidade, consolidam, em conjunto, um suporte teórico que justificaria uma atuação da Administração alheia aos ditames constitucionais, ou mesmo das normas de Direitos Humanos fixadas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário que, a depender do rito de integração à ordem jurídica, constitucionais também o são.

Constrange constatar que a postura do Estado brasileiro, cuja voz é pronunciada pelos seus agentes públicos, por vezes alega que descumpra a lei (no sentido lato, do Direito como um todo) porque cumpre a lei (no sentido estrito). E isso se dá porque o instrumental normativo e dogmático do Direito Administrativo ainda se reporta a concepções ortodoxas, cuja origem remonta ao vício do poder absoluto e a um período histórico quase medieval.

As diretrizes decorrentes dos conceitos de constitucionalização do Direito e da juridicidade administrativa vêm se solidificando na doutrina e na jurisprudência, mas ainda passam ao largo da Administração, senão por algumas poucas exceções. Esta ainda está fortemente dominada pela noção de legalidade enquanto obediência à lei.

Mas no plano teórico, já é possível estabelecer um diálogo ainda mais avançado: a possibilidade de a Administração realizar controle difuso de constitucionalidade, ou mesmo vir a descumprir lei que reporte inconstitucional.

3.6.1 Controle Difuso de Constitucionalidade e de Convencionalidade pela Administração

Inicialmente, note-se que a teoria do Estado faz pressupor um processo legislativo pautado nos ditames constitucionais, cujo controle preventivo impediria a produção de texto-lei em confronto com diretrizes da Constituição Federal de 1988. Pois não é bem assim. É crescente, desde o século XX³¹¹, a produção legislativa, principalmente influenciada pela opinião pública ou por outros processos de viés político, alguns de substratos eleitorais, que

³¹¹ “[...] Ao longo do século XX, percebeu-se que a lei havia se convertido em um instrumento utilizado pelo governante, que impõe sua vontade, suas escolhas e não necessariamente a dos eleitores; ela deixa de ser compreendida inocentemente como fruto da vontade geral do povo e passa a representar os desejos da classe hegemônica que conquista as maiorias parlamentares e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do Parlamento. E assim, muitas vezes, acaba ofendendo os direitos mais básicos dos cidadãos. O mero respeito à forma no processo de elaboração normativa já não era suficiente para se chegar a resultados justos. Notou-se que as decisões políticas mais importantes da sociedade deveriam ser retiradas da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, diante da sua vulnerabilidade em face de maiorias parlamentares simples (e, portanto, pouco representativas) [...]”. HACHEM, 2021, p. 217.

dão vida a leis que deveriam ter sido aperfeiçoadas ou mesmo removidas de pauta nas Comissões de Constituição do legislativo federal, ou nas câmaras temáticas congêneres nos legislativos estaduais, municipais e distritais.

Até que essas leis sejam questionadas pelo adequado instrumento no Poder Judiciário, e declaradas inconstitucionais (ações de controle concentrado), e sejam removidas do ordenamento jurídico, vigem e se mostram aptas a produzir efeitos. E enquanto vigentes, por vezes surge o desafio para a Administração, que está, tradicionalmente, jungida à ideia de legalidade estrita, de dar cumprimento ao texto normativo, ainda que verifique nele, inconsistências flagrantes com a ordem jurídica.³¹²

Não se trata de discutir uma pretensa competência para que a Administração possa declarar inconstitucionalidade de lei, com efeitos *erga omnes*. Entretanto, há duas possibilidades bem acolhidas na doutrina e na jurisprudência, no sentido de se permitir (I) o descumprimento de lei que reporte inconstitucional ou contrária a Convenções Internacionais às quais o Brasil é signatário e, (II) declarar inconstitucionalidade de modo incidental, com efeitos *erga singulum*. Há alguns casos concretos através dos quais se pode observar como a doutrina e a jurisprudência vem se comportando sobre a matéria.

Sem pretender esgotar o assunto – ou mesmo os precedentes –, serão analisados o debate que se travou no STF em torno da vigência da Súmula STF n. 347³¹³, de 13 de dezembro de 1963, a Petição STF n. 4.656-PB³¹⁴, de 19 de dezembro de 2016, na Ação Cautelar n. 2.390, a Medida Cautelar no Mandado de Segurança STF n. 31.439³¹⁵, de 19 de

³¹² GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1995.

³¹³ BRASIL, 2017d.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Petição n. 4.656-PB, de 19 de dezembro de 2016. Petição. Lei n. 8.223/2007 da Paraíba. Criação legal de cargos em comissão no Tribunal de Justiça Estadual (Art. 5º da Lei n. 82.231/2007 da Paraíba): Assistentes Administrativos. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Exoneração determinada. Ação anulatória: Alegação de Incompetência do CNJ para declarar inconstitucionalidade de lei. Petição julgada improcedente. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: SINJEP – Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba. Requerido: Conselho Nacional de Justiça (Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000018762); União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 278, p. 1-83, 4 dez. 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 31.439-DF, de 19 de julho de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão. Licitação – Lei n. 8.666/93 *versus* Decreto n. 2.745/98 – relevância não configurada – liminar indeferida. Impetrante: Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União; União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 154, p. 1-4, 7 ago. 2012d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=83920058&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

julho de 2012, e a Representação de Inconstitucionalidade STF n. 980-SP³¹⁶, de 21 de novembro 1979:

a) A Súmula STF n. 347/1963:

Em 1963 o plenário do STF aprovou a Súmula STF n. 347/1963, com a seguinte redação: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Não é preciso muita digressão para infirmar que, sendo o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão administrativo, e ainda que com formato de escabinato, e de assento constitucional, o teor da Súmula STF n. 347/1963 se traduzia, também, como autorização a que órgãos não-jurispcionais pudessem apreciar a constitucionalidade de lei vigente.

Note-se que há três órgãos administrativos, de matriz constitucional, constituídos em modelo de escabinato, e com competências que muito se assemelham à dos tribunais. São eles: o já mencionado TCU, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público, todos, inclusive, com atribuições correicionais.

A Súmula foi reapreciada quando servidores da Receita Federal do Brasil ajuizaram mandado de segurança no STF para impedir que o TCU afastasse a aplicação dos artigos 7º e 17, §§ 2º e 3º, da Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017.³¹⁷ O § 2º concedia bônus a inativos, e o § 3º, aos pensionistas, de servidores ocupantes dos cargos de analista e fiscal tributários.

Em agosto de 2017, o TCU havia sustado a eficácia dos dispositivos, determinando o corte dos referidos adicionais pecuniários, alegando a inconstitucionalidade dos dispositivos. Em seus arrazoados, o relator Ministro Benjamin Zymler, nos autos do Processo n. 021.009/2017-1, de 13 de setembro de 2017 (Acórdão 2000/2017 – Plenário), menciona que:

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Representação de Inconstitucionalidade n. 980-SP, de 21 de novembro 1979. É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 278, p. 1-43, 19 set. 1980. Disponível em: <https://www.escavador.com/jurisprudencia/acordaos/367621/rp-980-stf-sp-representacao-rp-980?aba=Inteiro%20Teor>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017. Altera a remuneração de servidores de ex-territórios e de servidores públicos federais; reorganiza cargos e carreiras; estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera as Leis [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2017b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113464.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

[...] o controle de constitucionalidade, que tem como único objetivo a preservação da supremacia da Constituição, é o único meio pelo qual os poderes constituídos poderão fazer o exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, do ponto de vista material ou formal, em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Parece, claro, assim, que onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei [...].

[...] a Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontrasse a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal [...].³¹⁸

Em dezembro de 2017, em sede da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 15 de dezembro de 2017, o relator Ministro Alexandre de Moraes, deferiu medida liminar em que suspendia os efeitos do ato impugnado:

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretensu argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 [...].³¹⁹

O Mandado de Segurança STF n. 35.490-DF, de 13 de abril de 2021, teve o mérito julgado em abril de 2021, onde se lia:

[...] O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 021.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e

³¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 021.009/2017-1, de 13 de setembro de 2017. Agravo contra medida cautelar. representação de unidade técnica. Possível inconstitucionalidade da Lei n. 13.464/2017 que instituiu o bônus de eficiência e produtividade à carreira de auditoria fiscal do Ministério da Fazenda e do Trabalho [...]. Relator: Ministro Benjamim Zymler. Representação. Órgãos/entidades: Ministério da Fazenda (vinculador); Ministério do Trabalho. Representação legal: Araceli Alves Rodrigues (26.720/OAB-DF) e outros, representando Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho; Rackel Lucena Branco de Medeiros (27216/OAB-DF) e outros, representando Unafisco Sindical. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-4, 7 ago. 2012c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2282404/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 20 fev. 2023.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 15 de dezembro de 2017. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Sindicato Nacional dos Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 18, p. 1-8, 1 fev. 2018a. p. 5. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313533905&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas [...].³²⁰

Portanto, a questão apreciada no referido Mandado de Segurança, julgado em bloco com outras ações de impugnação (n. 35.490, n. 35.494, n. 35.498, n. 35.500, n. 35.812, n. 35.824 e n. 35.836), sem o reconhecimento de repercussão geral, mostrou-se controversa na corte, ainda que se construísse um veredito no sentido de cassar a decisão do TCU no caso concreto.

A questão do controle incidental de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas é tão solidificada para os integrantes daquela corte, que consta do *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União* (art. 17, §§ 2º e 3º):

Art. 17. Compete à Primeira e à Segunda câmaras deliberar sobre:

[...]

§ 2º Não poderão ser apreciados pelas câmaras os processos que contenham propostas de fixação de entendimento sobre questão de direito em determinada matéria, de determinações em caráter normativo e de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como aqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

§ 3º Realizado, pelo Plenário, o exame incidental de inconstitucionalidade indicado na parte final do parágrafo anterior, o processo retornará à Câmara para continuidade do feito, sem prejuízo do disposto no § 1º.³²¹

É interessante observar os dissensos no julgamento dos Mandados de Segurança acima mencionados; alguns votos merecem registro:

a.1) Voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Mandado de Segurança STF n. 35.836-DF, de 13 de abril de 2021):

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.490-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Unafisco Nacional - Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 86, p. 1-77, 5 maio 2021f. p. 7. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339196&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF: TCU, 2022c. p. 24-25. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/97/D7/1C/631D28102DFE0FF7F18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023..

O Ministro acompanhou o Relator (Ministro Alexandre de Moraes) somente quanto à impossibilidade de a corte de contas da União realizar controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*. Mas foi cristalino ao mencionar sua posição sobre o controle incidental de constitucionalidade por qualquer órgão superior da Administração:

[...] como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento das determinações contidas no acórdão impugnado.³²²

Aliás, posição contrária representaria uma desconexão com suas lições anteriores sobre seu entendimento acerca do neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso já havia registado quais seriam os três grandes marcos teóricos do neoconstitucionalismo:

1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX: foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica [...].

[...] passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado [...].

2. A expansão da jurisdição constitucional

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. [...] a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura [...].

3. A nova interpretação constitucional

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo [...]. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.836-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo precedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Sindicato Paulista dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Impetrado: Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, p. 1-78, 5 maio 2021g. p. 20. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346363761&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.³²³

E ao arrebatrar seu raciocínio, sedimentando sua posição sobre o fenômeno de constitucionalização do Direito, anota que:

A idéia [sic] de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares [...].³²⁴

Portanto, o Ministro Luís Roberto Barroso é filiado de longa data à possibilidade de a Administração se pautar na Constituição Federal como fundamento maior de sua vinculação ao princípio da legalidade.

a.2) Voto do Ministro Marco Aurélio (Mandado de Segurança STF n. 35.836-DF/2021):

O Ministro Marco Aurélio também caminhou no sentido de conferir prestígio – ou melhor, força normativa – à norma que deriva das enunciações constitucionais:

O Tribunal de Contas assentou a possibilidade de enfrentar situação concreta e concluir que prevalece não a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma incompatível com a Lei Maior.

Atuando, não exerceu o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma.

Seria verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade. Prevaleceria, muito embora no campo administrativo, lei inconstitucional. O que não pode o órgão administrativo é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. É algo diverso.³²⁵

a.3) Voto da Ministra Rosa Weber (Mandado de Segurança STF n. 35.836-DF/2021):

A Ministra Rosa Weber recorre ao *case* do Recurso em Mandado de Segurança STF n. 8.372-CE, publicado em 26 de abril de 1962, precedente que deu ensejo à edição da Súmula STF n. 347/1963, para recordar que, em seu voto, o relator, Ministro Pedro Chaves, mencionava que:

³²³ BARROSO, 2006, p. 5-7 e 69, grifo do autor.

³²⁴ Ibid., p. 11.

³²⁵ BRASIL, 2021g, p. 60.

“[...] o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.” (DJ 26.04.1962).³²⁶

E ao proferir seu voto, assente à possibilidade de que um órgão da Administração, deixe de aplicar dispositivo que reporte inconstitucional.

Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, **quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte.**

[...]Inviável, portanto, à luz da disciplina constitucional das atribuições do Tribunal de Contas da União e de precedentes do Plenário e de ambas as Turmas desta Suprema Corte, entender que o referido órgão de controle possa, em deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração, como a proferida no processo TC nº [021.009]/2017-1, implementar **fiscalização concentrada de validade** de dispositivos legais [...].³²⁷

Portanto, ao votar pela concessão da ordem, acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes, a Ministra Rosa Weber deixa clara sua posição no sentido de que difere, em muito, declarar inconstitucionalidade, e deixar, no caso concreto, de aplicar lei inconstitucional. Para esta última possibilidade, registra sua concordância.

a.4) Voto do Ministro Luiz Edson Fachin (Mandado de Segurança STF n. 35.836-DF/2021):

O Ministro Luiz Edson Fachin analisa a questão sob a perspectiva das competências constitucionais do TCU, e assente à possibilidade de a corte analisar a constitucionalidade de dispositivo de lei.

O primeiro ponto foi aquele acolhido pelo i. Relator, no que entendeu não ser possível ao Tribunal de Contas da União, via de regra, exercer controle de constitucionalidade de leis, na análise de atos submetidos a sua apreciação.

Com a devida vênia, passo a divergir de tal entendimento [...].

Em análise aos poderes da Corte de Contas, o Supremo Tribunal Federal já assentou, em vários julgados, o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem [...].

E, para assegurar à Corte de Contas o adequado desempenho de suas atividades, também este Tribunal já asseverou a existência de poderes implícitos [...].

³²⁶ BRASIL, 2021g, p. 61, grifo do autor.

³²⁷ Ibid., p. 62 e 65-66, grifo do autor.

[...] não parece desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativos submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.³²⁸

Portanto, depreende-se que o STF não rejeita por completo a possibilidade de a Administração vincular sua decisão diretamente ao fundamento constitucional. Note-se que muito mais argumentos tem a Administração para descumprir lei, ou promover controle incidental de constitucionalidade se o fizer objetivando dar eficácia às normas instituidoras de direitos e garantias individuais.

b) Petição STF n. 4.656-PB/2016 em Ação Cautelar n. 2.390:

No julgamento desse processo, o STF, em 2016, novamente recobrou o entendimento expresso pelo Ministro Pedro Chaves de 1962, no julgamento do Mandado de Segurança STF n. 8.372-CE, publicado em 26 de abril de 1962.

O caso concreto, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, foi provocado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba, que se insurgia contra decisão do CNJ no Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.0018762, por meio do qual se determinou a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão no Tribunal de Justiça daquele Estado, criados pelo artigo 5º, da Lei Estadual n. 8.223, de 16 de maio de 2007.

A decisão do CNJ entendia que o dispositivo de lei estadual violava o artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal de 1988. Por entender pela inconstitucionalidade, o CNJ expediu determinação para que o Tribunal de Justiça do Estado exonerasse todos os ocupantes de cargos em comissão criados por esse dispositivo.

A relatora do caso entendeu, quanto ao CNJ, que:

[...] Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho.³²⁹

³²⁸ BRASIL, 2021g, p. 33, 36-39.

³²⁹ BRASIL, 2017c, p. 2.

Em suas anotações, a relatora recorda que também o Ministro Gilmar Mendes, quando presidente do CNJ, prestou informações nos autos defendendo a legitimidade da decisão. As informações prestadas caminham no mesmo sentido, de diferir controle de constitucionalidade, de negar aplicabilidade a dispositivo que se reporte inconstitucional:

[...] se chega pela consideração de ter ou não sido pronunciada a inconstitucionalidade da lei paraibana, e basta a simples leitura da decisão do CNJ para mostrar claramente que, a despeito da referência a ‘indícios de inconstitucionalidade’ da lei em foco, o núcleo essencial do julgado deteve-se apenas na consideração de que a nomeação dos ocupantes dos cargos por ela criados é que não se enquadrava nas exigências da Constituição.

[...] Dito de outro modo, a ‘antijuridicidade’ estava na nomeação dos servidores para cargos incompatíveis e não propriamente na suposta declaração da incompatibilidade da lei com a Constituição. A inexacta menção a uma eventual ‘inconstitucionalidade’ é que levou o Sindicato autor a pleitear incorretamente perante a Corte Suprema provimento que não tem procedência pelas próprias razões que menciona na sua petição. (fls. 432-433 da Ação Cautelar n. 2.390/PB).³³⁰

Mas, colidindo com esse entendimento de 24 de agosto de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto no Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 13 de abril de 2021, anotou:

Discute-se se a Corte de Contas tem competência para exercer controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre que o referido Enunciado foi aprovado em Sessão Plenária de 13.12.1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual.

A ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Nesse contexto, é relevante reafirmar que a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixar de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade, é controvérsia que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, mas certamente já perdeu muito do seu significado prático [...].

Nessa linha, é coerente com nosso sistema constitucional que a presunção de constitucionalidade das normas somente possa ser afastada por órgãos jurisdicionais competentes.

³³⁰ BRASIL, 2017c, p. 7, grifo do autor.

Órgãos administrativos, como o Tribunal de Contas da União, não encontram esteio no novo texto constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade, dados o franco acesso ao Poder Judiciário e a existência de instrumental seguro e célere no controle abstrato de constitucionalidade, dirigido diretamente ao STF.³³¹

c) Medida Cautelar no Mandado de Segurança STF n. 31.439/2012:

Trata-se de pedido de liminar feito na Medida Cautelar em Mandado de Segurança STF n. 31.439-DF/2012, pelo relator Ministro Marco Aurélio. O pedido de liminar, feito pela Petrobrás, objetivava suspender os efeitos do Acórdão TCU n. 347/2012. Na sua análise, o Ministro destacou que:

Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete nº 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional.³³²

Portanto, o Ministro Marco Aurélio adotara posição segundo a qual vige o teor da Súmula STF n. 347/1963, enquanto não for revogado pela corte.

d) Representação de Inconstitucionalidade STF n. 980-SP/1979:

Nesse processo de 1980, o governador de São Paulo, Paulo Egídio Martins, editou o Decreto Estadual n. 7.864/1976 que, em seu artigo 1º, inciso II, desobrigava parcela da Administração do cumprimento de lei estadual que confrontasse o artigo 22, parágrafo único, da Constituição Estadual:

Artigo 1.º - Quando dispositivos vetados por infringência do Artigo 22 e seu parágrafo único, da Constituição do Estado (Emenda n. 2), venham a ser promulgados em consequência da rejeição de veto, a Assessoria Técnico-Legislativa comunicará o fato por ofício:

II - às Secretarias de Estado, a que interessarem os dispositivos, inclusive às autarquias que lhes estejam vinculadas, a fim de que se abstenham da prática de atos que importem na sua execução;³³³

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Unafisco Nacional – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 86, p. 1-79, 6 maio 2021e. p. 70, 73, 75-77. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³³² BRASIL, 2012b, p. 3-4.

³³³ Id., 1980, p. 113.

O dispositivo antevia um *modus operandi* da máquina pública, diante de leis que fossem aprovadas com vício de iniciativa para o ato de propositura. Ao apreciar o caso, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, o STF dispôs que:

[...] pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? [...].³³⁴

Se o exercício de controle de constitucionalidade por órgãos da Administração é polêmico, notadamente após a Constituição Federal de 1988 expandir significativamente os legitimados ativos para propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, a possibilidade de a Administração vir a deixar de cumprir dispositivo de lei que reporte inconstitucional é ponto quase pacífico.

Ainda que escrito em 1968, o que significa dizer, quando vigente a Constituição de 1967, José Luiz de Anhaia, ao defender que a Administração se exima de cumprir leis que reporte inconstitucionais, observou que “A guarda da Constituição incumbe a todos os poderes. Não é privilégio do Poder Judiciário.”³³⁵

Fato é que existe um lapso orbitando entre a teoria da separação de poderes e a exegese de garantia de eficácia às normas constitucionais, ao negar a interpretação, e consequente aplicação dessas disposições por intérpretes outros, que não apenas o Poder Judiciário. Trata-se, na melhor das hipóteses, de procrastinação no cumprimento das normas jurídicas constitucionais.

A discussão remete, novamente, à compreensão do princípio da legalidade administrativa enquanto dever de obediência a todo o ordenamento jurídico, um dever de vinculação do Direito Administrativo às disposições constitucionais.³³⁶

Com efeito, o artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.784/1999, incorporou esse entendimento ao consagrar, como critério de atuação nos processos administrativos, a “atuação” conforme a “lei e o direito”, como expressão, ainda que tímida, dos fenômenos de constitucionalização do Direito e da juridicidade administrativa.³³⁷

³³⁴ BRASIL, 1980, p. 125.

³³⁵ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 113-115.

³³⁶ BACELLAR FILHO, 2013.

³³⁷ BRASIL, 1999b.

O mesmo se deve ter quanto aos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outras medidas, inseriu o § 3º ao artigo 5º, previu-se que esses tratados, desde que tenham sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais; portanto, Constituição Federal também o são.³³⁸

Nos Recurso Extraordinário STF n. 466.343-1-SP³³⁹ e Recurso Extraordinário STF n. 349.703-1-RS³⁴⁰, ambos de 3 de dezembro de 2008, pacificou-se o entendimento acerca dos outros tratados internacionais de Direitos Humanos que não tivessem cumprido o rito para que pudessem se qualificar como Emendas Constitucionais. Ambos tratavam de prisão civil de depositário infiel. O primeiro deles relatado pelo Ministro Cezar Peluso, e o segundo, pelo Ministro Gilmar Mendes. Decidiu-se que esses tratados tem um status supralegal. Alusão feita ao artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.³⁴¹

³³⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 466.343-1-SP, de 3 de dezembro de 2008. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Ministro César Peluso. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 104, p. 1-225, 5 jun. 2009a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 349.703-1-RS, de 3 de dezembro de 2008. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Relator originário: Ministro Carlos Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 104, p. 1-225, 5 jun. 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴¹ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL, 1988.

A consequência disso, como observa Valerio de Oliveira, é que “[...] os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas [...]”.³⁴²

Logo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são internalizados na ordem jurídica, ou como Emendas Constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988), ou como dispositivos infraconstitucionais, todavia, supralegais (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988).³⁴³ De todo modo, potencialmente derogatórios das normas dispostas em leis. Fala-se nesses casos, num dever de controle de “convencionalidade”.

Os fundamentos que pautam o controle incidental de constitucionalidade, podem, sem dúvida, ser estendidos ao de convencionalidade, por razão evidente: em ambos os casos se está a analisar o conflito entre normas jurídicas extraídas de leis infraconstitucionais, com dispositivos de qualificação supralegal.

O juiz interamericano na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, afirma que:

El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y autentico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

[...] De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad” en los términos analizados con antelación [...].³⁴⁴

Pode-se explicar o fato de Eduardo Ferrer Mac-Gregor ter feito menção apenas aos órgãos jurisdicionais em razão da estruturação do Poder Judiciário mexicano. Ricardo

³⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 113-133, 2009. p. 114. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴³ BRASIL, 1988.

³⁴⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 1-29, 2010/2011. p. 304 e 321. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/560/372>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Perlingeiro explica que no México, ainda que se adote a unicidade de jurisdição, a Constituição permite “[...] que a lei crie tribunais administrativos, alheios à estrutura judiciária, de cujas decisões caibam somente o recurso de amparo judicial, referente a questões constitucionais [...]”.³⁴⁵

Em outro texto de sua autoria, Ricardo Perlingeiro menciona que “[...] desde 1937, o Direito Administrativo mexicano convive com tribunais administrativos extrajudiciais e dotados de independência.”³⁴⁶

Por óbvio que a diretriz de vinculação dos tribunais e juízes às convenções aos quais os países são signatários, alcança a Administração, e faz do controle de convencionalidade uma “[...] função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário [...]”, e com especial afetamento nos Estados-membros onde vige um modelo de unicidade de jurisdição, posto que é a própria Administração que ocupa a função julgadora dos litígios administrativos.³⁴⁷

Assim, as normas jurídicas emanadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como as decisões que tenham caráter erga-omnes, vinculam não só aqueles que exercem jurisdição, “[...] mas também todas as autoridades e funcionários públicos, judiciais, legislativos e administrativos [...]”.³⁴⁸

Assim, Daniel Wunder Hachem consolida o conceito de “controle de convencionalidade” e elabora uma escala hierárquica para a Administração Pública. Sua disposição nada mais faz do que organizar, na tessitura doutrinária, aquilo que a ordem jurídica mantém em desordem, ainda que também lá já se tenha consolidado, em disposições esparsas, esse “fluxograma” de filtragem para os atos da Administração Pública.³⁴⁹

Fala-se num dever de constitucionalização do Direito e de uma juridicidade administrativa, ainda de modo quase estritamente acadêmico. Essa leitura da legalidade ainda

³⁴⁵ PERLINGEIRO, 2017, p. 187.

³⁴⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, 2015. p. 106. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/download/43658/26576>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguai**: sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações). San José: CIDH, 2011. p. 68. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.doc. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴⁸ TORELLY, Marcelo Dalmas. **Governança transversal dos direitos fundamentais**: experiências Latino-Americanas. Orientador: Neves, Marcelo da Costa Pinto. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2016. p. 241. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20918/1/2016_MarceloDalmasTorelly.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁴⁹ HACHEM, 2021.

não alcança a Administração de forma homogênea, o que pode revelar, ainda, certa manipulação dessa releitura dogmática, de modo que o Estado somente esteja a reconhecer essa novel interpretação quando lhe convém, quando lhe amplie poderes, mas de modo contrário, recuse-se a agir consoante a interpretação vertical do Direito, com filtro constitucional, quando isso lhe importe oposição à sua vontade e restrição dos seus poderes.

Do mesmo modo vagam imprecisas as diretrizes sobre como se deve dar o cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos pela Administração, ou mesmo se essa deve se ocupar desse mister. Daniel Wunder Hachem organiza aquilo que já é, há muito, dado na teoria, como uma Administração Pública constitucionalizada, mas que por inércia da própria Administração, não se consolida em definitivo; sua escala estabelece, em ordem de preponderância:

- (i) o princípio da constitucionalidade — dever de conformidade com a Constituição;
- (ii) o princípio da convencionalidade — dever de conformidade com as convenções internacionais;
- (iii) o princípio da legalidade — dever de conformidade com a lei em sentido estrito;
- (iv) o princípio da autovinculação — dever de conformidade com os atos administrativos normativos.³⁵⁰

Sua estruturação, ainda que plenamente assentada na ordem jurídica, nada mais faz do que organizar essas diretrizes. Mas o fiel cumprimento daquilo que mapeou e organizou é ainda uma distante realidade. Insiste-se, ainda, no seio das Administrações, na ortodoxia dimensional do princípio da legalidade.

3.6.2 Breve panorama

É forçoso concluir que, tanto a tradução do princípio da legalidade enquanto dever de vinculação à lei, como o discurso que visa a impedir que a Administração deixe de cumprir lei que repute como ilegal, ou mesmo que possa assim declará-la incidentalmente, com efeitos interpartes, são também verdadeiras condicionantes do autoritarismo. Finalisticamente, ainda que ambas as premissas tenham sido elaboradas sob o signo da separação dos poderes, traduzem-se como impeditivo robusto ao cumprimento do “programa” constitucional e convencional.

³⁵⁰ HACHEM, 2021, p. 220.

Mas reflexões dessa ordem ainda são absolutamente distantes do administrador público brasileiro.³⁵¹ A escola administrativa clássica, ou seja, aquilo que se leciona, ano após ano, nos cursos de formação e de qualificação de servidores públicos das mais variadas categorias, ensina um dever de obediência à lei, sem que se sobreie qualquer reflexão do que isso possa significar em termos de (des)compromisso com a Constituição e com os tratados internacionais de Direitos Humanos.

É também por esse prisma que se podem observar, novamente, reverberações tardias – ou longínquas – de um ordenamento jurídico *sui generis*, cuja identidade transita entre os traços do sistema normativo norte-americano e a matriz, inegavelmente, francesa.³⁵² Também se nota, por mais esse ponto de observação, a dicotomia entre autoridade do Estado (interesse público) *versus* direitos e garantias individuais (interesse privado).

Se há – como anteriormente mencionado – constrangimento em se admitir que possa a Administração, inserta em todos os poderes sob a rubrica do exercício da função administrativa, pautar seu agir vinculando-se à lei, em sentido estrito, também o há em admitir que possa essa mesma Administração conduzir-se à revelia do seu texto jurídico positivo de maior relevância, e de compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, e internalizados, quando menos, com status de supralegalidade, quando mais, de Emenda Constitucional. Permite-se, com isso, um verdadeiro processo de desconexão com a Constituição, cuja consequência menos lisonjeira está no fato de se “[...] liberar os administradores públicos da normatividade constitucional.”³⁵³

Resta também ao legislador estabelecer os marcos legais desse novo modelo de atuação dos agentes públicos, de modo a dar mais segurança àquilo que deveria ser uma tarefa primária: o dever de obediência à Constituição.

A despeito da teorização da juridicidade administrativa, permissiva dessa vinculação à Constituição, e também dos pouquíssimos dispositivos alinhados a essa postura – a exemplo do já citado artigo 2º, da Lei n. 9.784/1999 – tem-se um cenário estarrecedor, onde o cumprimento de deveres emanados pelas mais altas diretrizes do Estado, podem acarretar

³⁵¹ “Essa verdadeira transformação paradigmática reconhecida de forma hegemônica pela doutrina do Direito Administrativo, contudo, nem sempre encontra repercussão na prática da Administração Pública. É ainda comum encontrar fundamentações de atos administrativos que se encontram presas ao modelo do século XIX, aplicando automaticamente a lei sem questionar a sua conformidade com a Constituição ou com o *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Segundo tal raciocínio, não caberia ao administrador realizar qualquer juízo de constitucionalidade ou de convencionalidade das leis para verificar sua validade, cabendo-lhe somente aplicá-la sem maiores questionamentos.” HACHEM, 2021, p. 220.

³⁵² PERLINGEIRO, 2015.

³⁵³ BINENBOJM, 2014, p. 18-19.

insegurança e temor por parte do agente público que, mesmo desejando fazê-lo de bom propósito, pode demover-se do intento por (fundado) receio de restar, adiante, sancionado.

A noção de dever de observação da lei, em sentido estrito, está de tal modo enraizado na cultura do serviço público brasileiro que, aparentemente, somente a partir da positivação de um conjunto robusto de dispositivos permissivos desse novo modelo de atuação, plenamente incorporado pelo legislador ao direito positivo, assistir-se-á a uma autêntica transição.

Aparentemente, a incorporação e solidificação da juridicidade administrativa, que nasce na doutrina e espraia-se, lentamente, para a jurisprudência, só será sedimentada quando, curiosamente, o agente público, pautado na lei, puder eximir-se do compromisso de observância da lei, enquanto espécie normativa estritamente considerada.

Não é da tradição das entidades públicas brasileiras, notadamente pelos riscos envolvidos, diante da parca normatização, e que perpassam pela imputação de eventual ato improbo ou de advocacia administrativa, agir consoante fundamentações doutrinárias, ou mesmo jurisprudenciais, por mais elementares e seguras que pareçam ser.

E não é de se ignorar que o atendimento de determinados pleitos – ainda que reportados a normas de matriz constitucional, reverentes a direitos fundamentais – são, comumente traduzidos como inconvenientes do ponto de vista político (tome-se como exemplos: a melhoria das condições de aprisionamento; a fixação de regramento para uma menor letalidade policial, contrastando com o discurso que reclama morticínio aos “bandidos”; o provimento de candidatos em cargos públicos que não possuam sentença condenatória transitada em julgado, mas respondam processos criminais ou tenham sido, ainda, apenas acusados; as demissões de servidores em processos céleres, porém desrespeitosos com as diretrizes do devido processo legal e das garantias individuais, outros).

Prefere-se, por vezes, adotar postura alinhada ao discurso da legalidade estrita, como signo de austeridade ou de depuração institucional, para, em seguida, lançar impropérios sobre o Poder Judiciário, quando este der provimentos desconstituindo o decisum administrativo, restabelecendo a ordem democrática.

Note-se, ainda, que, a Administração, como mencionado por Fábio Medina Osório e José Armando da Costa, é, com contumácia, demasiadamente politizada, e sofre nefastas influências.³⁵⁴ E isso para que se limitem as críticas somente ao terreno daquilo quanto lícito. Também não é de se ignorar o elevado nível de corrupção da máquina pública brasileira.

³⁵⁴ COSTA, 1981; OSÓRIO, 2020.

Fatores que, mesmo de modo não declarado, contribuem para limitar, ao máximo, qualquer margem para sua liberdade decisória.

Ao menos no campo filosófico, vem-se solidificando um enfrentamento às premissas da legalidade estrita e da impossibilidade de a Administração versar seus atos com ditames constitucionais – mesmo em confronto com a lei. Um embate que se autentica na constitucionalização e convencionalização do Direito.

3.7 OS PRINCÍPIOS PENAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O endurecimento das sanções cominadas pela Administração, e a “espiritualização” dos preceitos do tipo incriminador penal, descrevem, em notas muito genéricas, os fenômenos, hoje reconhecidos como “penalização” do Direito Administrativo e “administrativização” do Direito Penal.³⁵⁵

³⁵⁵ “[...] ao se defender a criação de um Direito de Intervenção e a maior eficiência dos demais mecanismos de controle social, como o Direito Administrativo Sancionador, abre-se o caminho para que este ramo, identificado com a prevenção geral de tais condutas prejudiciais ao interesse público, seja influenciado pela severidade punitiva do Direito Penal. Observa-se com isso um efeito em sentido inverso relacionado à administrativização do Direito Penal, que se refere à influência do Direito Penal no Direito Administrativo, na sua vertente sancionadora, o que chamamos de ‘penalização’ do Direito Administrativo Sancionador.” FÉO, Rebecca. **Direito** Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais: análise dos processos da ANP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 51.; “[...] De um lado, o Direito Penal passou por uma espécie de ‘administrativização’ no que tange às suas características originais. Viu-se que a sanção penal se abriu a tipos menos comprometidos com um juízo de desvalor ético-moral e mais voltados a conter riscos considerados socialmente relevantes (nos chamados tipos de perigo abstrato). Testemunhou-se a incorporação da função simbólica à pena, voltada a atender a clamores sociais e políticas criminais populistas, em detrimento de sua histórica vertente de *ultima ratio*. De outro lado, o Direito Administrativo sancionador foi de certa forma ‘criminalizado’ ao se afirmar como um *locus* mais conveniente e adequado, em muitos casos, para acomodar condutas tidas como de menor relevância, até então tratadas pelo Direito Penal. Segundo parte dos doutrinadores, essa ‘despenalização’ se fez necessária justamente para se resgatarem a essência e a credibilidade do Direito Penal, bem como para se desobstruir a Justiça Criminal.” VORONOFF, 2018, p. 45.

O Direito Penal, com o advento do Estado Liberal Social, ocupando novos campos de atuação da máquina pública, até então ignoradas no Estado Liberal Clássico, viu-se compelido a promover também a tutela desses bens jurídicos por meio de normas sancionadoras. O que significou transitar da prescrição dos delitos de efetiva lesão para os delitos de perigo, bem como também se ocupando de proteger bens jurídicos metaindividuais, onde o meio ambiente é um dos maiores signos.³⁵⁶

A administrativização do Direito Penal é marcada, em essência, por dois fenômenos: “[...] (I) a criação de novos tipos penais e (II) uma atuação judicial que não atende à otimização de direitos e garantias fundamentais, sempre com o argumento de maior proteção social [...]”.³⁵⁷ Algo como a apropriação do discurso da defesa do interesse público, mais explícito no Direito Administrativo Sancionador, em razão da própria matriz que lhe é tomada por derivação do Direito Administrativo.

³⁵⁶ “[...] a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones [...]. [...] Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales’, pasando por todas las modalidades intermedias [...]. [...] La protección penal del medio ambiente es uno de los ejemplos más claros de esta tendencia [...]. [...] Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha ‘administrativizado’ [...]. [...] es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de ‘administrativización’ en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal [...]. [...] el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Buenos Aires: IBdeF, 2006. p. 131-132, 134, 142-143. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5250881/mod_resource/content/1/La%20expansi%C3%B3n%20del%20derecho%20penal%20-%20Aspectos%20de%20la%20pol%C3%ADtica%20criminal%20en%20las%20sociedades%20postindustriales%20-%20Jes%C3%BAAs%20Silva%20S%C3%A1nchez.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁵⁷ MACHADO, 2020, p. 52.

Por sua vez, o Direito Administrativo Sancionador adquiriu, no Brasil, após a década de 1990, uma postura “penalizada”³⁵⁸, marcada, principalmente, por três grandes incrementos:

- a) A expansão para setores da macroeconomia, deixando de operar de modo quase totalmente adstrito à seara disciplinar, nos mais diversos órgãos da Administração;
- b) O endurecimento das sanções administrativas, muitas vezes traduzido em pecúnia, ou em severas limitações dos direitos políticos e de propriedade;
- c) A inovação feita pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), de estabelecer um modelo de “sancionamento” judicial administrativo, cuja sanção não está a cargo de um Agente Público no exercício da função administrativa, mas de um juiz de Direito, no exercício da função jurisdicional.³⁵⁹

³⁵⁸ José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti também se referem à “penalização” do Direito Administrativo sancionador, para referir-se à utilização dos princípios informadores do Direito Penal: “[...] as sanções do DAS podem não raro assumir grau elevadíssimo de restrição da esfera jurídica dos responsáveis. Os interesses públicos são igualmente relevantes em confronto com bens jurídicos penalmente protegidos. Sob o prisma ontológico, também não há distinção entre ilícitos no DAS e DP. E, por fim, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais nos dois campos, a despeito de, diferentemente de outras Constituições, não ter previsão expressa no Texto desta submissão da atividade administrativa sancionadora. Refere-se a doutrina à ‘penalização’ do Direito Administrativo Sancionador para indicar o transplante radical de direitos e garantias fundamentais, tal como debatido no Direito Penal e Processual Penal para este outro setor.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 107, grifo do autor.

³⁵⁹ “As normas de direito material do domínio da improbidade disciplinam a responsabilidade de agentes públicos e, por este critério de matéria, estas normas de Direito Público devem ser consideradas de Direito Administrativo. Por esta razão, mesmo sendo pronunciadas pelo Poder Judiciário, a improbidade administrativa pode e deve ser vinculada ao campo do Direito Administrativo Sancionador. Este é o raciocínio que ampara a topografia constitucional que justifica sua permanência no artigo 37 [...]”. “[...] outra importante tendência interfere fortemente no Direito Administrativo Sancionador, em seu estudo sistemático: o fenômeno anticorrupção crescente influenciou inegavelmente a trajetória atual desse sistema normativo. [...] o surgimento e a consolidação do domínio da improbidade administrativa – previsto já no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, regulamentado inicialmente pela Lei nº 8.429/1992 – expandiu o domínio material do DAS, incluindo nele sanções pronunciadas pelo Poder Judiciário (no exercício da jurisdição federal ou estadual cível comum), ao lado das classicamente denominadas ‘sanções administrativas’, editadas por órgãos ou entes no exercício de função administrativa [...]”. Ibid. p. 92-93 e 107, grifo do autor.

Ambos os fenômenos (administrativização do Direito Penal e penalização do Direito Administrativo), em conjunto, resultaram num maior grau de contundência do Direito Público sancionador. O Direito Penal passou a ser permeado por terminologias de conteúdo indeterminado, e adquiriu um perfil de regulador social dos delitos que não obedecem, precisamente, à tradicional lição de *ultima ratio*.³⁶⁰ Somado a isso, o Direito Administrativo adquiriu perfil mais severo na cominação de sanções e expandiu-se consideravelmente.

Como se pode observar, as notas que caracterizam ambos os fenômenos, de “administrativização” do Direito Penal e de “penalização” do Direito Administrativo Sancionador” são demasiadamente semelhantes, signo também da aproximação das fronteiras entre um e outro.³⁶¹

Portanto, penal e administrativo sancionador se aproximaram de tal modo que, por vezes, a sanção administrativa, de tão gravosa, soa como sanção penal. E, por vezes, a prescrição penal, afastada da noção de proteção a um bem jurídico efetivamente violado, soa como uma estratégia administrativizada, porque fundada na ideia de prevenção.

Mas dentre os fatores que concorreram para a aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, não se verificou um alinhamento perfeito, diga-se, uma correlação simétrica, entre os direitos e garantias dos acusados na seara penal, ou daqueles submetidos à persecução administrativa.

³⁶⁰ Exemplos não faltam. Mas a título ilustrativo, veja-se a parte final do novo tipo penal inscrito no artigo 147-A, o delito de perseguição (*stalking*), criado pela Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021: “Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.” Por mais que se tente projetar alguns parâmetros hermenêuticos para invadir ou perturbar a “esfera de liberdade ou privacidade”, parece claro que, todas essas tentativas redundariam em elevado grau valorativo do intérprete. BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei n° 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º abr. 2021a. Edição extra. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14132.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁶¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a administrativização do Direito Penal na sociedade do risco: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 23-62, 2011. p. 25. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7279>. Acesso em: 20 fev. 2023.

De modo a dar enfrentamento ao silêncio legislativo em matéria de sanções administrativas, a tradição jurídica (jurisprudência e doutrina) caminhou – via de regra - no sentido de estender as garantias do processo penal aos processos administrativos sancionadores.³⁶²

Mas essa importação de princípios, por vezes, encontra seus óbices na jurisprudência – mesmo na corte suprema. Vide o julgamento do Recurso Extraordinário STF n. 1.224.374, de 2022, que analisou a constitucionalidade do § 3º do artigo 277, do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê a aplicação da penalidade (sanção administrativa) do artigo 165-A ao condutor que se recusar a colaborar ativamente com a produção de prova da embriaguez.³⁶³

³⁶² “As garantias do devido processo legal nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas a partir do art. 39 da Magna Carta de 1215 um longo caminho evolutivo levou, primeiro ao reconhecimento da aplicabilidade dessas garantias ao processo civil e, depois, ao processo administrativo punitivo. Esse último passo foi dado graças à generosa tendência rumo à denominada processualização do Direito Administrativo.” DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 135. “Para o Direito Público Sancionador são identificados princípios de ordem constitucional e legal, bem como, próprios de outros ramos do direito, informativos por assim dizer e, ainda, princípios básicos peculiares desse ramo, delineando, sistemática e coerentemente, o regime jurídico das diversas sanções públicas. [...] Anotamos alguns princípios fundamentais, básicos, informativos e específicos do Direito Público sancionador, hora hauridos da própria Constituição Federal, hora da legislação ou do sistema legislativo como um todo. Quanto aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, de Direito Público sancionador, anote-se que a Constituição Federal, com seus preceitos gerais e abertos receptivos de uma evolução da noção de justiça pelo corpo social, tem a função de servir de ápice do ordenamento jurídico-normativo, sistematizando diretrizes do Estado nas suas diversas linhas de atuação e, com efeito vivo apresentando princípios informativos dos mais variados ramos do direito aplicando-se também ao Direito Público sancionador. Quanto aos princípios legais, expressos ou implícitos, de Direito Público sancionador, ressalte-se que o ordenamento infraconstitucional deve refletir, como um todo, a noção de justiça posta pelo Estado e plasmada na Constituição, orientando-se pelas normas e princípios constitucionais. Assim, os princípios legais e os princípios implicitamente decorrentes do texto normativo tem a função de concretizar, em última aproximação, os vértices inicialmente postos pelos princípios constitucionais, em uma verdadeira espécie de regulamentação já iniciado por aqueles.” DEZAN, Sandro Lúcio. **Princípios de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 129-130. “A plena normatividade dos princípios e garantias constitucionais foi paulatinamente se disseminando no campo sancionatório extrapenal, e influenciou na estruturação progressiva do Direito Administrativo Sancionador, sob a égide do devido processo legal, a partir da concretização destas normas como defesa da cidadania e da Sociedade, e como vitais para submissão aos postulados do Estado Democrático de Direito [...]”. OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 90. “[...] ‘as normas gerais do Direito Penal são aplicáveis à responsabilidade e às penas administrativas, enquanto podem ser reconduzidas a princípios jurídicos gerais e não constituem princípios especiais, justificados por razões políticas e jurídicas próprias do Direito Criminal’.” ZANOBINI, 1955 *apud* OLIVEIRA, 2005, p. 17.

³⁶³ “Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 1.224.374-RS, de 19 de maio de 2022. Ações diretas de inconstitucionalidade e recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 165-A e Artigo 277, §§ 2º e 3º. Lei Seca (Lei Federal n. 11.705/08), arts. 2º, 4º E 5º, III, IV e VIII. Lei Federal n.12.760/2012, Art. 1º. Constitucionalidade da redução do limite da alcoolemia para zero e das sanções impostas à recusa do condutor em submeter-se ao teste do bafômetro [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Departamento de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul – DETRAN-RS. Recorrido: Joel Porn de Freitas. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 190, p. 1-245, 22 set. 2022a. p. 167. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353715881&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

O relator, Ministro Luiz Fux, afastou a incidência de principiologia penal sobre a sanção administrativa. Sua relatoria foi no sentido de delimitar a incidência do direito de não-autoincriminação às matérias penais, estritamente consideradas.³⁶⁴

Ocorrência semelhante se deu no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo STF n. 843.989-PR/2022, que decidiu pela irretroatividade parcial das novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa. Notou-se intensa divergência sobre a aplicação da principiologia “penal” de retroatividade benéfica dos dispositivos da lei.

Portanto, a falta de disposições normativas positivadas, estabelecendo os direitos e garantias dos acusados em processos de natureza administrativa sancionadora, soma-se à matriz permissiva de autoritarismos no Direito Administrativo Sancionador.

A solução engendrada – a mais comum – está em recorrer-se à matriz penal, promovendo-se a migração (ou importação) dos seus princípios (de direito material e processual) para o Direito Administrativo Sancionador. Mas, note-se que é impróprio falar-se em migração – ou utilização – da principiologia penal em alguns casos. Isso porque, alguns princípios que se trasladam ao Direito Administrativo Sancionador, muitas vezes anunciados como derivados da ciência jurídico-penal, são, em verdade, formulações da própria teoria-geral do Direito.³⁶⁵

Carlos Ari Sundfeld caminha no mesmo sentir de Sandro Lucio Dezan, ao defender um rol de direitos e garantias atuantes em todos os sub-ramos do Direito Público Sancionador.³⁶⁶ Suas notas apenas distinguem-se quanto à alocação da principiologia “superior. Aquilo que Sundfeld faz pertencer à teoria-geral do direito, Sandro Lucio Dezan posiciona naquilo que nomina de “sistema de direito sancionador pré-epistêmico”. É possível harmonizá-los, se se depreender que a teoria-geral do direito comporta a existência desse sistema, o que parece ser plausível.

³⁶⁴ “12. **O princípio da não-autoincriminação**, reconhecido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, assegura a prerrogativa de seu titular **não ser obrigado a produzir prova ou de não contribuir**, de qualquer modo, **para a própria condenação no âmbito criminal** (*nemo tenetur se detegere*). 13. *In casu*, a natureza administrativa das punições e sanções estabelecidas pelas leis hostilizadas afasta as alegações de incompatibilidade do artigo 277, § 3º, do CTB, com o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.” BRASIL, 2022a, p. 4-5, grifo do autor.

³⁶⁵ SUNDFELD, 2003, p. 80.

³⁶⁶ “Por força dessa função sistêmica da Constituição Federal, direitos e garantias fundamentais, os quais preponderantemente apresentam o escopo de restrição do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal e o reconhecimento de condição especial a pessoa humana, diante das forças de ação vendas desarrazoadas ou desabalizadas que tenham a infirmar o *status dignitatis*, são, deveras, aplicáveis a todos os sub-ramos do Direito Público sancionador, sem a ressalva de pertencerem a este ou àquele ramo específico do direito.” DEZAN, 2022, p. 130.

Vide, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, inseridas como excludentes de ilicitude no Código Penal (art. 23).³⁶⁷ Institutos que, nada mais revelam do que o exercício de autotutela, na seara penal. Mas a autotutela legal, em si, não é um fenômeno exclusivo do Direito Penal. O exercício – legítimo e legal – do próprio direito subjetivo material está vinculado à teoria-geral do processo. Não por acaso o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) também o menciona no artigo 188.³⁶⁸ O mesmo se dá com muitos outros institutos que, por vezes são reportados como tipicamente penais, mas que, em verdade, decorrem de disposições de Direitos Humanos no plano internacional (ne *bis in idem*, por exemplo), de direitos fundamentais (não-autoincriminação, vedação à prova ilícita, vedação a tribunal de exceção, retroação benéfica da lei de caráter sancionador, entre outros), de teorias-gerais (insignificância, potencial conhecimento da ilicitude, entre outros), ou de outros institutos que impedem uma identificação deôntica limitada a um só setor do Direito Público sancionador.

Já Rafael Munhoz de Mello fala em “princípios do regime jurídico punitivo”, como ínsitos ao Estado de Direito, os quais não estariam reservados a atuar somente no Direito Penal, ainda que a Constituição Federal de 1988 assim os mencionem.³⁶⁹

Rafael Munhoz de Mello apresenta um prognóstico singular, que serve como alerta aos operadores do Direito adeptos a uma teorização distinta, ou seja, aqueles que pretendem particionar a principiologia atuante sobre os dois substratos setoriais do Direito Público Sancionador (Penal e Administrativo) de modo mais hermético. Isso significaria um esvaziamento dos direitos e garantias.

Ao se defender que disposições como as constantes no artigo 5º, incisos³⁷⁰ XXXIX, XL e XLV, da Constituição Federal, por serem remissivas a termos como “pena”, “crime” e

³⁶⁷ “Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou mais astuto, em relação a certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceção a tal proibição. [...] De certo modo podem ser incluídos entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crimes, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CPP, arts. 24 e 25 - CC, arts. 188, 929 e 930) [...]”. DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 53.

³⁶⁸ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;” BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁶⁹ MELLO, Rafael, 2007, p. 104-105.

³⁷⁰ Incisos: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” e “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”. BRASIL, 1988.

lei penal”, não tem nenhuma aplicabilidade no regime jurídico sancionador da Administração, porque este, diferentemente, vale-se de expressões como “sanção” e “ilícito administrativo”, concorreria para que nos dizeres de Rafael Munhoz de Mello, o legislador pudesse adotar o modelo sancionatório administrativo como burla às garantias constitucionais do devido processo legal, tradicionalmente reivindicadas no processo penal.³⁷¹

Isso, diante do quadro de enrijecimento – ou recrudescimento – das sanções administrativas no Brasil, significaria, efetivamente, um modelo penal “paralelo” de garantias mitigadas. Uma enorme burla com supedâneo em equivocadas interpretações sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais.

Note-se que crítica semelhante fora feita por Alice Voronoff, anteriormente mencionada, e por Denise Luz, esta, ao avaliar as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).³⁷² Justiça seja feita, não se pode aferir somente má

³⁷¹ “Se o legislador tem a opção de escolher se certo comportamento será tipificado como crime ou infração administrativa, é necessário que as garantias que se aplicam num caso e noutro sejam comuns. Do contrário a opção entre um tipo de linfócito e outro poderia ser feita tendo em vista o nível de garantias de que dispõe o particular: tipificar-se-ia a conduta como ilícito administrativo para fugir das garantias outorgadas aos particulares no campo do Direito Penal. aplicação das garantias constitucionais, que assim fosse, estaria subordinada a vontade do legislador ordinário, razão pela qual ‘*ciertos derechos y garantías fundamentales tienen que respetarse en uno y otro ámbito, sin que puedan evaporarse por la fácil vía de confiar el castigo a la Administración en vez a los jueces*’, como ensina Manuel Rebollo Puig.” MELLO, Rafael, 2007, p. 106-107, grifo do autor.

³⁷² “O que muitos não percebem é que a improbidade administrativa, se não tiver seus limites bem traçados [...] permite uma fuga para o Direito Administrativo. Com isso, não só as garantias materiais do acusado, mas também as processuais, restam desabrigadas, porque se admite, sem resistências, que um acusado de violar um bem jurídico com dignidade penal seja processado e julgado por uma espécie de Direito Penal pré-beccariano. Isso sem considerar, ainda, a possibilidade de condenação em duas esferas judiciais distintas pelo mesmo fato e objetivando proteger o mesmo bem jurídico. Esse potencial para institucionalização do arbítrio contra direitos fundamentais não pode ser ignorado e muito menos aceito. [...] Valendo-se de um critério não essencialista, já que se verificou a identidade de bens jurídicos protegidos pelos ilícitos de improbidade administrativa e pelos delitos contra a Administração Pública definidos no código penal e em leis extravagantes, busca se distingui-los pela sanção aplicada. Por esse critério, a opção entre punir o ilícito com uma sanção penal, civil ou administrativa. É exclusiva do legislador pautada por escolhas de política geral positiva [...]. Não há limites aular de isolador que, em tese, pode escolher como tratar o ilícito com a ressalva de que somente os penais podem ser sancionados com pena privativa ou restritiva de liberdade, salvo exceções constitucionais como no caso das infrações militares. [...] Parece, então, que a identificação do ilícito criminal, exclusivamente pela possibilidade de punição com pena privativa de liberdade não se mostra correta [...]. A distinção entre uma e outra esfera, administrativa ou penal, tem grande relevância na Europa, na medida em que algumas funções supranacionais foram consideradas como sanções penais disfarçadas de administrativas, ou seja, sanções que seriam, em verdade, de natureza penal, mas que receberam o nome de administrativas [...]. Há casos, inclusive, em que as sanções administrativas podem ser muito mais intensas e mais graves do que as sanções penais. [...] Não se pode admitir que o Estado comine pena mais grave que a penal por outra via, porque se o acusado de lesar o bem jurídico pode ser punido por meios menos garantias, deverá também receber penas mais brandas. Embora se reconheça que o mesmo fato possa ser julgado por instâncias distintas e que não existe diferença ontológica entre os ilícitos, não é possível que o mesmo bem seja melhor protegido por outra esfera distinta da penal, mediante sanção (real) mais grave. Se isso acontece, então toda a tradição do Direito Penal está sendo afastada por um simples jogo maniqueísta de denominações ou ‘burla de etiquetas’ [...]”. LUZ, 2014, p. 64-88. Também por Alice Voronoff, em *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* (2018).

intenção do legislador, que nem mesmo existe enquanto ente unitário. Ainda que orgânico, o Poder Legislativo se caracteriza pela diversidade e pela pluralidade de ideias, personalidades e objetivos, de cada um dos seus representantes.

E os legisladores (no plural) também parecem estar em completo estado de confusão quanto ao regime jurídico aplicável ao Direito Administrativo Sancionador. Uma consequência desse quadro geral de não-uniformidade, fruto da precariedade do desenvolvimento de uma “[...] teorização adequada a respeito dos princípios que devem orientar o chamado Direito Administrativo Sancionatório [...]”.³⁷³

Veja-se o novel artigo 1º, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021), segundo o qual “[...] Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”³⁷⁴

Confusa já seria essa previsão se a lei, ao fazê-lo, anunciasse expressamente – ou ao menos fizesse as devidas remissões – quais são, afinal de contas, os princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador. Mais confuso ainda o é porque, como observado, a doutrina ainda não prescreve, com precisão, esses princípios, e nem mesmo registra uniformidade quanto à aceitação da aplicabilidade integral do sistema de garantias penais.

Note-se, ainda, que, os princípios jurídicos de tutela individual foram pensados, sem dúvidas, para o Direito Penal, porque toda sua teorização está permanentemente atenta ao passado, e foi invadida por garantias que tem o objetivo de afastá-lo do ímpeto da vingança (privada, divina ou pública).

Pode-se dizer que o Direito Penal passou por duas enormes irritações, derivadas de acontecimentos históricos, e que o inflaram de prescrições para conter arroubos autoritários: o iluminismo, pretendendo romper com o poder absoluto e levando maior sobriedade ao processo pena, e o movimento pós-positivista do pós-guerra, que emergiu após o fracasso do positivismo clássico.

Já o Direito Administrativo Sancionador, (ainda) não produziu um repertório de eventos que merecessem uma espécie de repulsa uniforme, como o que se testemunhou na história humana, sob a rubrica de sanção penal. A sua curta vida, enquanto ente autônomo na ciência jurídica, não permitiu ainda mensurar as consequências mais nefastas de tantas permissões que lhe vem sendo conferidas.

³⁷³ OSÓRIO, 2020, p. 52.

³⁷⁴ Disposição incluída pela Lei. BRASIL, 2021b.

Mais: se o Direito Penal, em razão de sua progressão histórica, passou a ter como ponto de partida da persecução o pressuposto da proteção do indivíduo – lógica da liberdade -, na via contrária, toda a teorização do Direito Administrativo no Brasil é gravada pelo discurso da autoridade (suprema) do Estado – lógica da autoridade.

Afora esses institutos “anti-epistêmicos”, é de se reconhecer que há, sem reserva de dúvida – muito em razão do silêncio legislativo sobre a matéria “ilícitos e sanções administrativas” – uma imbricação Direito Penal x Direito Administrativo Sancionador, que resulta em uma série de apropriações teóricas e normativas.

Há lacunas legais e interpretativas que são supridas pelo julgador, por métodos de heterointegração (costumes e princípios gerais do Direito) e autointegração (analogia), com o permissivo que concede a lei, que veda a que o juiz possa eximir-se de solucionar a lide alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.³⁷⁵

O precário desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador leva-o a – ao invés de afirmar-se sobre uma teoria-geral própria, que lhe satisfaça de modo mais completo – simplesmente a “[...] tomar de empréstimo, acriticamente, o arcabouço teórico desenvolvido para o Direito Penal.”³⁷⁶

Por apropriação, ou por existirem princípios gerais a regular o Direito Público sancionador, fato é que também deve merecer as salvaguardas asseguradas pela Constituição aquele que venha a ser submetido à persecução administrativa, sob pena de se anuir com um estado de coisas onde o legislador possa, por meio do Direito Administrativo Sancionador, fazer o direito punitivo regressar velozmente a um escalão autoritário e juridicamente inseguro.

³⁷⁵ “As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.” BARROSO, 2006, p. 8-9. “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023. “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” BRASIL, 2015.

³⁷⁶ VORONOFF, 2018, p. 27.

4 TEORIAS ANALÍTICO-QUALIFICADORAS DA BIPARTIÇÃO DO *JUS PUNIENDI*

Distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo é um desafio relativamente moderno para o Direito, uma contraface do Estado de Direito pós-revolução. Isso porque a unidade do poder punitivo, antes personificada no soberano, esvaziava por completo esse propósito.³⁷⁷ Em *ultima ratio*, a vontade desse mandatário era, de fato, *lex*.

Portanto, essa discussão é um produto da modernidade. Foi da submissão do Estado à lei, anterior e abstrata, que fez surgir um sistema binário punitivo (penal e administrativo), donde tem emergido muitas reflexões.

Modernamente se discute quais seriam os aspectos identitários entre a infração penal e a administrativa, e quais seriam os que as distingue. Trata-se de uma busca que não está pautada apenas num preciosismo terminológico, mas numa necessidade de melhor orientar os agentes do Estado ao se depararem com determinados comportamentos sociais indesejados, posto que, diante desses comportamentos ilícitos, requer-se um exercício analítico prévio e sumário, para promover a subsunção da conduta ao respectivo regime jurídico sancionador (penal ou administrativo) adequado.

Logo, a verificação cotidiana da conduta ilícita está fortemente pautada no pragmatismo, porque é necessário subsumi-la a um dos subsistemas punitivos do Direito Público. Isso porque diante da ilicitude, requer-se, para a correta adoção de medidas formais (processo de apuração) e materiais (a exemplo das medidas cautelares), um juízo prévio de cognição, que indicará, por fim, quais serão as regras e princípios a orientar a atuação do Estado, determinando, logo, desde a autoridade competente, até as minudências processuais e procedimentais.

Por essa razão a reflexão mais acurada sobre esse liame passa ao largo. O pragmatismo da busca por uma resposta célere, que irá conferir legitimidade para uma série

³⁷⁷ “A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei.” DI PIETRO, 2019, p. 53. “El problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal se plantea por primera vez en el Estado liberal. En el Estado policía del despotismo ilustrado no es posible distinguir claramente el Derecho penal del Derecho administrativo. No hay sino una división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas. Con el advenimiento del liberalismo el Derecho penal habría de convertirse en uno de los exponentes más finos del Estado de Derecho, al quedar vinculado el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y las penas. La distinción sustancial entre delito e ilícito administrativo se hizo necesaria.” MIR, 1975, p. 161, grifo do autor.

de atos imediatos e subsequentes do *jus perseguendi*, limita-se a promover a subsunção da conduta a uma norma proibitiva daquele comportamento.

Com isso, tem-se colocado em segundo plano o caráter fundamental da discussão sobre o ilícito penal e o administrativo. Tem escapado que a distinção entre essas figuras é fruto de uma abstração, cunhada no plano formal, mas que ambos carregam consigo o germe da reprovabilidade social do comportamento humano, razão pela qual foram, de algum modo, inscritos na ordem jurídica como vedados.

Os processos evolutivos – ou integradores e modificativos – do Direito nem sempre se orientaram pela melhor filosofia. Alguns foram, simplesmente, consequências de rompantes históricos, que exigiram ajustes da ciência jurídica ao mundo dos fatos.

À cisão do *jus puniendi* se aplica, com muita clareza, essa lógica. A existência de um sistema binário sancionatório no Direito Público carrega consigo uma remissão direta às revoluções liberais do século XVIII. Mesmo buscando fundamentos de caráter filosófico, foram os acontecimentos históricos que, desejosos de impor uma abstenção ao Poder Judiciário sobre a Administração, legaram ao mundo ocidental a atividade sancionatória administrativa, e, portanto, a eventual cumulação de estratégias inibitórias de condutas socialmente indesejadas.

Por essa razão alguns discursos se tornam insólitos – ou incompletos – ao pretenderem distinguir com bases unicamente filosóficas o ilícito penal do ilícito administrativo, bem como, por consequência, a sanção penal da sanção administrativa. Não há como dissociar o processo histórico desse fenômeno.

Ao problematizarem o ilícito administrativo, ainda na década de 1970, José Cretella Júnior enumerou um extenso rol – aparentemente em *numerus apertus* – de inquietações que o tema lhe suscitava.³⁷⁸

³⁷⁸ “Vários e difíceis problemas suscita o *ilícito administrativo*, quando submetido à apreciação das autoridades administrativas e do judiciário: Qual a relação entre *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Quando, pelo mesmo *fato*, o agente público é julgado na *esfera administrativa* e na *esfera penal*, é ele acusado de *dois ilícitos*, ou se trata do mesmo *ilícito* apreciado sob *duas óticas* diferentes? Nesse caso, se o *ilícito* é o mesmo, e o agente sofre duas sanções, uma em cada esfera, não está havendo infração flagrante à regra do *non bis in idem*? Se, ao contrário, são duas figuras autônomas, em que consiste a diferença entre ambas? Se há diferença entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*, a diversidade reside apenas no grau (diferença quantitativa) ou é ontológica, de natureza, de essência, ou qualitativa? Qual a natureza jurídica de infração capitulada, simultaneamente, em dispositivo estatutário e dispositivo penal? Ilícito administrativo, ilícito penal ou ambos? Quando o agente administrativo, acusado de infração estatutária, é absolvido pelo Poder Judiciário, o reflexo ou não desse pronunciamento, no juízo administrativo, tem seu fundamento na *natureza da infração*, no *modo de apreciação da prova* ou no *alicerce da acusação*? ‘Falta residual’ é expressão *unívoca*, que designa apenas o *quantum* atípico de *falta disciplinar* ou *ilícito administrativo puro*, que aderiu,

Suas indagações (todas) permanecem atuais. Mesmo tendo transcorrido tanto tempo, não há respostas às suas pontuações e, mesmo quando as há, não são plenamente satisfatórias e pacíficas entre os operadores do Direito. Mas também é verdade que, apesar de todas as zonas cinzentas sobre o tema “sanções administrativas”, uma constatação histórica é inafastável: elas existem, e quase sempre existiram. Persistem no tempo com incrível resiliência.³⁷⁹ Os problemas, porém, arrastam-se há mais de um século.³⁸⁰

Basicamente todas as indagações desaguam em uma só questão: a fronteira entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Empreitada complexa, que se tornou ainda mais aguda com o advento de dois fenômenos já mencionados – em breves notas – quando discutida a aplicabilidade de princípios penais no Direito Administrativo Sancionador: a administrativização do Direito Penal e a penalização do Direito Administrativo Sancionador.

Fenômenos que aproximaram os nichos do Direito Público sancionador, de tal modo que a complexa tarefa, tornou-se ainda mais aflitiva, dada a verdadeira miscigenação havida entre penal e administrativo, “[...] tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e o direito administrativo sancionador [...]”.³⁸¹

E um dos grandes marcos desse recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador é, sem dúvidas, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). Denise Luz, debruçando-se sobre seus dispositivos, chega à conclusão de que a sanção para o ímprobo em nada difere das sanções penais.³⁸²

como corpo estranho ao ilícito penal [...], quando provado insuficientemente ou deficientemente perante o Poder Judiciário? A consideração da *provado fato*, pelo magistrado, tem o dom de metamorfosear, descaracterizar ou desclassificar o *ilícito penal típico*, transformando-o em *ilícito administrativo*? Ou o juízo penal apenas se pronuncia sobre a *infração penal*, remetendo a *falta residual*, agregada, aderente ou paralela, para a apreciação administrativa?”. CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973. p. 136, grifo do autor. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66693/69303/88081>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁷⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 25, n. 2, p. 131-157, 2012. p. 133, grifo do autor. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁸⁰ “Las infracciones y sanciones administrativas han planteado desde el punto de vista dogmático una serie de problemas, cuya discusión se ha extendido por más de un siglo sin haber llegado todavía a una respuesta satisfactoria que permita explicar su naturaleza jurídica, los fundamentos constitucionales que permiten sostener la existencia de este poder punitivo en manos de la Administración y el alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometida en sus aspectos sustantivos y procedimentales. Por eso no es de extrañar que algunos autores sostengan que la distinción entre la pena penal, la administrativa y la disciplinaria ha llegado a constituir un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria, no advirtiéndose con claridad una línea divisoria que separe a estas dos potestades.” *Ibid.*, p. 132.

³⁸¹ FEIJOO SANCHEZ, 2011, p. 25.

³⁸² LUZ, 2014, p. 60.

Outro diploma legal que frequentemente constrange o operador do Direito, muito especialmente aqueles que tentam tarifá-lo com algum rótulo epistêmico (administrativo ou penal), é a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Tomem-se, os artigos 53 e 54:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.³⁸³

Estabeleceu o legislador em *numerus clausus* um rol de sanções, numa escala crescente de grau. No grau mais elevado dessas sanções, aquela que importa agravamento no regime de cumprimento da pena, ainda que como medida excepcional e temporária, dispôs-se que deveriam ser submetidas ao crivo do juiz de direito da execução penal. Trata-se de um recorte, onde se torna difícil acolher o argumento de que todas essas sanções tem natureza meramente administrativa, mesmo porque a mais aguda delas, restringe ainda mais a liberdade do sancionado e está jungida a uma cláusula de reserva de jurisdição. Não por acaso a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), como um todo arrasta, há muito, intensas discussões sobre sua natureza jurídica: se norma de Direito Administrativo, se norma de caráter processual.³⁸⁴

O mesmo se verifica com diversas outras leis, notadamente aquelas que prescrevem sanções sobre violações a direitos metaindividuais. São exemplos o regime jurídico aplicável à segurança viária (trânsito), ao meio ambiente e à proteção à lisura da Administração, muito especialmente pelas Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).³⁸⁵

³⁸³ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1994b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁸⁴ LUZ, op. cit., p. 121.

³⁸⁵ Chega-se a essa mesma conclusão, de miscigenação do penal com o administrativo, partindo da análise da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992): “A proximidade entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal é tão grande em matéria de improbidade administrativa que, às vezes, torna-se bastante difícil distingui-los.” LUZ, 2014, p. 121.

Há, no ordenamento jurídico, uma série de dispositivos sancionadores de difícil qualificação, dado o elevado grau de admoestação ao indivíduo, o que denota enorme eufemismo em designá-las como sanções meramente administrativas.

Como se verá adiante, muitas foram as tentativas de qualificar essa distinção entre administrativo sancionador e penal. Mas todas as alternativas, que pretenderam fugir da explicação singela, da livre disposição do legislador, resultaram em algum óbice teórico.

Obviamente, é desejoso que o legislador realize um exame de maior ou menor reprovabilidade social do comportamento, e reafirme a posição do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, de intervenção mínima, fragmentário e subsidiário. Mas que se tenha, desde logo, claro: não há um dever dessa natureza descrito na ordem jurídica. O grau da lesão provocada, ou do perigo que da conduta resultou, é tão somente um elemento de influência nessa decisão legislativa.

Por essa razão, o penal e o administrativo sancionador se confundem e se mesclam, ou, noutra propositura, o que existiria, em verdade, seria um Direito Público sancionador, uno e coeso, cujas estruturas se estendem “[...] não somente ao direito material representativo dos diversos sub-ramos epistemológicos do Direito Público sancionador, mas, do mesmo modo, aos seus respectivos sub-ramos processuais.”³⁸⁶

O chileno Eduardo Cordezo Quinzacara elaborou uma síntese das duas principais teorias analíticas que qualificam, e tentam justificar a bipartição do *jus puniendi*, uma formalista – cujo expoente é Adolf Merkl – e outra substancialista – protagonizadas por James Goldschmidt e Feuerbach.³⁸⁷ É sob a perspectiva dessas duas correntes filosóficas que o tema será analisado.

4.1 PRELIMINARES: UMA PRINCIPIOLOGIA COMUM NO DIREITO PÚBLICO SANCIONADOR E O ILÍCITO COMO CATEGORIA JURÍDICA INDEPENDENTE

A análise sobre ambas as correntes teóricas (formalismo e substancialismo) nem sempre se dá somente pelos critérios filosóficos. São tantas as irritações, oriundas de outros não menos relevantes elementos, jurídicos e metajurídicos, que – mesmo reconhecendo o risco da medida – não é possível ignorar questões de ordem consequencialista.

³⁸⁶ DEZAN, 2021, p. 39.

³⁸⁷ CORDERO QUINZACARA, 2012.

Não por acaso, ao falar de ilícitos penais e ilícitos administrativos, a doutrina tem por hábito conectar como um binômio os ilícitos e as sanções, sendo estas resultantes imediatas da realização do comportamento descrito naqueles. Há uma intrincada relação de consequência entre ilícitos e sanções.³⁸⁸

Isso se torna relevante porque algumas defesas às teses qualificadoras dessa bipartição do *jus puniendi* no Direito Público, invertem a “lógica”, partindo da análise da sanção cominada, e não da prescrição do ilícito – algo como do fim para o começo –, informando que são crimes os ilícitos aos quais a lei comina pena. Também são, relativamente, do plano consequencialista as análises que partem da repercussão nos direitos e garantias do indivíduo perseguido pelo Estado.

Mas são essas consequências uma realidade que não poderia passar despercebida. Se, em muitos casos, é esse método de alternância da perspectiva de análise do problema, um outro problema, que pode permitir indesejados ativismos, não parece ser esse um paradigma verificável nesse desafio, justo porque, ao se permitir uma análise do discurso filosófico, que projete os efeitos ao “outro lado”, tem-se ensaio de evidenciação de potenciais equívocos. E ainda: não parece exatamente um desacerto inserir a variável “direitos e garantias” na equação.

³⁸⁸ “Infração e sanção administrativa são temas indissolúvelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela. Assim, o estudo de ambas tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício da inteligibilidade quando da explicação de uma ou de outra.” MELLO, Rafael, 2007, p. 871. “[...] Se o ato coercitivo estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra uma determinada conduta humana tida por socialmente nociva, e o fim da sua estatuição é impedir essa conduta (prevenção individual e geral), esse ato coercitivo assumo o caráter de uma sanção no sentido específico e estrito dessa palavra. E a circunstância de uma determinada conduta humana ser tornada, nesses termos, pressuposto de uma sanção, significa que essa conduta é juridicamente proibida, isto é, constitui um ilícito, um delito [...]”. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 42-43. “[...] em sustentação de uma concepção unitário-ontológica de ilícito e da existência normativa de um sistema de Direito Público sancionador de caráter ante-epistemológico, a sanção, necessariamente, faz parte do conceito de ilícito, para alocá-lo justamente no ramo epistemológico de Direito Público sancionador que lhe seja apropriado [...] para o Direito Penal, a sanção de cerceamento de liberdade por reclusão ou detenção é característica típica dos ilícitos penais.” DEZAN, 2020, p. 13-14.

Rejeita-se, isso com veemência, as teratologias que, recorrendo às realidades fáticas mais ou menos verificáveis, tomando-as, empiricamente, como regra geral, ou como um resultado inexorável, buscam desconstituir o núcleo de proteção à dignidade humana.³⁸⁹

Uma observação que se projeta no futuro, não para causar distorções dessa ordem, mas para verificar as consequências das teses criadas em abstrato, com fito de cotejar os dispositivos que protegem essa dignidade, não pretende subverter a ordem jurídica, mas, em verdade, assegura sua estabilidade e respeitabilidade.

Partindo de um pensamento de Häberle (“a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado”), o Ministro Gilmar Mendes votou no Recurso Extraordinário com Agravo STF n. 843.989-PR/2022, que discutiu, entre outras questões da Lei de Improbidade Administrativa (após sofrer alterações pela Lei n. 14.230/2021), a possibilidade de retroação das inovações trazidas, quando benéficas ao réu. O Ministro ainda discorreu sobre a dificuldade de se buscar, em essência, uma estruturação distinta entre os ilícitos do Direito Público:

O ponto central de tensão, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do Direito Administrativo Sancionador.³⁹⁰

Essa é, pois, a questão central. A falta de clareza sobre os limites entre o penal e o administrativo, acaba concorrendo para o autoritarismo das Administrações, revelando-se, assim como as outras formulações – anteriormente analisadas –, um caráter condicionante do autoritarismo.

Segue adiante a análise de dois temas relevantes, que merecem assento na composição dessa discussão sobre os fundamentos dos ilícitos administrativos e penais, tomados como

³⁸⁹ Tome-se de exemplo a expressão “bandido bom é bandido morto”. A subversão da lógica, operada pela inversão hipotético-fática projetada no tempo (quem está morto não rouba mais ou, se estivessem mortos não teriam roubado), sugere que: se morto não rouba, que se matem todos “bandidos” então. Assim se dá o método que exorta um fenômeno mais ou menos verificável – porque, propositadamente, ignora-se que o bandido preso ou ressocializado também não rouba mais – como regra geral, para, por fim, impor um critério de desnutrição do núcleo essencial da dignidade humana (sugerir a matança). Do mesmo modo a pena de morte como solução à superlotação dos presídios, a realização de laqueadura em mulheres de baixa renda para conter a criminalidade (que carrega consigo a ideia perversa de que filho de pobre se torna criminoso), a construção de muros para isolar comunidades (como forma de conter a criminalidade, formando verdadeiros guetos urbanos), outras.

³⁹⁰ BRASIL, 2022b, p. 8, grifo do autor.

elementos preliminares: a) a teoria que afirma existir uma unidade do *jus puniendi*, e (b) a afirmação de ser o ilícito uma categoria jurídica pura.

Sendo que, na primeira dessas duas abordagens, permitir-se-á, consoante exposição anterior, conjecturar, também, com elementos do ambiente externo e consequencial. Trata-se de um diálogo necessário.

4.1.1 A unidade do *jus puniendi*

A tese da unidade do *jus puniendi* tem ganhado adeptos no Brasil. As expressões mais bem pontuadas a respeito do tema parecem ser de Rafael Munhoz de Mello – este porque desperta a comunidade jurídica para o risco de se permitir que o legislador, ao poder optar por inscrever determinada conduta como ilícito administrativo possa estar, com isso, derogando parcialmente direitos e garantias individuais, e Sandro Lúcio Dezan – este a que por ter uma obra inteiramente dedicada ao tema. Ambos fazem a defesa de que não existe uma apropriação de princípios penais pelo Direito Administrativo Sancionador, mas sim, de um caráter “pré-epistêmico” dos princípios informadores de todo o Direito Público sancionador, de índole constitucional.³⁹¹

Haveria, assim, um acervo protecionista ao particular, que se coloca para o Estado como verdadeira limitação do seu poder, no manuseio de quaisquer de suas iniciativas que sejam, finalisticamente, aptas a produzir sanção, independente da sua natureza (penal ou administrativa).

Há, diante de algumas indagações que demonstram a insuficiência ou contraditoriedade, em ambas as correntes teóricas (formalista e substancialista), uma tendência natural – quiçá fugaz – da doutrina como um todo, de aderir à tese de unidade do *jus puniendi*. Mas uma adesão marcada pela preocupação com os direitos e garantias individuais.³⁹²

³⁹¹ DEZAN, 2021; MELLO, Rafael, 2007.

³⁹² “[...] la conceptualización de los delitos/penas y las infracciones/sanciones administrativas se ha transformado en una cuestión fundamental al momento de establecer cuáles son los principios y, especialmente, las garantías que están en juego respecto de las personas que se le imputan dichos ilícitos. Por lo tanto, no es solo una cuestión dogmática, ya que en este caso también entran otros principios y normas de naturaleza política, especialmente las tradicionales garantías que por siglos se han ido forjando en el ámbito del Derecho penal.” CORDERO QUINZACARA, 2012, p. 140.

Em outros termos, tem-se que o silêncio legislativo sobre as sanções administrativas, em estabelecer seus limites e, muito especialmente, o regime jurídico de tutela à dignidade humana do indivíduo submetido a esse tipo de persecução de fim punitivo, acaba por funcionar como agente propulsor da tese “unitarista”.³⁹³ Alejandro Nieto identifica, com bastante clareza, o mesmo processo na jurisprudência espanhola.³⁹⁴

Mas é também Alejandro Nieto que organiza uma das primeiras críticas à tese unitarista, merecedora, pois, de registro. Para o jurista, três fatores concorrem para desprestigiar essa tese:

- a) A fragmentação ativa dos titulares da potestade – há uma fragmentação – permissiva de uma proliferação – dos sujeitos ativos, dotados de titularidade para exercer a potestade sancionadora. Isso valeria, desde o direito comunitário, nos tribunais europeus, até os municípios – e aqui no Brasil se poderia mencionar, ainda, as agências reguladoras. O Direito Administrativo Sancionador se acha esparso, desorganizado, e opera – traduzindo para a realidade brasileira – nos três níveis de entes federados (União, Estados e Municípios). Soaria, logo, contraditório falar em unidade. Mais ainda, cada órgão da Administração goza de uma enorme – quase inacreditável – “discrecionarietà” para dispor, desde o conteúdo material até os ritos procedimentais e processuais, inerentes aos ilícitos e às sanções administrativas. Assim, “[...] En estas condiciones no se sabe hasta qué punto puede hablarse de un Derecho Administrativo Sancionador a secas o de tantos Derechos Administrativos Sancionadores [...]”.³⁹⁵
- b) A fragmentação subjetiva passiva – também embaraça a tese unitarista o fato de se aplicarem sanções administrativas em distintos tipos de relação de sujeição do indivíduo em relação à Administração. Pode, portanto, a pretensão punitiva se estabelecer em uma relação geral de sujeição – que, para Nieto muito pode se aproximar do direito privado ou, numa especial relação de sujeição.³⁹⁶

³⁹³ OSÓRIO, 2020.

³⁹⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

³⁹⁵ Ibid., p. 154.

³⁹⁶ Ibid.

- c) A fragmentação material – que chama atenção ao fato de que todos os subsistemas do Direito Administrativo Sancionador aspirarem autonomia, o que é verificado com maiores evidências na regulação da ordem pública, no Direito Tributário e no Direito Ambiental.³⁹⁷

Essas advertências levaram Eduardo Cordezo Quinzacara a prescrever uma atenta observação, de que “[...] la identidad ontológica debe ser analizada desde una perspectiva normativa [...]”; ou seja, migrar a discussão da filosofia para o campo do pragmatismo.³⁹⁸

A unidade do *jus puniendi* é, logo, afastada por Alejandro Nieto, que reforça o caráter distinto entre os dois subsistemas punitivos.³⁹⁹ A adesão – cada dia mais intensa – de teóricos ao pensamento unitarista poderia estar alinhada àquilo que Alice Voronoff chamou de “freio de arrumação” ou de “acerto de contas do Direito Administrativo Sancionador com ele próprio”.⁴⁰⁰ Um movimento quase paradoxal, porque para sustentar sua autonomia – o que obviamente depende de alinhamento ao Direito, e conformação com a Democracia – esse ramo do Direito tem de se render às premissas de outro, que lhe é estranho e próximo, ao mesmo tempo.

Então, a deliberação sobre uma teorização de um *jus puniendi* unitário é, em certa medida, solução a um problema que há muito se arrasta. Mas carrega consigo uma série de – graves – déficits, como apontados por Alejandro Nieto.⁴⁰¹

³⁹⁷ “[...] dentro de cada uno de los ordenamientos territoriales, las normas se diversifican por materias estableciendo se regulaciones tan distantes como las que nvan desde el medio ambiente a los transportes de viarejos, desde la venta de fármacos al urbanismo. Co, la advertencia de que cada una de estas regulaciones no se limita a descubrir unos tipos propios (lo que parece lógico) aceptando para lo demás el régimen general común, sino que casi todas aspiran a crear in ordenamiento completo, y a ser posible autónomo, que nada deja escapar: las condiciones de autoría y culpabilidad, la responsabilidad, la prescripción y, por supuesto, el procedimiento.” NIETO, 2012, p. 154.

³⁹⁸ NIETO, 2005 *apud* CORDERO QUINZACARA, 2012, p. 146.

³⁹⁹ “La idea del *jus puniendi* único del Estado [...] tiene su origen y alcanza su última justificación en una manera teórica que em Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un cocepto superior y único – un supraconcepto – en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad del régimen. Esto es lo que se ha hecho con la potestad sancionadora del Estado, em la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas: la judicial penal y la administrativa sancionadora. Una técnica que se reproduce simétricamente con el supraconcepto de ilícito común, em el que se engloban las variedades de los ilícitos penal y administrativo y que se corona, em fin, con la creación de un Derecho punitivo único, desdoblado em el Derecho Penal y em Derecho Administrativo Sancionador. [...]provoca la correlativa vinculación esencial de los sectores ordinamentales y del correspondiente aparato teórico elaborado em torno de cada uno de ellos [...] Forcozo es reconocer que se trata de una construcción jurídica admirable tanto por la sencillez de su planta como por su utilidad y porque ha hecho posible la aparición y la rápida maduración del Derecho Administrativo Sancionador [...]”. NIETO, *op. cit.*, p. 124-125.

⁴⁰⁰ VORONOFF, 2018, p. 27.

⁴⁰¹ NIETO, *op. cit.*

4.1.2 O ilícito como categoria jurídica pura

Outra nota que merece registro, antes que se avance, é a reiteração da doutrina na defesa de um status categórico puro da figura do ilícito, que não é exclusivo a nenhum ramo em específico do Direito.⁴⁰²

De certo modo, o perfilamento com a tese – hoje bastante difundida – do caráter de categoria jurídica pura do ilícito, forçosamente indica uma predileção – senão uma consequência lógica – de aderência às teses formalistas.

Isso porque, sugerir uma origem comum a todo tipo de ilícito transgride, aparentemente, uma das premissas básicas da tese substancialista, que, como se verá adiante, recorre a argumentos de ordem jusnaturalistas para dar o fundamento aos ilícitos penais, e, por outra via, recorre a argumentos que tratam de uma mera violação a um dever de cooperação do particular com a Administração para fundamentar os ilícitos administrativos.

⁴⁰² “[...] o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, com o entidade categorial, é revestida de unidade ôntica, diversificada em penal, civil, administrativa, apenas para efeitos de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância [...]”. CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 137. “O ilícito é uma categoria jurídica e, em razão dessa sua natureza, pode operar em diversos ramos do Direito, a exemplo do direito civil (*ex vi* do caso do ilícito civil de improbidade administrativa, previstos na lei 8.429/92), do direito tributário, do direito previdenciário, do Direito Penal e, dentre outros ainda, do Direito Administrativo. Portanto, ele constitui em categoria jurídica [...]”. DEZAN, 2021, p. 13. “A figura do *ilícito*, em si, não é peculiar a nenhum dos ramos da ciência jurídica, nem no âmbito do Direito Público, nem no âmbito do direito privado, pertencendo seu conceito genérico à *teoria geral do direito* que, abstraindo as notas tipificadoras do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, *in genere*, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista.” CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 137, grifo do autor. “O ilícito é uma categoria jurídica, ou seja, não é noção privativa de nenhum dos ramos do Direito vírgulas podendo assumir várias modalidades conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado. Seus elementos são: o ato ou omissão humanos, a infringência à norma legal do ramo considerado, o dano e a responsabilidade; em suma, alguém causando desequilíbrio na ordem natural-legal da sociedade e, pelo seu restabelecimento, devendo responder. O seu fato gerador, portanto, é o ato do homem, pois não se pode de modo algum, supor a ilicitude em fatos do mundo [...]”. ARAÚJO, 1994, p. 23. “Hodiernamente, e por influência de clássicos escritos sobre direito sancionador no Direito Comparado, tende-se a reconhecer no Direito Administrativo brasileiro a existência de um *jus puniendi* geral do Estado, fundamento único da prerrogativa de aplicação das sanções administrativas e do poder de imposição de penas mediante verificação de ilícito penal. Como fundamento de ordem estatal, o *jus puniendi* serviria de elo de ligação do Direito Administrativo sancionador ao Direito Penal por meio do qual princípios e institutos típicos deste sistema seriam transportados ao Direito Administrativo – dentre tantos, o princípio da legalidade estrita, que mesmo no Direito Penal se encontra atenuada com a presença de normas penais em branco e de conceitos indeterminados a delimitar o tipo legal.” PALMA, 2015, p. 88-89. Conocidas son las dificultades para un diagnóstico diferencial de la ilicitud, que entendemos concepto único valido pares todas las disciplinas del Derecho, sin que puedan considerarse siempre satisfactorios los criterios diferenciales, sobre todo, en el caso de regulación paralela del supuesto ilícito por normas de distinta naturaleza.” MELERO, Valentin Silva. El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 13, n. 1, p. 27-36, 1960. p. 27. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1960-10002700036. Acesso em: 20 fev. 2023.

Teriam fundamentos originários diversos, de tal modo que seria difícil concebê-los como originários de um grande bloco jurídico independente, ou seja, da figura do ilícito.⁴⁰³

Em Sandro Lúcio Dezan, a perspectiva unitarista, talvez seja a melhor ilustração daquilo quanto observado por Juliana Bonacorsi de Palma, e já mencionado anteriormente: uma forma de preencher as lacunas deixadas pelo legislador no Direito Administrativo Sancionador.⁴⁰⁴

Isso porque o autor unifica ilícito penal e ilícito administrativo, de modo quase integral, na teoria do conceito analítico-estratificado. Faz, assim, da teoria finalista de Hans Welzel (1904-1977), um modelo analítico supra-epistêmico.⁴⁰⁵ Define o ilícito – e não o crime somente – como sendo “[...] fato típico e suas subdivisões, o fato ilícito ou antijurídico e, também suas subdivisões e, por fim, o fato culpável e suas subdivisões.” E ainda menciona que: “[...] poderíamos, ainda, a depender da precisão da definição do conceito almejado, acrescentar aqui o fato punível e suas subdivisões.”⁴⁰⁶

4.2 SUBSTANCIALISMO E FORMALISMO

Trata-se de tarefa complexa tentar buscar os fundamentos para cada ramo epistêmico do Direito Público sancionador. Parece claro que, até o momento, e mesmo com boas obras já dedicadas ao tema, não se chegou a um produto (acadêmico) em bom grau de acabamento. Todas as teorias apresentam suas deficiências, em verdade, inconsistências, ou mesmo inadequações com outras “pretensões”.

⁴⁰³ “[...] La infracción administrativa, asentada en la infracción del orden, se limita a una acción negativa (u opuesta) cuyo significado y alcance no pasa de los intereses administrativos. Aquí se trata, en primer lugar, de omisiones que realiza el sujeto frente a las ordenanzas administrativas, de modo que no desempeña aquella actividad colaboradora que supone y exige el normal funcionamiento de la Administración [...]”. MELERO, 1960, p. 32.

⁴⁰⁴ DEZAN, 2020; PALMA, 2015.

⁴⁰⁵ Sandro Lúcio Dezan esclarece, entretanto, que: “Em que pese a essa identidade, isso não significa dizer que a teoria do delito é extensível aos demais ramos epistemológicos do direito de punir do Estado, mas, sim, que o Direito Penal se vale de uma teoria-geral do direito de punir do estado, que se estende tanto para o sub-ramo do Direito Penal, quanto para os demais sub-ramos do Direito Público sancionador, do qual o Direito Penal, o Direito Administrativo, o direito tributário, o direito ambiental e outros fazem parte.” DEZAN, op. cit., p. 31.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 24.

Outro ponto de partida, do mais alto relevo, está em observar que todas as teses que buscaram justificar a existência, na filosofia do Direito, de ilícitos penais e administrativos e, conseqüentemente, de sanções penais e administrativas, e suas zonas de aproximação e de distanciamento, promoveram uma valoração, basicamente, de dois elementos identificadores:

- a) elemento teleológico – nesse vetor, discute-se, se há ou não distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo e, os fundamentos filosóficos que justificam cada uma dessas espécies, e ainda, se o ilícito administrativo promove ou não a tutela de bens jurídicos;
- b) o elemento formal – este pode dividir-se em (a) elemento formal objetivo, que faz referência à espécie normativa prescritora do comportamento ilícito, que irá, por consequência, determinar todo o regime jurídico a que se submeterá a apuração da infração e (b) elemento formal subjetivo, na perspectiva da autoridade competente para levar a efeito o ato sancionador.

Portanto, por esses vetores, sendo administrativo o ilícito e a sanção cominada, ou seja, a prescrição do comportamento vedado e da respectiva consequência jurídica (divisão interna do vetor formal) estarão previstos em um regime jurídico administrativo, e a sanção é aplicada por um agente da Administração, no exercício da função administrativa (elemento formal subjetivo).

Uma terceira corrente, qualificada aqui como “quantitativa”, mais próxima do formalismo, defende que a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo está no grau da lesão (ou do perigo de lesão) jurídica provocada.

Diversos fatores contribuem para que não se chegue a um consenso sobre essas teorias qualificadoras da bipartição do *jus puniendi*. O modelo teórico e os sistemas jurídicos internos de cada Estado-nação (ou apenas suas leis, isoladamente), a falta de fixação dos preceitos constitutivos essenciais de cada teoria, bem como – e até em razão da ausência desses critérios de balizamento – a enorme liberdade do legislador, o que para Guido Zanobini, em *Le Sanzioni Amministrative* (1924), revela seu despreparo.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ “Nós, ao invés, acreditamos que a distinção entre as duas categorias de sanções seja um dever da ciência jurídica; não desconhecemos a zona cinzenta e a passagem gradual, de que fala Massari: o despreparo técnico do legislador, a falta de um sistema claro quanto a essa matéria e ainda as exigências da opinião pública e da política punitiva são causas pelas quais, frequentemente, vêm estabelecidas nas leis administrativas certas penas não muito bem determinadas, postas entre o Direito Administrativo e o Direito Penal; mas o intérprete deve estabelecer qual é o caráter decisivo e com base nisso identificar qual é a sanção de um e de outro.” ZANOBINI, 1924 *apud* FERREIRA, Daniel, 2001, p. 54.

Mas parece injusto reportar, exclusivamente ao legislador, culpa pela dificuldade de identificação dos valores informativos de cada setorização do Direito Público sancionador, quando nem mesmo entre os doutrinadores há uma posição de conforto sobre diversos temas incidentes sobre essa matéria.

Retomando: para os países que inspiraram seu Direito Administrativo nos fundamentos do correlato francês, como é o caso do Brasil, existe uma natural tendência às qualificações de natureza formal, como critério de distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Isso porque as fortes estruturas erigidas para dar reforço à ideia de separação dos poderes, muito especialmente para impedir o Poder Judiciário de apreciar os atos da Administração legaram, com naturalidade, uma realidade onde os assuntos administrativos eram sempre tratados fora da jurisdição comum.⁴⁰⁸ Portanto, o elemento formal subjetivo foi, desde sempre, uma “natural” derivação desse modelo.

Por sua vez, o substancialismo, cujos expoentes são os juristas alemães Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) e James Goldschmidt (1874-1940), é uma teorização que, como (também) não poderia deixar de ser, sofreu forte influência do mundo dos fatos. Sua pretensão, mesmo quando não declarada, era, em verdade, de desinflar o sistema punitivo penal, que se tornara demasiadamente extenso e intervencionista, notadamente na Alemanha e na Itália, como consequência do Estado Social. E isso resultava em letargia e ineficiência do sistema punitivo.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ “A construção do critério para definição e identificação do ilícito administrativo foi, então, formal na sua origem francesa, já que o Poder Judiciário não intervinha em assuntos administrativos, logo em matéria de Direito Administrativo. Assim, ilícitos administrativos eram apurados no seio da Administração, processados e sancionados por ela mesma, sem que o Poder Judiciário pudesse revisar o mérito do ato.” LUZ, 2014, p. 105. “A revolução de 1789 veio [sic] encontrar a opinião pública prevenida [...] contra a ingerência dos corpos judiciários nos negócios administrativos. Sob essas influências, excluiu a legislação revolucionária qualquer possibilidade de contacto, entre os poderes Executivo e Judiciário com a lei 16, de 24 de agosto de 1790 [...]. ‘As funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos.’” FAGUNDES, 1979, p. 99.

⁴⁰⁹ “[...] El Estado no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa. Con ello surgía, sin embargo, el peligro de una hipertrofia del Derecho penal. Esta extensión desmesurada del Derecho penal era censurable desde el punto de vista material, al dar lugar a la inclusión en su ámbito de conductas no punibles y desde el punto de vista práctico, pues conducía a un exceso de trabajo de los tribunales. [James] Goldschmidt [1969] propuso, en Alemania, para resolver este problema la segregación de un Derecho penal meramente administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal. Para ello sugirió varios criterios sustanciales de distinción de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo [...]”. MIR, 1975, p. 161. “Com o advento do Estado Social, no início do século XX, aumenta de modo significativo o intervencionismo estatal na sociedade. [...] O incremento do intervencionismo estatal foi acompanhado do correlato aumento da atividade punitiva do Estado, pois o espírito do Estado Social conduziu a uma longa intervenção nos mais variados domínios, desde o econômico, social ou cultural até ao do tráfego.” MELLO, Rafael, 2007, p. 47. “[...] Para conseguir obediência a todos estes comandos tem, porém, o Estado que ameaçar a sua violação com certas reações.” CORREIA, 1997 *apud* MELLO, Rafael, op. cit., p. 47. “[...] Por

Portanto, ainda que tenham, ambas as teorias, sólidas ponderações de lastro filosófico, não é de se ignorar que são também, em forte medida, fruto de demandas de caráter organizacional, em específicos espaços geográficos e momentos políticos.

4.3 O SUBSTANCIALISMO

Tomados os dois vetores analíticos previamente apresentados (teleológico e formal), pode-se dizer, a grosso modo, que o substancialismo descreve fundamentos diversos, a dar origem ao ilícito penal e ao ilícito administrativo, bem como às suas correlatas sanções.

Quanto ao elemento formal, o substancialismo discorre que, sendo administrativo o ilícito, e a sanção cominada, a prescrição do comportamento vedado e da consequência jurídica (divisão interna do vetor formal) estarão previstos em um regime jurídico administrativo, e a sanção será aplicada por um agente da Administração, no exercício da função administrativa (elemento formal subjetivo).⁴¹⁰

No plano histórico, o substancialismo é uma construção muito fortemente apoiada no Direito Penal de Polícia – que deu sustentação – e justificativas – a um regime fascista.⁴¹¹ É, portanto, irmanado com conceitos críticos, que conferem uma perigosa fluidez do Direito, o que se dá por meio de construções teóricas altamente permissivas à Administração, como todo o aparato de justificativas – e suas derivações – do “poder de polícia” e também da “discrecionabilidade”.⁴¹²

Mas a essência do substancialismo, como o próprio rótulo impõe, está em estabelecer uma distinção de natureza ontológica, entre os fundamentos dos ilícitos penais e administrativos, e suas respectivas metodologias sancionatórias.

força de um processo de despenalização, que tinha por objetivo retirar da esfera do Direito Penal ilícitos de menor importância, transferindo-os para o campo do Direito Administrativo, a doutrina alemã do início do século XX procurou demonstrar que havia uma seara própria para os crimes e outra para as infrações administrativas. Para os adeptos de tal corrente, entre crimes e infrações administrativas haveria uma diferença qualitativa [...] observou-se na Alemanha e na Itália um processo de despenalização [...] foi com essa preocupação que surgiram teses sustentando a diferença substancial entre ilícitos penais e administrativos [...]”. MELLO, Rafael, op. cit., p. 47-48.

⁴¹⁰ FERREIRA, Daniel, 2001. Mas, registre-se que, para Fábio Medina Osório, não é a função administrativa o elemento definidor da sanção administrativa, mas sim o “Direito Administrativo”. OSÓRIO, 2020.

⁴¹¹ CORDERO QUINZACARA, 2012.

⁴¹² “[...] bajo las monarquías limitadas germánicas este ámbito [...] siempre daba lugar a un generoso espacio para la discrecionalidad de la Administración.” Ibid., p. 134.

4.3.1 O Substancialismo por seus Proto-Teorizadores

Os mais relevantes expoentes do substancialismo foram os juristas alemães Von Feuerbach e Goldschmidt. Em Feuerbach, haveria dois destacados elementos constitutivos essenciais da natureza diversa entre os ilícitos do Direito Público. Em suas ponderações, (1) recorre a argumentos jusnaturalistas para dar o fundamento das prescrições de natureza penal. Seriam os delitos violações efetivas – diga-se, de perigo concreto – a direitos subjetivos, individuais e, por essa razão, “[...] un injusto ‘natural’ o ‘genuíno’ [...]”⁴¹³; (2) trata o ilícito de polícia (administrativo) com uma aparente indiferença jurídica, mesmo que comine sanção ante a violação da prescrição do comportamento vedado.⁴¹⁴

Goldschmidt elaborou a teoria de um “Direito Penal Administrativo”, de maior integração e interação social, no embalo de um influxo liberal-social, que acabou por demandar uma expansão da atuação do Estado como regulador de novas relações, o que se deu também por meio da vedação a determinados comportamentos, cuja violação importaria sanção.⁴¹⁵

A teoria de Goldschmid, também “substancialista”, e com argumentos jusnaturalistas, distinguia o administrativo do penal a partir do desenvolvimento da noção de um dever de cooperação do cidadão como membro da comunidade, “[...] lo cual le impone deberes en la prevención de peligros y en la promoción del bienestar, materias que están a cargo de la Administración [...]”.⁴¹⁶ Esse seria o argumento fundante das ilicitudes administrativas (teleológico).

Seria, assim, o ilícito administrativo “[...] uma falta de colaboração para com a Administração na consecução do bem público.”⁴¹⁷ Da formulação de outros deveres, não de cooperação, mas de não-intervenção à liberdade de outros indivíduos, surgiria o fundamento

⁴¹³ MATTES, 1979 *apud* CORDERO QUINZACARA, 2012, p. 135.

⁴¹⁴ “[...] las infracciones de policía, en la mayoría de las veces, comprenden acciones que son moral y jurídicamente indiferentes, pues constituyen en sus prescripciones inventos de la ‘policía reinante *pro tempore*’, en cambio los preceptos del genuino derecho penal criminal rigen en todo lugar y todo tiempo [...]”. *Ibid.*, p. 135, grifo do autor.

⁴¹⁵ “El concepto de derecho penal administrativo está estrechamente ligado a la figura de James Goldschmidt [...]”; “[...] Todo esto marca un cambio sustantivo en la conformación de la sociedad, dando lugar a lo que se denominará como Estado social (*Sozialstaat*) o Estado de bienestar (*Welfare State*) [...]”. *Ibid.*, p. 136.

⁴¹⁶ “Los delitos del Derecho penal criminal serían, según Goldschmidt, Wolf, Lange, Bockelmann y Michels delitos «naturales» «per se»; «de Derecho natural», «previamente dados», o «metapositivos», mientras que los delitos administrativos serían «delitos artificiales», o «creados sólo por la voluntad del Estado». Esta distinción es inadmisibile [...]”. *MIR*, 1975, p. 163, grifo do autor.

⁴¹⁷ FERREIRA, Daniel, 2001, p. 56.

para os ilícitos de ordem penal (teleológico).⁴¹⁸ O autor fala em “antijuridicidade”, para se referir às violações de ordem penal e, em “antiadministratividade”, em referência aos ilícitos administrativos.⁴¹⁹

Mas mesmo defendendo um argumento jusnaturalista para a prescrição dos delitos, Goldschmidt fala de um caráter não-absoluto, de tal modo que “[...] puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta en delito, como consecuencia de elevar a la forma de bien jurídico determinados bienes públicos, para mantener el orden jurídico [...]”.⁴²⁰

Para o jusfilósofo, outro critério distintivo para as sanções administrativas, residiria naquilo que foi descrito supra como elemento formal subjetivo: “[...] nos señala que la pena administrativa constituye un poder penal peculiar, incluso originario de la Administración, cuya aplicación o castigo no corresponde a la autoridad judicial [...]”.⁴²¹

4.3.2 Substancialismo na Doutrina Brasileira

Um dos defensores dessa teorização, ao menos em parte, foi José Cretella Júnior. Isso porque o autor estabeleceu uma diferenciação entre os “ilícitos administrativos puros” e os “ilícitos penais administrativos”, aqueles que nesse trabalho são nominados de “infração-crime”.⁴²²

⁴¹⁸ MELERO, 1960.

⁴¹⁹ CORDERO QUINZACARA, 2012.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 137.

⁴²¹ CORDERO QUINZACARA, *op. cit.*, p. 137.

⁴²² “Há diferença ontológica ou de *natureza* entre *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Ou a *diferença* entre ambos os *ilícitos* é apenas de *grau*, de intensidade? Será o *ilícito administrativo* um *minus* em relação ao *ilícito penal*? E, reciprocamente, o *ilícito penal* um *majus* em relação ao *ilícito administrativo*? Depende da modalidade de *ilícito administrativo*. Porque, se o *ilícito administrativo*, for *ilícito* puro, e se exaure na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o *ilícito penal* é ‘ontológica’ ou ‘de substância’, *objeto* que é do *direito administrativo disciplinar*; se se tratar, porém, de *ilícito administrativo* que transcenda o próprio campo do Executivo, para inserir-se também no campo do Direito Penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas de *grau*, diferença quantitativa, sendo o *ilícito penal administrativo* um *minus*, um grau a menos, em relação ao *ilícito penal*. O *ilícito penal administrativo* é um *fato ilícito*, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. É um *crime*, um *delito*, por vezes, uma contravenção, ou de modo mais genérico, *ilícito* ou *infração* que, ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. O *ilícito administrativo puro*, entretanto, afeta específica e diretamente o *serviço público*, a *hierarquia*, a *ordem interna da Administração*. Não transcende a órbita administrativa. O agente público que comete *ilícito administrativo* puro é perigoso internamente, porque compromete o bom andamento do *serviço público*, pondo em risco o prestígio da *função pública*. O agente público que comete *ilícito administrativo penal* é não só dotado de *periculosidade externa*, porque traz em si potencialidade danosa que se projetará sobre o cidadão, como também é dotado de *periculosidade interna*, porque traz em si potencialidade ruinosa que colocará em risco a própria Administração.” CRETELLA JÚNIOR, 1973, p. 143-144, grifo do autor.

Inegavelmente, o desenvolvimento do raciocínio de José Cretella Júnior está ancorado na noção de um ilícito administrativo de proteção interna (da Administração). Nessas notas, estabelece diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo puro. Uma autêntica filiação às teses substancialistas. Já o penalista Damásio Evangelista de Jesus menciona que:

[...] O meio de ação de que se vale o Direito Penal é, como regra, a *pena* criminal, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado.

[...] Há três tipos de pena criminal: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a multa. Existe, ainda, outro tipo de sanção no Direito Penal: a medida de segurança, de caráter eminentemente preventivo, a qual se divide em detentiva (internação em hospital de custódia e tratamento) e restritiva (tratamento ambulatorial).⁴²³

Para Alice Voronoff essa passagem qualificaria o autor como substancialista, do mesmo modo que faz em relação a Luiz Regis Prado, Heleno Cláudio Fragoso, Paulo César Busato e Fernando Capez.⁴²⁴

A administrativista Juliana Bonacorsi de Palma, ao apreciar a possibilidade de acordos substitutivos às sanções administrativas, ressuscita – ou elabora originalmente – uma vinculação da sanção administrativa a um substrato teórico, inegavelmente, substancialista:

O Direito Administrativo conta com normas que conformam o exercício da prerrogativa sancionatória pelo Poder Público, conferindo-lhe peculiaridade em relação ao sistema de Direito Penal, de forma que o transplante de princípios e preceitos próprios deste regime mostra-se inapropriado para lidar com a atuação administrativa sancionatória. A competência sancionatória detida pela Administração Pública não encontra fundamento, portanto, no *jus puniendi* estatal, mas, sum, na prerrogativa sancionatória prevista nos textos legais, a ser exercitada nos termos e limites definidos pelo regime administrativo ao qual se relacione.⁴²⁵

Mas sua defesa de um fundamento intrínseco ao próprio Direito Administrativo se dá, dentre outras razões, para fazer a defesa da consensualidade em substituição às sanções, o que seria possível de se realizar, se se homologasse sua tese substancialista, justificando a celebração de negócios jurídicos processuais (administrativos) com princípios administrativistas expressos na Constituição, muito especialmente o da eficiência.⁴²⁶

⁴²³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. Atualização de André Estefam. 37. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. v. 1. p. 47.

⁴²⁴ VORONOFF, 2018.

⁴²⁵ PALMA, 2015, p. 89.

⁴²⁶ Ibid.

Sua sugestão de haver critérios substancialmente distintos a definir as infrações e sanções administrativas, e a conseqüente anuência com a substituição de sanções por medidas acordadas entrepartes, é extremamente útil no sentido de desburocratizar a máquina pública, e mesmo de contribuir para mitigar o abarrotamento de processos no Poder Judiciário, alguns dos quais resultantes de insurgências contra medidas sancionatórias da Administração. A consensualidade teria o condão de, obviamente, evitar a lide.

Sua vinculação dos acordos substitutivos, à eficiência administrativa, que tem como pressuposto a defesa de critérios essenciais distintivos às sanções administrativas, é uma posição autêntica, merecedora de atenção.⁴²⁷ Isso porque o tratamento da doutrina administrativista é majoritário no sentido de tratar a sanção como um dever da Administração, sem comportar qualquer “desvio”, ainda que finalisticamente buscando justificar-se em maior eficiência da máquina pública.

O tema não é bem explorado na doutrina. Mas é comum que administrativistas tratem a sanção como “dever”. Vide, a título de exemplo, Daniel Ferreira e Rafael Munhoz de Mello.⁴²⁸ Mas também é verdade que, independente de uma teorização mais adequada, acordos substitutivos já são uma realidade, como pontua Juliana Bonacorsi de Palma.⁴²⁹, que

⁴²⁷ “[...] A busca pela eficiência da atividade sancionadora perfilha no campo teórico uma nova forma de compreensão das sanções administrativas, marcadas pela sua instrumentalidade institucional no bojo dos marcos regulatórios de que participam. Esta nova forma de compreender as sanções da Administração Pública é excelentemente retratada na obra de Alice Voronoff e Juliana Bonacorsi de Palma. Esta perspectiva pragmática também espraia-se pelo sistema de direito posto, o que é revelado na alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pautada pelas ideias do contextualismo e consequencialismo presentes no artigo 20 da LINDB, bem como do consensualismo referenciado no seu novo artigo 26.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 92.

⁴²⁸ “[...] toda e qualquer alusão ao dever-poder sancionador como exercício de uma competência também discricionária nos parece, *data maxima venia*, um ledô engano, que não pode subsistir num Estado Democrático de Direito. [...] Nesse modelo atual, um dos seus primados é a isonomia de tratamento, a ser deferida pela Administração Pública a todos os administrados, quer em nível abstrato, quer em grau de concreção. Daí uma justa razão para que, especialmente em frente de atos restritivos de direitos, independentemente do regime de sujeição – geral ou especial -, todos sejam sempre tratados em absoluta igualdade de condições. [...] uma vez constatada a infração, mediante o devido processo, deva ser a sanção.” FERREIRA, Daniel, 2001, p. 41. “Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de conseqüência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, Pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. De conseqüência, não há que se falar em liberdade para Administração Pública na imposição sanção administrativa. Ocorrendo o ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção administrativa é vinculada.” MELLO, Rafael, 2007, p. 71.

⁴²⁹ “A tendência de positivação da consensualidade em matéria ambiental se confirma na década de 1990 por meio da edição do Decreto 99.274/1990, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e do Decreto 3.179/1999, que disciplina as infrações lesivas ao meio ambiente e suas sanções. O primeiro decreto prevê, em seu art. 42, a possibilidade de suspensão da exigibilidade das multas mediante celebração de termo de compromisso em que se obrigue o infrator à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a

menciona os modelos de consensualidade instituídos na Comissão de Valores Mobiliários, no CADE e nas Agências Reguladoras.⁴³⁰

O modelo consensual administrativo vem se proliferando no Brasil, fruto, mais de uma necessidade de desafogamento da máquina pública, do que, propriamente, de formulações no campo teórico. Exemplos não faltam.

A CGU estabeleceu, por meio Instrução Normativa CGU n. 4, de 17 de fevereiro de 2009, “Considerando a obediência aos princípios da eficiência e do interesse público por meio da racionalização dos procedimentos administrativos [...]”, o Termo Circunstanciado Administrativo.⁴³¹ Aplicado nos casos de “Art. 1º Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor[...]”.⁴³² A consensualidade para a resolução do Termo foi disposta nos artigos 4º e 5º:

Art. 4º Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 2º.

§ 1º. O ressarcimento de que trata o caput deste artigo poderá ocorrer:

I – por meio de pagamento;

II – pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou

III – pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.

Art. 5º É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.⁴³³

degradação ambiental. Ademais, uma vez cumprido pacto, o valor da multa pode ser reduzido em até 90% caso o compromissário compra as medidas específicas. O decreto 3.179/1999, revogado pelo Decreto 6.514/2008, autorizava substituição de multa diária pela cessação ou regularização da situação do infrator pela assinatura de termo de compromisso de reparação de dano.” PALMA, 2015, p. 200.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa n. 4, de 17 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA). Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 34, 18 fev. 2009c. Não paginado. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33689/13/IN_CGU_04_2009.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴³² “Art. 1º [...]. Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se prejuízo de pequeno valor aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” Ibid.

⁴³³ Ibid.

Ainda que a Instrução Normativa n. 4/2009 mencione “encerramento da apuração”, está-se, obviamente, diante de uma cláusula exorbitante de extinção da punibilidade ao agente causador do dano culposo.

Também a CGU, por meio da Instrução Normativa CGU n. 2, de 30 de maio de 2017, avançando no terreno do modelo conciliatório, possibilitou, em todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta administrativos, nos seguintes termos (arts. 1º, 2º e 4º, § 2º):

Art. 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa. Parágrafo único. Para os fins desta instrução normativa, considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

Art. 2º Por meio do TAC o agente público interessado assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa e compromete-se a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente.

Art. 4º [...]:

§ 2º Quando o prejuízo ao erário for de valor igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e não sendo aplicável o § 1º deste artigo, poderá ser celebrado TAC, desde que promovido o ressarcimento pelo agente responsável.⁴³⁴

⁴³⁴ BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa n. 2, de 30 de maio de 2017. Determina que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 103, p. 43, 31 maio 2017a. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33687/10/Instrucao_Normativa_2_Extrato_TAC%20_2017.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

A Lei Ordinária Estadual n. 3.278, de 21 de julho de 2008, do Amazonas, estabeleceu a Transação Administrativa Disciplinar.⁴³⁵ A Lei Estadual Lei n. 1.818, de 23 de agosto de agosto de 2007, do Tocantins, previu nos artigos 147 e 148, o modelo de “ajustamento de condutas”.⁴³⁶

E a Polícia Rodoviária Federal, por meio da Portaria n. 1.038, de 20 de junho de 2014, do Ministério da Justiça, instituiu o Compromisso de Adequação Funcional.⁴³⁷

Progressivamente vem se solidificando um modelo negocial alternativo à resolução de conflitos. Mas não só. Também tem havido notáveis proposições – ainda quem em volume muito menor – no sentido, não só de composição entrepartes, mas de instrumentalização da Administração de mecanismos cautelares, o que parece bastante adequado para a infração-crime, onde a pronúncia definitiva do juízo criminal poderá impactar sobremaneira a apuração da sanção administrativa.

⁴³⁵ “Subseção I. Da Transação Administrativa Disciplinar. 53. O superior hierárquico ao tomar conhecimento da ocorrência de fato que configure hipótese de transgressão administrativa de natureza leve, punível com advertência, ou de natureza média, cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 10 (dez) dias de suspensão, intimará o suposto autor, podendo propor ao mesmo Transação Administrativa Disciplinar, para que se comprometa a não incidir em nova conduta infracional e, se for o caso, a reparação do dano que tenha causado ao erário.” AMAZONAS. Governo do Estado. Lei Ordinária n. 3.278, de 21 de julho de 2008. Institui o regime disciplinar dos servidores do Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas, revoga dispositivos da Lei n. 2.271, de 10 de janeiro de 1994, unifica procedimentos aplicáveis à Polícia Civil e ao Departamento de Trânsito, assimila as regras de procedimentos disciplinares na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado do Amazonas**, Manaus, n. 31.389, p. 1, 21 jul. 2008. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2008/7733/7733_texto_integral.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴³⁶ “Subseção Única. Do Ajustamento de Conduta. Art. 147. Pode ser elaborado termo de compromisso de ajuste de conduta quando a infração administrativa disciplinar, no seu conjunto, apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública. Parágrafo único. Para fins do que dispõe o caput deste artigo, considera-se como essencial: I – inexistir dolo ou má-fé na conduta do servidor infrator; II – que o histórico funcional do servidor e a manifestação da chefia imediata lhe abonem a conduta. Art. 148. Como medida disciplinar, alternativa de procedimento disciplinar e de punição, o ajustamento de conduta visa a reeducação do servidor, e este, ao firmar o termo de compromisso de ajuste de conduta, espontaneamente, deve estar ciente dos deveres e das proibições, comprometendo-se, doravante, em observá-los no seu exercício funcional.” TOCANTINS. Governo do Estado. Lei n. 1.818, de 23 de agosto de agosto de 2007. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. **Diário Oficial [do] Tocantins**, Palmas, n. 2.478, p. 1-21, 24 ago. 2007. p. 14. Disponível em: <https://doe.to.gov.br/diario/708/download>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴³⁷ “Art. 3º O Compromisso de Adequação Funcional (CAF) é a manifestação escrita do servidor por meio da qual se compromete a adequar sua conduta funcional.” BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 1.038, de 18 de junho de 2014. Regulamenta as ações de correção preventiva relacionadas ao Acompanhamento Gerencial de Serviço (AGS) e ao Compromisso de Adequação Funcional (CAF), no âmbito do Departamento de Polícia Rodoviária Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 jun. 2014. Não paginado. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227560-acompanhamento-gerencial-de-serviuo-ags-e-ao-compromisso-de-adequauuo-funcional-caf-no-umbito-do-departamento-de-polucia-rodoviuria-federal-regulamenta-as-aues-de-correged.html>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Ambos os instrumentos (consensualidade e o regime de cautelaridades) concorrem para: (a) o desafogamento da máquina pública de fins persecutório-punitivos, e (b) maior segurança do Direito Administrativo Sancionador.

Se, por um lado, a consensualidade promove composição entrepartes, o que tende a gerar reflexões subjetivas e, assim, evitar a reiteração de condutas indesejadas, e também reduz significativamente o volume de processos administrativo, cujos prazos são, via de regra, muito extensos – notadamente objetivando dar cumprimento aos direitos dos acusados em geral –, a cautelaridade, por sua vez, torna a Administração menos açodada na busca de uma pronúncia definitiva sobre um potencial ilicitude.

No caso de infrações-crime, ou mesmo em outros casos em que a Administração está jungida à pronúncia de um órgão com jurisdição – vide, por exemplo, o artigo 132, incisos I e IV, da Lei n. 8.112/1990 – a cautelaridade tem a capacidade de, até mesmo no plano político-institucional, preservar a imagem institucional, por não exigir que se aguarde uma pronúncia definitiva para, de certa forma, dar satisfação à sociedade das providências adotadas.⁴³⁸

Mas a adesão desse instrumento pela Administração brasileira ainda está em estágio embrionário. A legislação ainda é, como qualifica Flávio Garcia Cabral “difusa, desorganizada e, por vezes, lacônica.”⁴³⁹

Diante de tamanha indiferença com o tema, que resulta em parca literatura e em leis não muito bem estruturadas, o autor transita habilmente pelos instrumentais da legalidade, da juridicidade administrativa, do princípio da eficiência, do interesse público, entre outros, para defender a possibilidade de tais provimentos, mesmo na ausência de lei formal expressamente autorizativa, ou que dê a disciplina ao mecanismo como meio de prevenção.⁴⁴⁰

⁴³⁸ BRASIL, 1991.

⁴³⁹ CABRAL, 2021.

⁴⁴⁰ “[...] embora, como regra, haja a necessidade de uma lei que preveja, ainda que de maneira ampla, a possibilidade de se adotar medidas cautelares administrativas, existem outros fundamentos que embasam a existência de um poder cautelar estatal, exemplo do princípio da supremacia do interesse público, da eficiência, da boa administração entre outros. Isso significa que, em situações limites, em casos de Evidente e patente risco de danos a bens jurídicos constitucionalmente tutelado, cuja atuação para impedir esses danos se mostre de extrema urgência, dentro da lógica da juridicidade (ultrapassando a simples legalidade), pode-se acolher, de maneira juridicamente legítima, a existência de procedimentos cautelares administrativos sem que haja uma lei formal que assim autorize de maneira expressa.” Ibid., p. 68-69.

Se para ambos os instrumentais não faltam bons argumentos para dar subsídio, por outro, diante de uma Administração historicamente pouco confiável, permeada por interesses não muito republicanos, a migração, ou mesmo a ampliação desmesurada desses instrumentos poderia elevar o risco de uma atuação administrativa desviante, “personalizada” caso a caso.⁴⁴¹

Mas tanto a consensualidade como a celebração de acordos substitutivos de sanções, são proposições que muito se apoiam na ideia de dinamização da máquina pública, ou mesmo de promoção da sua eficiência. Suas justificativas dependem – ou são mais facilmente dadas – do acolhimento das teses substancialistas, porque passam a depender, tão somente, de justificativas colhidas nas cercanias do Direito Administrativo. Não é por acaso que Juliana Bonacorsi de Palma esforça-se em demonstrar a existência de uma prerrogativa sancionatória como subproduto do Direito Administrativo.⁴⁴²

4.3.3 Uma Anotação Crítica ao Substancialismo

Uma das precárias ideias conduzidas pelas teorias substancialistas está em negar a função de tutela de bens jurídicos pelos ilícitos e sanções administrativas, tratando-os como uma ocorrência moralmente indiferente para o Direito. É a crítica de Eduardo Cordezo Quinzacara e de Adolf Merkl.⁴⁴³

⁴⁴¹ Vide críticas de Fábio Medina Osório e José Armando da Costa, este último dirigindo-as aos processos administrativos de natureza disciplinar: “O sistema punitivo interno das Administrações Públicas, onde se desenvolve a esmagadora maioria dos processos sancionadores de Direito Administrativo, está viciado por falhas e lacunas estruturais. As autoridades administrativas brasileiras, expostas ao poder imperial dos políticos que ocupam posições estratégicas nos primeiros escalões, não alcançam níveis adequados de imparcialidade e independência para o enfrentamento das demandas punitivas. [...] Curiosamente, mesmo nas instituições mais insuspeitas, como o Ministério Público e o Judiciário, na via Administrativa *stricto sensu*, apenas recentemente é que determinadas garantias começam a ser observadas nos processos punitivos.” OSÓRIO, 2020, p. 68-69. “Se nem mesmo o poder judiciário, com todas as garantias que lhe cercam, faz valer sempre a norma incidente, o que se poderá, então, dizer das comissões de processo disciplinar que, além das nefastas influências que sofrem ao longo do caso, não dispõem de nenhuma garantia legal. [...] o único rigor advém da reprovação da própria consciência desses membros. O que, em regra, não só acontecer.” COSTA, José Armando da. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 106.

⁴⁴² PALMA, 2015.

⁴⁴³ “[...] La idea de que los ilícitos administrativos no dan lugar a una lesión o al peligro concreto de un bien jurídico, como ocurre con los delitos, es sumamente discutible, pues da a entender que estas conductas serían indiferentes desde un punto de vista ético-social. Bien señala Welzel, que el legislador no establece sus mandatos o prohibiciones para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado de situación valiosa, o impedir la producción de un daño. Además, la tesis sustancialista necesariamente excluyen del ámbito de los ilícitos administrativos el concepto de bien jurídico, colocando como objeto de protección el interés de la Administración, siendo que es muy difícil separar cuando está en juego dicho interés o un bien jurídicamente valioso [...]”. CORDERO QUINZACARA, 2012, p. 140. “Otro critério,

É de difícil aceitação a teorização que permite sancionar diante do descumprimento de um dever legal, mas que menciona ser o ilícito (o administrativo) moralmente indiferente, se é o fundamento ético-moral a base de sustentação em que se pautam os legisladores para criar a prescrição normativa que veda determinados tipos de comportamento e, conseqüentemente, punindo-os.

Diferentemente, Sandro Lucio Dezan parte do pressuposto de que “[...] o ilícito de direito administrativo [...] apresenta a função de proteção de bens jurídicos [...]”.⁴⁴⁴ Do mesmo modo o espanhol José Cerezo Mir⁴⁴⁵, que relata ainda que Friedrich Albert Lange (1828-1875), filósofo e sociólogo alemão, um dos substancialistas seguidores de James Goldschmidt, após crítica de Hans Welzel, tentou esquivar-se da pecha jusnaturalista:

[...] Lange [1957] ha precisado que su distinción de delitos «naturales» y «artificiales» no se fundamenta en una concepción iusnaturalista. Lange quiere decir únicamente que delitos «naturales» o del Derecho penal criminal serán en cada momento histórico aquellas acciones delictivas que sean ético-socialmente relevantes, o que tengan una significación cultural. El delito administrativo será siempre [...] una acción irrelevante para la ética social o culturalmente indiferente [...].⁴⁴⁶

Permanecia, ainda assim, o inconveniente pressuposto de ser o ilícito administrativo uma figura indiferente no plano ético-social, puramente formal, mesmo cominando sanção ao descumprimento do dever estabelecido.⁴⁴⁷

bastante cercano a éste, para diferenciar los dos campos, busca en la diferenciación entre los delitos graves y leves una base ética, diciendo que el *derecho penal criminal* castiga las acciones *moralmente reprobables*, mientras que el *derecho penal administrativo* acciones y omisiones *moralmente indiferentes*. Pero éste es un supuesto desmentido de hecho por el derecho positivo. No es posible admitir que el bafiarse en un sitio prohibido, dado caso de que sea penable por los tribunales, constituye delito más grave que la instalación de una fábrica de materias explosivas, porque esta transgresión se halla sometida únicamente a una sanción administrativa. No es posible, sin prejuicio, identificar la injusticia criminal con la injusticia moral, y sostener que la transgresión administrativa no tiene más que un alcance jurídico, mientras que, moralmente, es relevante, si se tiene en cuenta que el derecho penal de algunos Estados tenidos por cultos consideran como crímenes, castigados con la cárcel o el presidio, las injurias a Su Majestad o a los miembros de la Casa Real, mientras que la explotación de niños en trabajos que los perjudican moralmente o en su salud se castigan, si es caso, con una sanción administrativa bastante modesta.” MERKL, 1975, p. 353, grifo do autor.

⁴⁴⁴ DEZAN, 2020.

⁴⁴⁵ MIR, 1975.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 163, grifo do autor.

⁴⁴⁷ “La afirmación de que lo ilícito administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente no me parece convincente. El legislador no establece sus mandatos y prohibiciones, como dice Welzel [1957], para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos, o impedir la producción de un daño [...]”. Ibid., p. 164.

Portanto, a tentativa de estabelecer critérios substancialmente distintos para os ilícitos penais e administrativos, que resulta na proposição de não ser o ilícito administrativo dedicado à proteção de bens jurídicos, apresenta-se, diante de todas essas evidências, equivocada.⁴⁴⁸

4.4 O FORMALISMO

Tomados os dois vetores analíticos previamente dados, tem-se que o formalismo descreve fundamentos idênticos, a dar origem ao ilícito penal e ao ilícito administrativo, bem como às suas correlatas sanções, diga-se, a proteção de bens jurídicos (elemento teleológico), mas a opção por prescrever a proibição do comportamento, em norma da primeira ou da segunda espécie, é uma escolha legislativa legítima, uma política legislativa, criadora do elemento formal objetivo.

As teses formalistas se desenvolveram como contraponto a Goldschmidt, e tem em comum a ruptura com a ideia de haver substratos distintos a justificar os diversos tipos de ilícitos.⁴⁴⁹

4.4.1 O Formalismo por seu Proto-Teorizador

Para Adolf Merkl é impossível distinguir, em essência, penal e administrativo (sancionador), e conclui que essa distinção ocorre a cargo do direito positivo.⁴⁵⁰ O autor defende os seguintes critérios para qualificar o Direito Penal Administrativo, como o chama:

⁴⁴⁸ Tema será retomado no item seguinte.

⁴⁴⁹ CORDERO QUINZACARA, 2012.

⁴⁵⁰ “Se pierden inútiles esfuerzos tratando de determinar qué figuras delictivas corresponden al derecho penal criminal y cuáles al derecho penal administrativo. Se crea que era posible lograr notas internas distintas para ambos tipos y, con ello, para la demarcación de las esferas respectivas de sus derechos penales, de modo que el derecho positivo, al repartir la competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas, no haría sino dar satisfacción a una necesidad derivada de la naturaleza del hecho sometido, en cada caso, a la sanción penal. Se trata de una idea quimérica. Del mismo modo como es imposible deducir de la naturaleza de una materia jurídica dada si se trata de materia judicial o administrativa, sino que ello resulta de la atribución de competencia verificada por el derecho positivo, así también sólo el derecho positivo puede contestar a la pregunta de si un hecho determinado corresponde al derecho penal judicial o al administrativo, según sea la forma en que se hallen establecidas las competencias.” MERKL, 1975, p. 350.

- a) São sanções administrativas aquelas ações ou omissões punidas por uma autoridade administrativa (elemento formal subjetivo);⁴⁵¹
- b) A Justiça Penal Administrativa é sub-ramo da jurisdição penal, que se subdivide entre esta e a Justiça Penal (ou criminal) propriamente dita;⁴⁵²
- c) A alocação de figuras típicas em um ou outro ramo do Direito Sancionador é uma tarefa que está a cargo do legislador, não havendo qualquer figura “naturalmente” adstrita ao Penal ou ao administrativo;⁴⁵³
- d) O Direito Penal Disciplinar integra a Justiça Penal Administrativa;⁴⁵⁴
- e) Ilícitos administrativos também promovem tutela de bens jurídicos.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ “El llamado derecho penal administrativo consiste en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las acciones u omisiones antijurídicas. Lo esencial del derecho penal administrativo es la imposición de la sanción, por medio de una autoridad administrativa, y no la ejecución de la misma.” MERKL, 1975, p. 347.

⁴⁵² “Resulta que los órganos de la administración no sólo participan en la legislación material junto con los órganos de la legislación formal, y con los órganos de la justicia en la jurisdicción en general, sino que, muy especialmente, se reparten con los órganos de la justicia penal la jurisdicción penal, Mediante esta participación, queda roto el monopolio de la justicia en materias penales, y la jurisdicción penal queda articulada en dos ramas: la justicia penal o criminal y la justicia penal administrativa.” Ibid., p. 348.

⁴⁵³ “[...] no existe actividad alguna que, esencialmente, tenga que estar reservada a la justicia o a la administración. Ello depende siempre de la libre disposición del legislador.” Ibid., p. 348.

⁴⁵⁴ “[...] la competencia de las autoridades administrativas para imponer penas correctivas a las partes o testigos que se retrasan en el procedimiento administrativo constituye un caso típico de administración de justicia por parte de la administración. También entra dentro de esta categoría el derecho penal disciplinario contra los funcionarios públicos. Ibid., p. 348-349.

⁴⁵⁵ “[...] es especialmente imposible reducir la diferencia jurídico-positiva entre el derecho «criminal» y el derecho «penal administrativo» a una oposición entre valores ajenos al derecho, de modo que al derecho penal judicial compitiera la descalificación de acciones moralmente relevantes, mientras que al derecho penal administrativo la descalificación de acciones moralmente insignificantes. [...] Cuando se opone la sanción administrativa, como acto de defensa de la administración, a la sanción «criminal», como reacción del orden jurídico contra su violación, esta oposición no es más que una aplicación de aquella otra, más general, entre administración y derecho. [...] Si la administración es una función jurídica, la pena administrativa es también una función jurídica, y una función jurídica que tiene lugar como reacción frente a lo antijurídico, frente a la lesión del derecho administrativo.” Ibid., p. 348 e 355.

4.4.2 Formalismo na Doutrina Brasileira e Estrangeira

A doutrina administrativista brasileira está bastante marcada pela defesa da corrente formalista, cujos fundamentos estão intimamente ligados a ideia de um *jus puniendi* unitário.⁴⁵⁶

Entre doutrinadores do Direito Administrativo, vê-se solidificar, com ampla margem de segurança, o pensamento formalista. Vide a exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello, Sandro Lúcio Dezan e Daniel Ferreira.⁴⁵⁷ Para Daniel Ferreira os arrazoados estão pautados nos seguintes argumentos:

Tal critério - o do regime jurídico aplicável (formal) – é o por nós também eleito, pelas seguintes e manifestas razões:

Ao cientista do Direito não é dado afirmar como deve ser o Direito, mas tão-somente descrever o Direito, *hic et nunc*, em linguagem científica adequada [...];

Considerado o ilícito como sendo o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que verifica na sanção sua direta e imediata consequência jurídica, ressaí inexistir diferença essencial entre delito e infração, tornando-se os mesmos diferenciáveis tão-somente após a verificação do sentido, conteúdo e alcance da referida regra de Direito. O grau de reprovabilidade da conduta praticada, a nosso ver, não altera a sua essência, importando essa indistintamente um comportamento devido frente ao ordenamento, como diria Kelsen;

⁴⁵⁶ “Na literatura nacional, tem destaque a posição de autores administrativistas que partem da origem comum do poder punitivo do Estado (o *jus puniendi* único) para dela extrair consequências relevantes. A primeira delas é que não existiriam diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas. Por isso, caberia ao Estado decidir, no âmbito de sua discricionariedade político-legislativa, entre tipificar ilícitos de uma ou de outra espécie, ou até de ambas. Logo, a diferença entre esses institutos jurídicos decorreria exclusivamente do elemento formal, *i.e.*, do regime jurídico escolhido pelo legislador. Regime esse, por sua vez, construído em larga medida a partir da transposição de garantias típicas da seara criminal à administrativa, ainda que com nuances.” VORONOFF, 2018, p. 57.

⁴⁵⁷ “[...] Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção [...]”. BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 871. “Considerando a afirmação de que o ilícito administrativo e o ilícito penal, a exemplo de outros ilícitos ainda de natureza punitiva instituídos pelo Estado, são espécies do gênero ilícito de Direito Público sancionador, verifica-se, de fato, apenas a distinção epistemológica e não a distinção em essência. A diferença entre uns e outros é de cunho formal, trazida a lume pelo direito-texto, no momento de suas positivações para as prescrições das normas jurídicas proibitivas. Não há, assim, uma distinção ontológica; de cunho essencial entre a natureza categórica entre, por exemplo e como assinalado, o ilícito de Direito Penal (crimes e contravenções) e o ilícito de Direito Administrativo, ambiental, tributário, cível de improbidade administrativa, etc., de Direito Público ou, notadamente, em relações jurídicas em que o caráter público dos interesses protegidos (bens jurídicos e objetivos) se façam presentes.” DEZAN, 2020, p. 21. “[...] restou razoavelmente pacificada a busca de identificação de um critério por meio do qual fosse possível diferenciar o ilícito penal do administrativo. Verificadas todas essas correntes, parece-nos de extrema felicidade e fidelidade a encampada por Perez e Sanchez, pela qual o único admissível é o formal e, mais do que isso, o é porque ‘no puede saberse a priori qué infracciones serán delito y cuáles se calificarán de contravenciones’”. FERREIRA, Daniel, 2001, p. 59-60, grifo do autor.

Em terceiro lugar, dado o ilícito, deve-se a sanção – ou seja, mesmo em termos lógicos não há por que distinguir os ilícitos entre si (penal, administrativo, civil etc) e as correspondentes sanções (de mesma tipologia, de maneira que todos os que buscam separações dessa ordem pecam pela própria incongruência lógica do raciocínio.

Sem restar alternativa outra, temos para nós, então, que o fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente.⁴⁵⁸

O mesmo não se pode dizer quanto à doutrina especializada na seara penal, cuja predileção se dá pelas teses substancialistas ou por um modelo “transitório”, aqui tratado como “formalista-quantitativo”.⁴⁵⁹

Essa posição mais acolhida, mas não com exclusividade, por penalistas, de um ilícito penal distinto do administrativo em razão do seu maior potencial de dano, ou do dano concretamente produzido, é mesmo um pensamento de difícil qualificação, por uma única razão: a falta de fixação de um parâmetro material para o modelo formal.⁴⁶⁰

Para Rafael Munhoz de Mello, esse “quantitativismo” é, em parte, formalista, porque também “[...] afasta a ideia de que ilícito penal e ilícito administrativo são fenômenos distintos [...]”, ao reconhecer a impossibilidade de “[...] encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo [...]”, como também salienta José Cerezo Mir.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ FERREIRA, Daniel, 2001, p. 60.

⁴⁵⁹ “Na literatura penal, a percepção sobre o poder punitivo estatal é em parte diversa. Em grau ou em qualidade. Entre os penalistas, prevalece o entendimento de que sanções e ilícitos penais e administrativos ou são diversos em sua intensidade, ou em sua essência. Mas são efetivamente diversos, por razão que vai além do elemento formal (regime jurídico). Esses autores, ademais, enfatizam o caráter subsidiário do Direito Penal e seu viés retributivo.” VORONOFF, 2018, p. 70.

⁴⁶⁰ Registre-se a posição do administrativista José Cretella Júnior: “No campo do direito, o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, com a entidade categorial, é revestida de unidade ôntica, diversificada e m penal, civil, administrativa, apenas para efeitos de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância. Desse modo, o ilícito administrativo caminha e m plano menos elevado do que o ilícito penal, é um *minus*, e m relação a este, separando-os o matiz de oportunidade e de conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas.” CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 137.

⁴⁶¹ MELLO, Rafael, 2007, p. 57; MIR, 1975, p. 166.

Mas é um formalismo *sui generis*, porque pretende acrescentar um critério ao formalismo puro, retirando – em parte – do legislador, a plenitude de liberdade para exercer seu ofício.⁴⁶²

Nota-se um grande aporte ao formalismo e ao formalismo-quantitativo na Espanha, por razões históricas. Se na Alemanha, o desenvolvimento de teses substancialistas desejava desinflar o sistema penal, para os espanhóis, a concepção de teses formalistas buscava dar substrato teórico à redução da potestade sancionadora da Administração (e não do Direito Penal), que se expandiu em demasia com o advento do Estado Social.⁴⁶³

4.4.3 Um formalismo-quantitativo

Se na Espanha, o formalismo e o formalismo-quantitativo – este, a reboque da teoria de José Cerezo Mir – forneceram as justificativas para um processo de desadministrativização, em razão da hiperinflação do Direito Administrativo Sancionador nos tempos do Estado Social.⁴⁶⁴ No Brasil, por sua vez, identificam-se, como menciona Alice Voronoff, inclinações da doutrina em todas as direções. Porém, entre administrativistas, o formalismo “puro” é largamente difundido.

⁴⁶² “Os adeptos da corrente quantitativa também pretendem diferenciar os ilícitos penais e administrativos com base em critério material, mas abandona não a tese da diferença qualitativa. Ilícito penal e ilícito administrativo seriam um mesmo fenômeno, ao contrário do que sustentam as teorias qualitativas; não se utiliza, aqui, a distinção entre interesses da coletividade e interesses da administração para diferenciar os dois tipos de ilícito. O critério de diferenciação seria quantitativo: condutas mais graves seriam apenadas com sanção penal, condutas menos graves com sanção administrativa. A posição foi defendida, no direito espanhol, por José Cerezo Mir.” MELLO, Rafael, 2007, p. 54.

⁴⁶³ “En nuestro país el problema se ha planteado de un modo diferente» pues el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, como en los restantes países europeos (Alemania, Francia, Italia), sino al desarrollo de un desmesurado poder sancionatorio de la Administración misma. En nuestro país se reclama no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal, sino una desadministrativización de la actividad sancionatoria de la Administración o al menos la sujeción de la misma a algunos de los principios fundamentales del Derecho penal (principio de legalidad, de retroactividad de las leyes favorables, y de la culpabilidad) y la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas [...]”. MIR, 1975, p. 162, grifo do autor. “No direito espanhol, diferentemente, o aumento do intervencionismo estatal não conduziu a uma hipertrofia do Direito Penal. Pelo contrário, ouvir intenso crescimento do Direito Administrativo sancionador. É dizer, a maior intervenção estatal na sociedade, inerente ao advento do Estado Social, não levou ao aumento do número de ilícitos penais, mas sim ao crescimento do número de ilícitos administrativos. A hipertrofia, na Espanha, ocorreu no Direito Administrativo sancionador. [...] a ideia de despenalização era absolutamente estranha ao direito espanhol. [...] A preocupação era reduzir a atividade punitiva da administração Pública, ou, quando menos, aplicar em tal setor da atividade administrativa os mesmos princípios do Direito Penal.” MELLO, Rafael, op. cit., p. 55-56.

⁴⁶⁴ MIR, op. cit.

Já entre penalistas, há uma parcela significativa da doutrina que se inclina ao formalismo-quantitativo. É, nesse sentido, por exemplo, o pensamento de Nelson Hungria e de outros respeitáveis jusfilósofos:

A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. [...] não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. [...] a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao *ilícito* penal [...].

[...] A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás, reconhecido por Goldschmidt, de que “existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo” [...]. A disparidade entre um e outro – repita-se – é apenas *quantitativa*[...].

[...] Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*[...]. [...] São *species* do mesmo *genus*[...].⁴⁶⁵

Trata-se de uma variante descritiva do que enuncia José Cerezo Mir:

[...] Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo [...].

La exclusión del *concepto* del bien jurídico del ámbito del llamado Derecho penal administrativo carece de fundamento. No es posible precisar una diferencia entre los intereses de la Administración (el contener la inflación, por ejemplo, en el art. 574 núm. 1) tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos [...]. Si el interés de la Administración es a veces sólo *ratio legis*[...], también lo es la protección de los bienes jurídicos en los delitos de peligro abstracto del Derecho penal criminal. Si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la -sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo [...].

[...] El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica.

La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal. La imposición de la sanción administrativa será también con frecuencia expresión de un juicio desvalorativo ético-social [...]. Entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. p. 24 e 26-27, grifo do autor. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>. Acesso em: 20 fev. 2023. Sendo que, “A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten) están (...) vinculadas con ella’.” WELZEL, 1956 *apud* SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 136.

⁴⁶⁶ MIR, 1975, p. 164-166, grifo do autor.

A distinção entre estes institutos jurídicos típicos do *jus puniendi* estatal possuiriam, como traço diferenciador entre si, apenas um critério formal (valorativo-quantitativo), aferido pelo grau de ofensa ao bem jurídico.⁴⁶⁷ É, portanto, a consequência de um juízo valorativo do legislador sobre lesão ou o perigo de lesão considerado.

Pode-se sugestionar alguns motivos para haver, no Brasil, uma divergência tão bem marcada entre penalistas e administrativistas, também remissivas aos fenômenos de expansão, tanto do Direito Penal, como do Direito Administrativo.

O Brasil viveu no início do século XX um processo de expansão do Direito Penal, marcado, dentre outros signos, pela criação de tipos penais desvinculados do desvalor ético-social sobre uma lesão concreta, mas comprometidos com a prevenção. Expressão singular desse processo, a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941), carrou para o âmbito penal o “espírito” de tutela antecipada, e de controle social. Alguns dispositivos, aliás, deixaram-se eivar de preconceito, como a “embriaguez”, a “vadiagem”, e a “mendicância”, tamanha era a marca da “prevenção”.⁴⁶⁸

Também está presente nessa Lei um fortíssimo espírito administrativizado da tutela penal, que se nota pela prescrição de ilícitos de cunho preventivo, ou que se diga, há um contágio pela estruturação administrativa de um “poder de polícia de ordem pública”, genérico e amplo, que marca quase todos os ilícitos contravencionais.

Essa inflação à moda brasileira do Direito Penal também poderia explicar o porquê de penalistas aderirem às teses substancialistas ou às formalistas-quantitativas. Também por aqui, poder-se-ia aludir a um meio de justificar a migração de condutas penais, para o Direito Administrativo Sancionador, após um diagnóstico de inchaço do sistema penal, que poderia, progressivamente, conduzi-lo ao colapso, quando menos, à ineficiência crônica.

Some-se a isso que, parece justificável que entre estudiosos do Direito Penal – de modo geral – um formalismo-quantitativo seja mais bem-sucedido. A cognição atávica dos penalistas está afeta à teorização de um Direito Penal como *ultima ratio*, de intervenção mínima, cuja aptidão sancionatória é adquirida apenas diante de “graves ofensas”. A

⁴⁶⁷ “[...] Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado, positivamente por el legislador. En la redistribución de la materia ha de tener en cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción) [...]”. MIR, 1975, p. 169.

⁴⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

dicotomia “grande lesão” *versus* “pequena lesão”, presente nas discussões da tipicidade material, sob o manto do princípio da ofensividade, é lição comezinha e bastante difundida nesse meio jurídico. Não é de se estranhar que uma teorização que reporte, de igual modo, critérios dessa ordem, para distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo, ganhe a predileção dos penalistas.

Por outro lado, entre administrativistas, a adesão ampla ao formalismo pode ser explicada pela expansão vertiginosa do Direito Administrativo Sancionador na década de 1990. Não exatamente para conter esse processo, cujas consequências maléficas apenas começaram a se desenhar, e a serem bem compreendidas. Era preciso, entretanto, dar conformação teórica ao que o legislador vinha produzindo.

Preocuparam-se os administrativistas, diante desse processo expansionista, ainda pouco compreendido no fim do século XX, em garantir a portabilidade do modelo de garantias penais também aos processos administrativos sancionadores. Para tanto, a ideia de um *jus puniendi* unitário, coeso, cujas normas de direito material e de direito processual se aplicariam, em igual medida, na seara administrativa, somente seria possível diante de um modelo formalista.

4.4.4 Ponto crítico do “quantitativismo”

Curiosamente, por vezes a lei brasileira parece muito clara, no sentido de ter sido pautada por critérios quantitativos. Tome-se, como exemplo, dois dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro. Ambos prescrevendo comportamentos ilícitos para quem dirige sob efeito de álcool. Um ilícito administrativo no artigo 165 e um ilícito penal no artigo 306.⁴⁶⁹ O crime tem complemento normativo na Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013, do Conselho Nacional de Trânsito:

Art. 7º. O crime previsto no art. 306 do CTB será caracterizado por qualquer um dos procedimentos abaixo:

⁴⁶⁹ “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:” e “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:”. BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1997c. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I;⁴⁷⁰

Ou seja, a condução de veículo sob efeito de álcool com concentração de até 0,33 miligrama desta substância por litro de ar alveolar expirado é ilícito administrativo. Acima disto, ilícito penal.

Também testemunham em favor da “volumetria” a existência dos “crimes contra a Administração”. Todos estes encontram, pela própria teleologia, correlatos ilícitos administrativos. Trata-se de um significativo inconveniente às teorias substancialistas, que pretenderam alegar que os ilícitos administrativos são indiferentes do ponto de vista da tutela de bens jurídicos. Como os seriam, se a proteção à Administração também está descrita na ordem jurídica como crimes?

Mas a teoria formal-quantitativa tem um óbice, que se evidencia na falta de “critérios materiais de transição”, ou seja, elementos segundo os quais o legislador pudesse calibrar suas proposições. Até hoje, o critério dado para esse propósito reside em afirmar uma posição de intervenção mínima ao Direito Penal, mas que, por vezes, é negada pelo próprio direito positivo, que prescreve ilícitos penais cuja tutela se volta a bens jurídicos ainda não efetivamente violados.⁴⁷¹

Ao predispor que as condutas “mais graves” serão gravadas pela reprovabilidade do Direito Penal, seria minimamente razoável e necessário que existissem critérios que permitissem qualificar essa “gravidade”.⁴⁷² Critérios que, sem amparo normativo, repousam numa quase abstração, e somente reafirmam a liberdade por completo do legislador.

Por essa razão, Rafael Munhoz de Mello afirma que:

tanto a corrente qualitativa como a quantitativa padecem do mesmo mal: pretendem diferenciar o ilícito administrativo e o penal com base em critério metajurídico, sem

⁴⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. (Brasil). Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jan. 2013. Não paginado. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁷¹ NIETO, 2012.

⁴⁷² “La cuestión de saber si un comportamiento debe ser castigado según la ley penal no debería ser resuelto de una manera categórica. Corresponde al legislador determinar lo que debe ser castigado por el Derecho Penal o por el Derecho Administrativo Penal. Para fundar esta decisión, el legislador debería tomar em consideración varios criterios y, fundamentalmente, el valor social em juego, la gravedad de daños o su amenaza y la naturaleza y grado de la culpa.” Ibid.

fundamento no direito positivo. Com efeito, a primeira propõe que a diferença seja fundada na diversidade dos interesses tutelados; a segunda, que o critério seja a gravidade da conduta delituosa. Em ambos os casos a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico.⁴⁷³

Ressai, assim, que a única tese legitimamente formal, e desembaraçada de maiores inconvenientes, é a mais singela de todas, que confere amplos poderes ao legislador, sem, entretanto, opor-lhe qualquer critério para pautar suas escolhas políticas.

4.5 O DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS

Como se poderia – erroneamente – supor, a formulação de uma tese formalista, por Adolf Merkl, não exauriu, por completo, a ideia de distinções essenciais entre ilícito penal e ilícito administrativo, bem como entre pena e sanção administrativa.⁴⁷⁴ Nem mesmo se pode reportar essa discussão como pertencente ao passado.

Se a miscigenação havida entre penal e administrativo sancionador, por um lado, impede uma maior clareza sobre o tema, é verdade também que essa aproximação é útil para provocar, cada vez mais, no analista do século XX, o desejo de buscar critérios distintivos entre uns e outros tipos de ilícitos, perfazendo o mesmo já havido na Espanha, ou seja, buscando conter os avanços desmesurados do método administrativo de sancionamento, cujo resultado menos lisonjeiro reside no fato de se possibilitar – é o que se tem verificado – a redução do grau de proteções individuais ante o *jus puniendi* estatal.

Existe uma zona de transição entre o penal e o administrativo sancionador, cujos marcos não estão dados objetivamente, nem mesmo no plano teórico. Um espaço onde habitam, por exemplo, as sanções administrativas de rigor extremado, a exemplo do cerceamento de liberdade ou a severa restrição a direitos civis e políticos, ou, de outro lado, as sanções penais mais brandas, que quase orbitam a esfera administrativa.⁴⁷⁵ Esses espaçamentos, onde se confunde a natureza das sanções, mesmo a despeito de suas qualificações no direito positivo.⁴⁷⁶

⁴⁷³ MELLO, Rafael, 2007, p. 57.

⁴⁷⁴ MERKL, 1975.

⁴⁷⁵ É de se discutir aqui, por exemplo, todo o conjunto de prescrições da lei de contravenções penais.

⁴⁷⁶ Reiterando a menção feita a Guido Zanobini, em *Le Sanzioni Amministrative* (1924): “[...] frequentemente, vêm estabelecidas nas leis administrativas certas penas não muito bem determinadas, postas entre o Direito Administrativo e o Direito Penal [...]”. FERREIRA, Daniel, 2001, p. 54.

Esse impasse impede uma maior convergência da doutrina. E isso se arrasta por décadas. Modernamente, semeou-se essa zona de intercâmbio – cuja transição do administrativo para o penal não resta aclarada – com a Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992).⁴⁷⁷

Por outro lado, a falta desses critérios para discernir o penal do administrativo, somado ao precário desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, acaba por induzir um movimento de adesão às teorias unitaristas-formalistas, tendo como objetivo o desejo de transpor todas as diretrizes de proteção individual, classicamente aduzidas como diretrizes penais e processuais-penais, para o Direito Administrativo Sancionador. Daí a teorização de um Direito Público sancionador de caráter “pré” ou “anti” epistêmico”, e de direitos e garantias individuais como diretrizes constitucionais aplicáveis a todo poder público sancionador.⁴⁷⁸

Mas essa tese teve em Alejandro Nieto um forte contraponto, quando o mesmo alertou para a sua imprecisão. Isso porque o Direito Administrativo Sancionador, em sua desorganização, (a) tem permitido a fragmentação subjetiva ativa, dos detentores de poder tal como autoridade administrativa, e (b) fruto da sua proliferação em todos os níveis da Administração, existe uma fragmentação subjetiva passiva, dos sujeitos que podem ser submetidos à pretensão punitiva.⁴⁷⁹

Também é precária e desagradável – para não dizer inaceitável – a ideia retratada nas perspectivas substancialistas clássicas, de um injusto administrativo tido como um indiferente jurídico, no plano ético-social. Primeiro porque, como já mencionado, o legislador não prescreve ilícitos para exercitar a obediência dos cidadãos.⁴⁸⁰ Segundo porque “[...] se é a Administração uma função jurídica – assim como também o é a sanção administrativa uma sanção jurídica – sua proteção legal emana, nada mais, que uma tutela da ordem jurídica

⁴⁷⁷ “Essas teorias são ainda mais insuficientes para traçar as fronteiras entre os ilícitos penal e de improbidade administrativa do que são para distinguir os ilícitos administrativos em geral dos delitos criminais, porque, diferentemente de qualquer outro ilícito contra o Direito Administrativo material, o de improbidade possui dignidade constitucional. E essa característica já seria suficiente para o não acolhimento de teorias clássicas como a de James Goldschmidt, cujo critério de distinção entre ilícito penal e o administrativo é lastreado na contraposição entre a necessidade de proteção de um bem jurídico no primeiro e a utilidade de promoção do bem comum no segundo; uma produção de um dano no delito e na ocorrência de um lucro cessante ilícito administrativo. Se essa teoria poderia ser aceita para a distinção entre os ilícitos criminais e os ilícitos administrativos chamados ‘de massa’, não serve para distinguir a improbidade administrativa do ilícito criminal, porque, dentre outras razões, ele decorre de bem jurídico com proteção constitucional.” LUZ, 2014, p. 60-61.

⁴⁷⁸ DEZAN, 2020.

⁴⁷⁹ NIETO, 2012.

⁴⁸⁰ MIR, 1975.

positiva.”⁴⁸¹ Outra incompatível formulação substancialista é aquela que pretende estabelecer argumentos jusnaturalistas para a prescrição de comportamentos vedados como delitos.

Restaria apreciar, como adequada, a tese da absoluta liberdade do legislador, para dispor se uma determinada conduta receberá tratamento de ordem penal, ou de ordem administrativa. Tese corroborada nos dizeres de Jose Cerezo Mir, Alejandro Nieto e Fábio Medina Osório, mas que confronta, por exemplo, o pensamento de Jesús-María Silva Sánchez, que remete a questão a um processo de ordem teleológica.⁴⁸²

José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por exemplo, são relutantes em aceitar que, a reboque dessa imensa liberdade legislativa, determinados delitos se tornem infrações administrativas, ou que o inverso possa ocorrer.⁴⁸³

Também é bastante interessante para o debate a posição modernamente substancialista de Juliana Bonacorsi de Palma, segundo a qual a sanção administrativa – negando a existência de uma unidade do *jus puniendi* – tem fundamento na “prerrogativa sancionatória” da Administração que é, segundo a autora, “[...] a faculdade detida pela Administração de impor unilateral e imperativamente sanções administrativas [...]”.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ MERKL, 1975, p. 348 e 355. (tradução nossa).

⁴⁸² “[...] hasta el momento no ha sido posible encontrar un critério que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo.” MIR, 1975, p. 166, grifo do autor. “[...] el legislador puede poner a la mercancía el rótulo que considere oportuno sin preocuparse de la naturaleza de su contenido, que es jurídicamente indiferenciado. Lo verdaderamente importante son las consecuencias de tales etiquetados, de tal manera que, sea cual fuere su calificación legal, es esencial que con su alteración no se degraden las garantías mínimas de su régimen jurídico [...]”. NIETO, 2012, p. 129-130. “Sempre foram numerosos os critérios usados, no plano teórico, para legitimar regimes jurídicos absolutamente distintos, apartados, estruturados e estendidos aos fenômenos abrangidos pelo Direito Penal ou poder administrativo sancionador, este último posteriormente designado e formatado como Direito Administrativo Sancionador. Tais critérios, de um lado, revelaram-se, todos falhos com enormes lacunas, num ou noutro sentido, sempre esbarrando na vontade soberana do legislador, que de um golpe só poderia derrubar bibliotecas inteiras. A incoerência reinou absoluta nesse domínio. Não haveria um só critério que justificasse um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas.” OSÓRIO, 2020, p. 127-128. “La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero *también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa*. En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una ‘infracción penal’, más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación. [...] Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador [...]” SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 136-137, grifo do autor.

⁴⁸³ OLIVEIRA; GROTTI, 2020.

⁴⁸⁴ PALMA, 2015, p. 87-89.

Registre-se, ainda que, em acórdão no Recurso Extraordinário STF n. 48.414, de 28 de março de 1963, de relatoria do Ministro Luíz Gallotti, reconheceu-se, expressamente, existir “substancial diferença entre pena criminal e pena administrativa, podendo esta perdurar quando anulada aquela.”⁴⁸⁵

Trata-se de um dos temas de discussão mais longeva do Direito Administrativo e que, aparentemente, permanecerá provocativo. De todo modo, após exposição em perspectiva dialógica, pode-se infirmar um bom número de premissas, mesmo diante de uma não-consensualidade, e mesmo distante de esgotar o assunto:

- a) As teses substancialistas não estão totalmente superadas, e ainda encontram ressonância, especialmente, entre penalistas brasileiros;
- b) Não é adequada a teorização substancialista de que o injusto administrativo não carrega, em si, um desvalor moral-ético;
- c) Também não há se falar em argumentos de ordem jusnaturalista para justificar os delitos;
- d) Não se podem tomar as teses substancialistas como totalmente superadas pelas formalistas;
- e) As teses formalistas têm sido mais bem aceitas pela doutrina administrativista do que pela penalista;
- f) A tese formalista-quantitativa carrega consigo o impasse de não estabelecer os “critérios materiais de transição” entre o administrativo e o penal;
- g) A tese da livre disposição do legislador também é bem recebida pela doutrina, e mais desembaraçada de impasses.

Dito de outro modo, a livre disposição do legislador é, senão a teorização mais adequada, ao menos, a que causa menos embaraços. Também porque é um testemunho fiel da realidade. De fato, o legislador no seu labor, cria figuras punitivas sem nenhuma vinculação a qualquer parâmetro previamente dado.

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 48.414-SP, de 28 de março de 1963. Juiz. Disponibilidade remunerada. Distinção entre pena criminal e pena administrativa. Relator: Luiz Gallotti. Recorrente: Tancredo Vieira Junior. Recorrido: Fazenda do Estado. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 345-358, 14 jun. 1963. p. 171, grifo do autor. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/25787/24647>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Também se desejou demonstrar como esse debate impacta o reconhecimento de que os direitos e garantias fundamentais são extensíveis ao Direito Administrativo Sancionador, o que, por vezes, não tem sido verificado.

4.6 *BIS IN IDEM* ENTRE PENA E “SANÇÃO ADMINISTRATIVA”

A consequência mais impactante que resulta dessa discussão está na análise da possibilidade de se cumulem sanções penais e administrativas, por revelar uma potencial cláusula autoritária.

O instituto do *bis in idem* não se acha bem definido, nem na doutrina nem na ordem jurídica positivada. Para Heraldo Garcia Vitta, a referida garantia, dito de modo simplificado, versa sobre a “[...] impossibilidade de a pessoa ser responsabilizada mais de uma vez pela mesma conduta”.⁴⁸⁶

Consoante doutrina majoritária, nada impediria a cumulação de uma sanção administrativa com uma sanção penal.⁴⁸⁷ Tem-se, muito sinteticamente, que a pena seria medida apropriada para os delitos (crimes e contravenções), enquanto que seria aplicável sanção administrativa, quando do cometimento de um ilícito administrativo.⁴⁸⁸ Mas, por vezes, é embaraçosa a distinção dos preceitos secundários do Direito Penal e do Direito Administrativo.⁴⁸⁹ Ou porque o próprio ordenamento precariza essa distinção.

⁴⁸⁶ VITTA, 2003, p. 114.

⁴⁸⁷ Ibid.

⁴⁸⁸ É o que está positivado no artigo 1º do Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal): “[...] Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 9 dez. 1941c. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁸⁹ HUNGRIA, 1945.

Mas, básica e genericamente, ter-se-ia entre sanção penal e sanção administrativa, (também) uma aparente relação de gradação.⁴⁹⁰ Porém, não restam claros os limites, mínimos e máximos, para ambas as formas de “sancionamento”. De tão rigorosas, umas sanções administrativas muito se aproximam das sanções penais.

Portanto, o problema do *bis in idem* nas sanções administrativas não reside na cumulação de mais de uma sanção administrativa, ou na cumulação de sanções de espécies distintas, sendo uma penal e outra administrativa. É também no liame de transição entre o penal e o administrativo que o problema se torna complexo, e que, por essa razão, merece registro.

4.6.1 A Cumulação de Sanção Penal “Administrativizada” com Sanção Penal

A doutrina é quase uníssona ao tratar da aplicabilidade do “*ne bis in idem*” também no Direito Administrativo Sancionador. Isso, ao menos, ao estabelecer vedação para a cumulação de múltiplas sanções administrativas pelo mesmo fato.⁴⁹¹ Trata-se de matéria já sumulada, nos termos da quase sexagenária Súmula STF n. 19, de 13 de dezembro de 1963: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.”⁴⁹²

Mas determinadas sanções administrativas admoestam o sancionado com tal intensidade, que não negam o seu caráter ontológico de pena. Para tomar um exemplo, note-se que a Constituição avaliza a sanção administrativa privativa de liberdade para militares, e esse instrumento é comumente usado como meio de dissuadir comportamentos indesejados e que afetem a estabilidade dessas instituições. Nesses casos, a cumulação de sanção administrativa com sanção penal, pode culminar em prisão mais prisão.

⁴⁹⁰ Cada dia menos evidente, em razão dos processos de “administrativização” do Direito Penal e, na via oposta, de penalização do Direito Administrativo.

⁴⁹¹ “O princípio do non bis in idem impede a Administração Pública de impor uma segunda a função administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira. É dizer, uma vez em posta a sanção administrativa, esgotasse a competência punitiva atribuída à Administração Pública, não sendo lícita a imposição de novas sanções pelo mesmo fato.” MELLO, Rafael, 2007, p. 210. “O *non bis in idem*, ao contrário, tem outra e especial serventia enquanto princípio geral do Direito: a de proibir reiterado sancionamento por uma mesma infração – vale dizer, afastar a possibilidade de múltipla e reiterada manifestação sancionadora da Administração Pública.” FERREIRA, Daniel, 2001, p. 134.

⁴⁹² BRASIL, 2017d, p. 22.

Não por acaso, no plano internacional, o precedente mais relevante sobre o qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) julgou ter havido *bis in idem* na cumulação de “sanção administrativa” com sanção penal, envolve o ordenamento jurídico castrense⁴⁹³. A decisão paradigmática fixou aquilo que se conhece, até hoje, por “engels criteria”.⁴⁹⁴

Em alguns casos o TEDH desconstitui a natureza que é dada à sanção, internamente, no Estado originário, podendo vir a declarar uma sanção administrativa como uma autêntica reprimenda de caráter penal.

Não chega a surpreender que o caso-paradigma para a corte tenha envolvido sanções aplicadas a militares. Essa classe de servidores, em razão de uma série de peculiaridades inatas à função que exercem, e também, em razão de preciosismos injustificados adquire, inquestionavelmente, uma maior vulnerabilidade diante do sistema penal.⁴⁹⁵

Exemplos incontestáveis dessa maior fragilidade são os artigos 142, § 2º e 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988.⁴⁹⁶ Aquele pretendeu – sem sucesso – afastar o cabimento de *habeas corpus* para rescindir efeitos de sanções de natureza disciplinar. E este, chancelou prisões, mesmo sem ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente.

⁴⁹³ Trata-se do caso *Case of Engel and Others v. the Netherlands*. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. (France). **Guide on Article 4 of Protocol n. 7 to the European Convention on Human Rights**: Right not to be tried or punished twice. Strasbourg, 1976. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁴⁹⁴ “[...] However, the Court has held that the legal characterization of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle of ne *bis in idem* [...] The Court’s established case-law sets out three criteria, commonly known as the ‘Engel criteria’ (Engel and Others v. the Netherlands), to be considered in determining whether or not there was a ‘criminal charge’ (Sergey Zolotukhin v. Russia [GC], § 53). For the consistency of interpretation of the Convention taken as a whole, the Court found it appropriate for the applicability of the principle of ne bis in idem to be governed by the same criteria as in Engel (A and B v. Norway [GC], §§ 105-107; Ghomid and Others v. France, § 68). The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative [...]”. Ibid., p. 7.

⁴⁹⁵ Tome-se, a exemplo, o discurso da preservação da “hierarquia e disciplina”, um derivativo abstrato e impreciso do “interesse público” – cujos riscos já foram aqui abordados, muitas vezes professado para suplantar justificativas de base lógico-argumentativa.

⁴⁹⁶ BRASIL, 1988.

Também são paradigmáticos no caso *Öztürk v. Alemanha* (1984)⁴⁹⁷, este, expressamente citado por Gilmar Mendes ao votar nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo STF n. 843.989-PR/2022⁴⁹⁸, e o caso “Grande Stevens versus Itália”⁴⁹⁹. Denise Luz

⁴⁹⁷ “Envolveu um homem de nacionalidade turca contra a República Federal da Alemanha, país onde ele mantinha residência e onde se envolveu em um acidente de trânsito. Os fatos vivenciados levaram à aplicação de sanção administrativa por violação das regras de trânsito – direito regulatório. [...] Para a infração cometida no caso em análise, foi estabelecida uma sanção de multa, a qual, se não cumprida no prazo estipulado, submeteria o Condenado à privação de liberdade. [...] A corte ressaltou que retiraram o caráter criminal de certas ofensas, mediante um processo de descriminalização por parte do legislador, vinha ocorrendo em vários países da Europa [...]. No caso *sub judice*, O legislador interno modificou a definição material do ilícito de criminal para administrativo e também alterou o procedimento para apurá-lo. Não ficou assegurada a aplicação do procedimento criminal por analogia aos ‘regulatory proceedings’. Critério interessante adotado pela corte foi a comparação com o ordenamento interno e outros países signatários do Convênio, o que levou à verificação de que o ato praticado pelo recorrente é classificado como crime na maioria deles e, inclusive, já fora definido como tal na legislação alemã. [...] Segundo o [Tribunal Europeu de Direitos Humanos] TEDH [...] o caráter da regra e propósito da pena, sendo ambas dissuasiva e punitiva, são suficientes para demonstrar que a ofensa em discussão é, nos termos do artigo 6º da Convenção, de natureza criminal.” LUZ, 2014, p. 176, grifo do autor.

⁴⁹⁸ BRASIL, 2022b.

⁴⁹⁹ “O caso ‘Grande Stevens’ envolve o controle e os investidores da sociedade Fabbrica Italiana Automobili Torino (FIAT), controlada pela família italiana Agnelli. Na Itália, a sociedade familiar GIOVANNI AGNELLI S.A.S. detém a sociedade holding EXOR S.P.A., que é acionista majoritária e controladora da FIAT [...]o caso envolve também três pessoas físicas: Gianluigi Gabetti, presidente da AGNELLI; Virgilio Marrone, administrador da AGNELLI; e Franzo Grande Stevens, advogado do grupo AGNELLI. [...] fato importante data de 2002, quando a FIAT celebra um contrato de financiamento com oito bancos. O contrato estabelecia o prazo para restituição do empréstimo em 20 de setembro de 2005 e previa, na hipótese de inadimplemento desta obrigação, a compensação do crédito na forma de subscrição de novas ações, com correspondente aumento do capital social da FIAT. Caso isto ocorresse, os bancos passariam a acionistas majoritários da FIAT com 28% do seu capital social, enquanto a EXOR viria reduzida sua participação social de 30% para 22%. Diante deste cenário, Gianluigi Gabetti elabora consulta jurídica a seu advogado societário Franzo Stevens, na tentativa de evitar a perda do controle acionário da FIAT. Franzo Grande Stevens sugere como alternativa a renegociação de outro contrato, já pré-existente, com o banco britânico MERRILL LYNCH INTERNATIONAL LTD., de modo a financiar o montante necessário e evitar a alteração no quadro acionário da FIAT, o que implicaria no lançamento de uma oferta pública de ações. Em 23 de agosto de 2005, a CONSOB requer às sociedades EXOR e GIOVANNI AGNELLI a publicação de um comunicado de imprensa informando sobre qualquer iniciativa tomada em relação ao vencimento do contrato de financiamento com os oito bancos. No dia seguinte, EXOR informou, com a aprovação de seu advogado Franzo Grande Stevens, que não havia iniciado nem estudado ações em relação ao vencimento do contrato de financiamento. No dia 14 de setembro de 2005, a CONSOB é, finalmente e formalmente, informada das negociações em curso. No dia seguinte, a MERRILL LYNCH INTERNATIONAL celebra termo aditivo ao contrato com a EXOR, o que assegura à sociedade italiana a manutenção de sua participação de 30% no capital social da FIAT. [...] Em fevereiro de 2006, o ‘Bureau Insider Trading (IT)’ da CONSOB conclui em sede de inquérito administrativo, a existência de infração da legislação italiana de mercado de capitais [...]De acordo com o IT da CONSOB, o termo aditivo ao contrato entre EXOR e MERRILL LYNCH INTERNATIONAL já havia sido celebrado, ou estava em vias de celebração, antes da publicação do comunicado de imprensa, o que parecia configurar uma omissão grave dos acusados [...] Em fevereiro de 2007, em continuidade ao processo administrativo, submetido à ampla defesa e ao contraditório, a CONSOB decide por aplicar severas sanções administrativas, que incluem multas pesadas e proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto. [...] o Tribunal de Apelação de Turim confirma a decisão administrativa, mas reduz os valores das multas e o período de proibição temporária de Gianluigi Gabetti para administração de sociedades de capital aberto [...], as multas impostas à GIOVANNI AGNELLI, EXOR e Gianluigi Gabetti foram, respectivamente, de 600 mil Euros, 1 milhão de Euros e 1,2 milhões de Euros. [...] Em novembro de 2008 [...] o caso foi encaminhado para a justiça penal italiana [...] a justiça italiana condenou ambos Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens, também no âmbito criminal. [...] o Tribunal Europeu entendeu que ambos os processos, administrativo e criminal, se basearam na mesma conduta, para a

ainda explora: *Case of Anghel v. Romania* (2021), *Sud Fondi srl and Others v. Italy* (2009), *Case of Sergey Zolotukhin v. Russia* (2009), e na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* (1997).⁵⁰⁰

Vê-se densificar, primeiramente no plano das cortes comunitárias, uma exegese de interpretação da natureza das sanções administrativas, que não leve em conta somente a qualificação que lhes é dada na ordem jurídica interna de cada Estado. Importa, na aferição, o grau da medida sancionatória aplicada. Para o TEDH, há sanções de natureza penal qualificadas no direito interno como sanções administrativas. Logo, é o quantum da experiência punitiva que irá determinar sua qualificação epistêmica.

Note-se que, em alguns casos, há uma certa impropriedade terminológica ao se falar de cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Isso porque, quando um tribunal qualquer veda a cumulação de uma sanção, que entende transcender o limite do Direito Administrativo, e adentrar na seara penal, não se está diante de uma cumulação de espécies distintas de sanção. Trata-se, logo, de vedação à duplicidade de imposição de sanções penais.

4.6.2 A Cumulação de Sanção Penal com Sanções Administrativas

Não escapa à polêmica o fato de se permitir a cumulação de sanções, ainda que de espécies distintas, se ambas estão dispostas a tutelar o mesmo bem jurídico. Isso é um constrangimento, ou uma inadequação, do formalismo. Por tal razão, Rafael Munhoz de Mello fez um breve estudo de países que impedem um duplo sancionamento, ainda que em “instâncias distintas” do Direito Público.⁵⁰¹

aplicação de sanções, o que seria proibido pela Convenção.” SILVEIRA, Paulo Burnier da. O Direito Administrativo Sancionador e o princípio non *bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 5-22, 2014. p. 6-11. (grifo do autor). Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/139/84>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁵⁰⁰ LUZ, 2014.

⁵⁰¹ “Não é assim em outros ordenamentos jurídicos, convém que se ressalte. Na Itália, a Lei 681/1981 determina que, se um mesmo fato é tipificado como infração administrativa e crime, ‘*si applica a disposizione speciale*’ (art. 9º, evitando-se, assim, a cumulação de sanções administrativas com sanção penal. Na Espanha, a Lei 30/1992 dispõe que ‘*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*’ (art. 133), não havendo dúvida na doutrina de que a imposição de sanção penal pelos órgãos do Poder Judiciário tem preferência sobre a imposição de sanção administrativa.” MELLO, Rafael, 2007, p. 213-214, grifo do autor.

A questão do *bis in idem* na cumulação de sanções administrativas com sanção penal faz reascender a discussão entre formalistas e substancialistas.⁵⁰² E, se por um lado, a teorização de um *jus puniendi* unitário “solucionou” a questão do transplante do aporte garantístico, do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador, por outro lado, criou um outro problema, porque torna embaraçoso admitir que, de um sistema unitário e coeso, de finalidade punitiva, possa-se derivar múltiplas iniciativas sancionatórias, sem que se obrigue a reconhecer violação ao *bis in idem*.⁵⁰³

Isso porque, ínsito à teorização formalista, desde Adolf Merkl, está a ideia de um ilícito administrativo – e sua respectiva sanção – que atendem ao fim de proteção de bens jurídicos, tanto quanto os institutos correlatos do Direito Penal.⁵⁰⁴ É de se arguir, logo, com que fundamento se podem multiplicar sanções “incidentes” sobre um mesmo “fato gerador”.⁵⁰⁵

Tanto mais grave o quadro, em “[...] Estados onde os órgãos competentes possam optar por um ou por outro, ou, ainda, pela cumulação dos ilícitos administrativos e penais [...]”.⁵⁰⁶

Ainda pior no Brasil porque se consolidou, por aqui – de modo irrefletido – o discurso da independência da “instância administrativa”, ancorado na separação de poderes, o que resulta:

⁵⁰² Propositamente se colocou no plural: “sanções administrativas”, pois é o que na prática se verifica. Casos em que múltiplas sanções de natureza administrativa se cumulam com a sanção penal.

⁵⁰³ “O DAS mostra, na presente atualidade, uma vasta gama de órgãos e entes da Administração sancionadora no mesmo nível federativo. Esta pluralidade exige o reforço de dois princípios básicos da atividade administrativa: a unidade e a coordenação institucional entre órgãos e entes da Administração Direta e Indireta. A contraface dessa necessária organização administrativa é a adequada leitura da vedação ao *bis in idem* no plano sistêmico de todos os sistemas de responsabilização movimentados em face dos mesmos fatos na órbita do DAS. Ainda quando atribuída independência ou autonomia decisória a órgãos ou entes do Poder Executivo (referência especial às ‘agências reguladoras’), estes valores permanecem por exigência constitucional de atuação concertada do Estado de Direito, na sua necessária racionalidade sancionadora administrativa geral.” OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 109, grifo do autor.

⁵⁰⁴ Adolf MERKL, em *Teoría General del Derecho Administrativo* (1975), comunga com esta mesma linha de pensamento. “Se o direito de punir do Estado visa, por meio de seus sub-ramos episemológicos finalisticamente direcionados, à proteção de objetividades jurídicas que lhes dizem respeito (fins e funções da repartição temática do direito punitivo do Estado), qual a justificativa so sobreposição de sanções no Direito Público? Entendemos que a grande maioria das sobreposições protetivas, levadas a efeito pelos sub-ramos d Direito Público sancionador, compreende excesso do Estado em seu *jus puniendi*, apresentam-se, assim, em grande parte, ilegítimo. [...] o fenômeno provocado por normas prescritoras de tipificações que se sobrepõem para a tutela de um mesmo objeto jurídico. A previsão legal – em que pese a sobreposição referida – traz falsa chancela de legitimidade e, assim, proporciona uma aparência de legitimidade ao *jus perseguendi* e ao *jus puniendi* do Estado, para a sanção de um mesmo fato-base em indistintas instâncias do Direito Público sancionador, o que pode assimilar como espécie de *bis in idem*.” DEZAN, 2021, p. 51.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ LUZ, 2014, p. 167.

- a) Em uma permissão à multiplicidade de sanções administrativas;
- b) Na tentativa, reiterada – nos discursos daqueles que atuam em defesa do “interesse público” – de vedar o controle desses atos sancionadores, pelo Poder Judiciário; e
- c) Diante da falta de um procedimento, incidental ou regular, de unificação das pronúncias da jurisdição criminal e da Administração (ou das Administrações), na reiterada não-unicidade nas manifestações desses órgãos, mesmo quanto à matéria de fato. O que faz recobrar a crítica de Sandro Lucio Dezan e a anotação que se fez constar anteriormente sobre como, desse modo, coloca-se a verdade a serviço do Direito.⁵⁰⁷

Também evidencia a precariedade de uma possível contra-argumentação – de natureza, evidentemente substancialista –, o fato, também observado por Sandro Lucio Dezan de que, “se o Direito Penal e o Direito Administrativo possuem funções distintas, não há de haver sobreposição”.⁵⁰⁸

Sua posição é, ainda, quase isolada. Ampla parcela da doutrina administrativista caminha no sentido de afirmar a possibilidade de cumulação das sanções penal e administrativa. Mas suas proposições inauguram uma discussão necessária no Direito brasileiro, notadamente diante de um quadro de proliferação do Direito Administrativo Sancionador, e também, de incorporação pelo Direito Penal, do espírito administrativizado de promover tutela de bens jurídicos ainda não-efetivamente lesionados.

Sandro Lucio Dezan faz um prognóstico, de um enfrentamento futuro pelo Poder Judiciário, da questão. Para o autor, mesmo diante de prescrições punitivas em distintos ramos do Direito, e mesmo que um dos quais envolva especial relação de sujeição, a identidade do bem jurídico protegido deveria impedir o duplo sancionamento. Este é, por fim, o último elemento anotado como uma condicionante autoritária do Direito Administrativo Sancionador.

⁵⁰⁷ Sob a rubrica de independência da instância administrativa, opera-se um indesejável processo, que subverte a lógica, porque isenta o Direito de conformar-se à verdade. Ao contrário, é a verdade que se ajusta ao Direito. DEZAN, 2021, p. 45.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 52.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observa, existem algumas premissas do Direito Administrativo que, ao serem transplantadas ao Direito Administrativo Sancionador, passam a exhibir riscos elevados de distorções, que acabam condicionando o surgimento de práticas autoritárias na Administração, na sua manifestação da potestade sancionatória.

Por detrás dos aspectos analisados, um a um, neste trabalho, estão duas questões elementares superiores: a primeira delas diz respeito ao processo histórico, que legou toda uma construção doutrinária que tem um objetivo muito claramente definido, de tornar a Administração intangível, tanto quanto possível, afastando-a ao máximo, de qualquer intervenção externa, notadamente do Poder Judiciário. A segunda está no choque inconciliável de valores que norteiam o Direito Administrativo (enquanto regime jurídico voltado a dar suporte jurídico a todo o funcionamento da máquina pública) e o Direito Penal (na sua mais ampla dimensão, ou seja, enquanto qualquer manifestação do *jus puniendi*). Se aqueles têm como orientação geral adotarem o perfil mais genérico possível, na descrição legal para o agir administrativo, estes estão atados à firme ideia da maior precisão possível na descrição da conduta tida por ilícita, bem como, assim também, para todos os atos processuais e procedimentais. Assim, as formulações sobre uma tal discricionariedade, enquanto livre agir da Administração, são absolutamente impróprias nas manifestações punitivas do Estado, seja ela qual for. Se aqueles valores se orientam, por fim, na lógica da autoridade, estes, na via totalmente oposta, orientam-se pela regra-geral da liberdade.

Essas marcas tão antagônicas anunciam o caráter permanente do conflito entre as premissas que foram analisadas neste trabalho. E é, precisamente, nesses marcos que orientam, de modo absolutamente diferente, a tarefa de administrar e de punir, que emerge o fenômeno do autoritarismo, na conformação de um sistema punitivo na teoria do Direito Administrativo. Um autoritarismo que não se exhibe de modo flagrante, mas se faz presente e trafega, habilidosamente, nos espaçamentos criados por esse aporte jurídico – tomado por empréstimo pelo Direito Administrativo Sancionador--, que foi engenhosamente cunhado para desembaraçar a Administração de um incômodo fiscal externo, e que foi pautado pelo espírito do superdimensionamento da “autoridade” do Estado. Esse é um vício atávico, de difícil enfrentamento. Mesmo a ordem jurídica positiva – a lei – não se mostra ileso ao fenômeno.

O estudo revela que a lei foi, na transição do Estado absolutista para o Estado de Direito, eleita substituta da proteção que os indivíduos tinham em seus grupos de pertença. Homens e mulheres socialmente atomizados, e individualmente responsáveis por seus próprios empreendimentos, passaram a ter na lei sua única salvaguarda contra toda sorte de ameaças.

Eis, pois, um paradoxo, quando essa lei deixa de ser signo proteção e segurança e, por meio de “espaçamentos”, imprecisões, lacunas e algumas formulações retóricas passa a exibir, também, algum grau uma ameaça.

O Direito Administrativo exportou para o Direito Administrativo Sancionador toda sua matriz de justificativas, pautadas, sobremaneira, no discurso da autoridade, o que produz um sem-número de conflitos com o antagônico discurso da liberdade, que pauta a matriz diretiva do Direito Público sancionador, que tem no Direito Penal sua maior – mas não única – expressão. Um amplo repertório de justificativas que, se no Direito Administrativo, expressam algum valor do Estado Democrático de Direito, no Direito Administrativo Sancionador se convertem em mecanismos que condicionam e permitem um agir administrativo autoritário.

O discurso da “supremacia do interesse público” revela, finalisticamente, aptidão para desconstituir todo o aparato de garantias individuais, a depender da dimensão que lhe seja conferida pelo intérprete, que à falta de balizamento no Direito positivo, que esclareça os limites desse “princípio”, está autorizado a recorrer às suas próprias convicções para aferir o seu conteúdo. Percebe-se que, tal como se dá na doutrina clássica, por insistir-se numa construção teórica que tem, como marca indissociável, a exibição de uma perspectiva antagônica entre direitos individuais e interesse público, o dito princípio é, senão autoritário em essência, autorizativo de posturas autoritárias na Administração que, de modo quase injustificado ou com rasas formulações, pode negar-se a reconhecer – e fazer cumprir – um outro interesse também declarado na própria Constituição Federal de 1988 – portanto também interesse público – de o Estado salvaguardar o cidadão quando submetido à persecução de fim punitivo (penal ou administrativa).

Do mesmo modo, é também uma construção que faculta o agir autoritário, as imprecisões da lei quando dá seus comandos genéricos à Administração, o que, no Direito Administrativo, permite um exercício da função administrativa menos enrijecido, sob pena de colapso de todas as atividades do Estado. Entretanto, no Direito Administrativo Sancionador, essa estratégia prescritiva se mostra inadequada às teorias do sistema punitivo, que exigem

descrição taxativa do preceito que descreve o ilícito, sob pena de violação do princípio *nulla poena, nullum crimen sine lege*.

Uma análise do discurso por detrás da “discricionariedade administrativa” também revelou sua nocividade no campo sancionador. Sua descrição como um poder decisório que operaria em espaços livres de regulamento em lei, por muito tempo logrou êxito em isentar significativa parcela da atividade administrativa do controle externo pelo Poder Judiciário. No Direito Administrativo Sancionador, insistiu-se por longo tempo, que essa discricionariedade operaria na imprecisão da lei, para “aperfeiçoar” a vagueza do preceito primário ao caso concreto, ou mesmo para definir a sanção a aplicar, e nisso residiria “mérito administrativo”.

A sua interconexão com o “princípio” da legalidade estrita acabava concedendo uma ampla – quase ilimitada – liberdade para a Administração. E a assegurava uma condição de irrevogabilidade desses comandos dados, uma vez que se dava como certo a impossibilidade de o ato ser sindicado pelo Poder Judiciário, sob pena de se violar a separação dos poderes.

Foi também sob o signo da separação dos poderes que se erigiu o discurso da independência da “instância administrativa”. Quis-se, com isso, que a Administração pudesse promover de modo independente seu próprio juízo de cognição acerca de comportamento ilícitos do administrado. Mas para um grande número de infrações administrativas essa argumentação se mostrou problemática. Na infração-crime, sob o argumento de independência, a Administração acaba se pronunciando, propriamente, sobre a conduta do administrado em matéria penal, julgando-o.

Tentando eliminar a contradição nas pronúncias das autoridades públicas, uma na esfera administrativa e outra na esfera penal, a lei engendrou uma solução precária: se o indivíduo fosse absolvido no juízo por negativa de autoria ou por inexistência do fato, haveria uma vinculação da Administração a essa decisão. Ou seja, elaborou-se um estreito rol de “efeitos rescisórios extrapenais da sentença absolutória”.

Com isso, criou-se um modelo estratificado de sentenças absolutórias, onde somente duas de suas espécies estariam aptas a, de fato, absolver o indivíduo. Nas outras hipóteses restaria ainda uma espécie de resíduo de culpa, permissivo de sanção no âmbito administrativo. Violava-se, assim, a presunção de não-culpabilidade.

Também a legalidade administrativa como vínculo positivo à lei se mostrou substrato para um agir autoritário, porque estabeleceu um modelo de descolamento da Constituição Federal de 1988. Reforçou ainda a ideia de insindicabilidade do ato discricionário, e de uma oposição crônica entre o interesse público e os direitos e garantias individuais.

Por sua vez, a dificuldade de se estabelecerem os vínculos entre os ilícitos e as sanções penais com os ilícitos e as sanções administrativas, contribuiu para reforçar essas noções de independência da instância administrativa, e todo o aparato de justificativas que lhe dá sustentação, permitindo-se, ainda, o cúmulo de sanções, que se multiplicaram dada a vertiginosa expansão do Direito Administrativo Sancionador.

Some-se a tudo que a doutrina costumava tratar as sanções administrativas com certa indiferença. Primeiro porque não causavam um impacto muito significativo na esfera individual e, segundo porque estavam muito adstritas ao campo disciplinar, regendo relações específicas da Administração com o seu corpo de funcionários.

Mas esse cenário se modificou em fins da década de 1990. O movimento de expansão do Direito Administrativo Sancionador, embalado pelo compromisso reformista do Estado, difundiu-o em inúmeros setores, incorporando-o como estratégia de regulação social de comportamentos e fez surgir novas sanções, aptas a alcançar as pessoas naturais e jurídicas, impondo-lhes severas limitações de direitos, ou mesmo exigindo-lhes elevadas reparações pecuniárias.

Todo esse emaranhado de justificativas do Direito Administrativo Sancionador, muitas das quais importadas do Direito Administrativo, mostraram-se substrato para uma atuação autoritária, por uma série de razões. Mas, de modo muito genérico, pode-se avaliar que isso se deu porque a teorização administrativista não foi desenvolvida com foco no instrumento de punição. A sanção tenta se aproveitar desse aparato “pronto”, mas o que acaba ficando evidente é a impropriedade desse aporte teórico, ao menos ao se querer aproveitá-lo integralmente, sem se estabelecer, com rigor, uma série de limitações.

No embalo das justificativas do Direito Administrativo nasce o fenômeno das condicionantes do autoritarismo no Direito Administrativo Sancionador. Um rol extenso de premissas que, ora recorrem a digressões morais (vide todo o discurso que se faz em torno do interesse público), ora a uma confusa tecnicidade (vide o método da imprecisão, a discricionariedade como espaço para o livre agir administrativo, a independência da instância administrativa e a legalidade estrita). Constrói-se, assim, um autoritarismo que não é expressão de exceção à lei, mas que trafega com desenvoltura na própria lei e assim busca se exhibir como legítima expressão de uma democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMAZONAS. Governo do Estado. Lei Ordinária n. 3.278, de 21 de julho de 2008. Institui o regime disciplinar dos servidores do Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas, revoga dispositivos da Lei n. 2.271, de 10 de janeiro de 1994, unifica procedimentos aplicáveis à Polícia Civil e ao Departamento de Trânsito, assimila as regras de procedimentos disciplinares na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado do Amazonas**, Manaus, n. 31.389, p. 1, 21 jul. 2008. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2008/7733/7733_texto_integral.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-30, 2007. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic>. Acesso em: 20 fev. 2023.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O Direito Administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50735/49533>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47127/45703>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 9, n. 37, p. 11-55, 2009. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/297/135>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **Do poder disciplinar na Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/11641/9106>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. vii-xviii.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. e-Book. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade_liquida.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/BECCARIA,%20C.%20Dos%20delitos%20e%20das%20penas.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-172.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Alice Gozalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, v. 26, p. 1-26, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=587>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 9 dez. 1941c. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 48.414-SP, de 28 de março de 1963. Juiz. Disponibilidade remunerada. Distinção entre pena criminal e pena administrativa. Relator: Luiz Gallotti. Recorrente: Tancredo Vieira Junior. Recorrido: Fazenda do Estado. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 345-358, 14 jun. 1963. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=147614>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Representação de Inconstitucionalidade n. 980-SP, de 21 de novembro 1979. É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 278, p. 1-43, 19 set. 1980. Disponível em: <https://www.escavador.com/jurisprudencia/acordaos/367621/rp-980-stf-sp-representacao-rp-980?aba=Inteiro%20Teor>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 dez. 1984. Não paginado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/513248/publicacao/15645768>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências [Redação dada pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 1994a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1994b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 1996. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 1997a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 ago. 1997b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1997c. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 19, de 2 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jun. 1998b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 jan. 1999a. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º fev. 1999b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jan. 2000a. Edição extra. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico [Redação dada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2000b. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Medida provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional – PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional – FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 set. 2001a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura [sic] de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jun. 2001b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 2002a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004a. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2º Turma). Recurso Especial n. 493.811-SP (2002/0169619-5), 11 de fevereiro de 2003. Administrativo e processo civil – ação civil pública – ato administrativo discricionário: nova visão [...]. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 1-10, 15 mar. 2004b. p. 1 e 5. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=441599&num_registro=200201696195&data=20040315&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 set. 2005. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 12.927-DF (2007/0148856-8). Mandado de segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-16, 15 fev. 2008a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3582479&num_registro=200701488568&data=20080212&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, 16 maio 2008b. Não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula741/false>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 466.343-1-SP, de 3 de dezembro de 2008. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Ministro César Peluso. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 104, p. 1-225, 5 jun. 2009a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 349.703-1-RS, de 3 de dezembro de 2008. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Relator originário: Ministro Carlos Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 104, p. 1-225, 5 jun. 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa n. 4, de 17 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA). Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 34, 18 fev. 2009c. Não paginado. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33689/13/IN_CGU_04_2009.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º dez. 2011. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Enunciado n. 6, de 31 de agosto de 2012. A demissão de servidor pela prática de crime contra a Administração Pública deve ser precedida de condenação criminal transitada em julgado. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 170, p. 23, 31 ago. 2012a. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44220/5/Enunciado_6_2012.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Portaria n. 2.769, de 13 de dezembro de 2012. Cancelar o Enunciado n. 6, de 30 de agosto de 2012, conforme deliberação da Comissão de Coordenação de Correição-CCC, em sessão extraordinária realizada em 6 de dezembro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 241, p. 30, 14 dez. 2012b. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44219/5/cancelamento_enunciado_6_2012.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 021.009/2017-1, de 13 de setembro de 2017. Agravo contra medida cautelar. representação de unidade técnica. Possível inconstitucionalidade da Lei n. 13.464/2017 que instituiu o bônus de eficiência e produtividade à carreira de auditoria fiscal do Ministério da Fazenda e do Trabalho [...]. Relator: Ministro Benjamim Zymler. Representação. Órgãos/entidades: Ministério da Fazenda (vinculador); Ministério do Trabalho. Representação legal: Araceli Alves Rodrigues (26.720/OAB-DF) e outros, representando Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho; Rackel Lucena Branco de Medeiros (27216/OAB-DF) e outros, representando Unafisco Sindical. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-4, 7 ago. 2012c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2282404/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 31.439-DF, de 19 de julho de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão. Licitação – Lei n. 8.666/93 *versus* Decreto n. 2.745/98 – relevância não configurada – liminar indeferida. Impetrante: Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União; União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 154, p. 1-4, 7 ago. 2012d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=83920058&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 1.038, de 18 de junho de 2014. Regulamenta as ações de corregedoria preventiva relacionadas ao Acompanhamento Gerencial de Serviço (AGS) e ao Compromisso de Adequação Funcional (CAF), no âmbito do Departamento de Polícia Rodoviária Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 jun. 2014. Não paginado. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227560-acompanhamento-gerencial-de-serviuo-ags-e-ao-compromisso-de-adequauuo-funcional-caf-no-umbito-do-departamento-de-polucia-rodoviuria-federal-regulamenta-as-aues-de-correged.html>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Instrução Normativa n. 2, de 30 de maio de 2017. Determina que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 103, p. 43, 31 maio 2017a. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33687/10/Instrucao_Normativa_2_Extrato_TAC%20_2017.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017. Altera a remuneração de servidores de ex-territórios e de servidores públicos federais; reorganiza cargos e carreiras; estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera as Leis [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2017b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113464.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Petição n. 4.656-PB, de 19 de dezembro de 2016. Petição. Lei n. 8.223/2007 da Paraíba. Criação legal de cargos em comissão no Tribunal de Justiça Estadual (Art. 5º da Lei n. 82.231/2007 da Paraíba): Assistentes Administrativos. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Exoneração determinada. Ação anulatória: Alegação de Incompetência do CNJ para declarar inconstitucionalidade de lei. Petição julgada improcedente. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: SINJEP – Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba. Requerido: Conselho Nacional de Justiça (Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000018762); União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 278, p. 1-83, 4 dez. 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**: atualizado em 1º de dezembro de 2017. Brasília, DF: STF, 2017d. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 15 de dezembro de 2017. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Sindicato Nacional dos Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 18, p. 1-8, 1 fev. 2018a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313533905&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Habeas Corpus* n. 92.438-PR, de 19 de agosto de 2008. *Habeas Corpus*. Descaminho. Montante dos impostos não pagos. Dispensa legal de cobrança em autos de execução fiscal. Lei n. 10.522/02, art. 20. Irrelevância administrativa da conduta. inobservância aos princípios que regem o Direito Penal. Ausência de justa causa. ordem concedida. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Impetrante: Defensoria Pública da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 dez. 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570165>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º abr. 2021a. Edição extra. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114132.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 out. 2021b. Não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). Agravo Regimental em Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* n. 601.533-SP (2020/0189962-2), de 21 de setembro de 2021. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1º out. 2021c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001899622&dt_publicacao=01/10/2021. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 353/DF, de 21 de junho de 2021. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. incs. I a LXIII do art. 43 da Lei n. 4.878/1965. policiais federais e policiais civis do distrito federal. transgressões disciplinares. recepção pela constituição de 1988 se compatível com a nova ordem. conduta na vida privada do servidor policial. previsão de infração disciplinar. legitimidade. recepção parcial dos dispositivos legais pela constituição de 1988. princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. não recepção dos incs. I, V, VI, XXXV e LI do art. 43 da Lei n. 4.878/1965 pela Constituição de 1988 [...]. Relatora: ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 jun. 2021d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346897796&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.410-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Unafisco Nacional – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 86, p. 1-79, 6 maio 2021e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.490-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Unafisco Nacional - Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 86, p. 1-77, 5 maio 2021f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339196&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Segurança n. 35.836-DF, de 13 de abril de 2021. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela Lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Impetrante: Sindicato Paulista dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Impetrado: Tribunal de Contas da União. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, p. 1-78, 5 maio 2021g. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346363761&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). Recurso Extraordinário n. 1.224.374-RS, de 19 de maio de 2022. Ações diretas de inconstitucionalidade e recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 165-A e Artigo 277, §§ 2º e 3º. Lei Seca (Lei Federal n. 11.705/08), arts. 2º, 4º e 5º, III, IV e VIII. Lei Federal n.12.760/2012, Art. 1º. Constitucionalidade da redução do limite da alcoolemia para zero e das sanções impostas à recusa do condutor em submeter-se ao teste do bafômetro [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Departamento de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul – DETRAN-RS. Recorrido: Joel Porn de Freitas. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 190, p. 1-245, 22 set. 2022a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353715881&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989-PR, de 18 de agosto de 2022. Constitucional e administrativo. Irretroatividade da lei mais benéfica (Lei 14.230/2021) para A responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). necessidade de observância da constitucionalização de regras rígidas de regência da administração pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos previstas no artigo 37 da cf. inaplicabilidade do artigo 5º, XI da Constituição Federal ao Direito Administrativo Sancionador [...]. Relator: Alexandre de Moraes. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 1-420, 12 dez. 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF: TCU, 2022c. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/AA/97/D7/1C/631D28102DFE0FF7F18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. (Brasil). Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jan. 2013. Não paginado. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 25, n. 2, p. 131-157, 2012. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguai**: sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações). San José: CIDH, 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.doc. Acesso em: 20 fev. 2023.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004.

COSTA, José Armando da. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. (France). **Guide on Article 4 of Protocol n. 7 to the European Convention on Human Rights: Right not to be tried or punished twice**. Strasbourg, 1976. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 67, p. 135-160, 1972. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257/88035>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66693/69303/88081>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 25, n. 99, p. 69-90, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181860/000439755.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação**. 6. ed. de Acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Paris, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

DEZAN, Sandro Lúcio. **O conteúdo valorativo da norma jurídica: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da Administração Pública**. Orientador: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. 2017. 230 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2017. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/239/1/sandro-lucio-dezan.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito administrativo disciplinar em espécie: comentários às infrações previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Federais – Lei 8.112/1990**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Princípios de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. 8. ed. London: Macmillan, 1915. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.

ESPAÑA. Presidente del Gobierno. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 260, p. 1-212, 17 de septiembre de 1882. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

ESPAÑA. Presidente del Gobierno. Ley 40/2015, de 1 de octubre. De Régimen Jurídico del Sector Público. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 236, p. 1-122, 2 oct. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a administrativização do Direito Penal na sociedade do risco: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 23-62, 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7279>. Acesso em: 20 fev. 2023.

FÉO, Rebecca. **Direito Administrativo Sancionador e os princípios constitucionais penais**: análise dos processos da ANP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A justiça administrativa francesa na atualidade. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 108-127, 1980. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758603/Sergio_De_Andrea_Ferreira.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 10, n. 40, p. 217-238, 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/529/510>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 112, n. 2, p. 63-67, 1984. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2127/1053>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1995.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85156/80521>. Acesso em: 20 fev. 2023.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rei, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>. Acesso em: 20 fev. 2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. Atualização de André Estefam. 37. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador judicializado**: improbidade administrativa e devido processo aproximações e distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 1-29, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/560/372>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas**: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 113-133, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 125, p. 1-14, 1976. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41826/40519>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. até a Emenda constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELERO, Valentin Silva. El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 13, n. 1, p. 27-36, 1960. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1960-10002700036. Acesso em: 20 fev. 2023.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

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

MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Ed. Nacional, 1975.

MIR, José Cerezo. Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 28, n. 2, p. 159-175, 1975. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1975-20015900175. Acesso em: 20 fev. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n. 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/download/43658/26576>. Acesso em: 20 fev. 2023.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/download/50155/31679>. Acesso em: 20 fev. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**, vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: M. Fontes. 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos – la estructura de la teoría del delito**. 2. ed. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219-248.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: IBdeF, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5250881/mod_resource/content/1/La%20expansi%C3%B3n%20del%20derecho%20penal%20-%20Aspectos%20de%20la%20pol%C3%ADtica%20criminal%20en%20las%20sociedades%20postindustriales%20-%20Jes%C3%BA%20Maria%20Silva%20S%C3%A1nchez.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O Direito Administrativo Sancionador e o princípio non *bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 5-22, 2014. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça administrativa**: o sistema brasileiro. Orientador: Fernando Dias Menezes de Almeida. 144 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/publico/Rafael_Soares_Souza_dissertacao.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, 1954. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13859/12760>. Acesso em: 20 fev. 2023.

TOCANTINS. Governo do Estado. Lei n. 1.818, de 23 de agosto de agosto de 2007. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. **Diário Oficial [do] Tocantins**, Palmas, n. 2.478, p. 1-21, 24 ago. 2007. Disponível em: <https://doe.to.gov.br/diario/708/download>. Acesso em: 20 fev. 2023.

TORELLY, Marcelo Dalmas. **Governança transversal dos direitos fundamentais**: experiências Latino-Americanas. Orientador: Neves, Marcelo da Costa Pinto. 2016. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20918/1/2016_MarceloDalmasTorelly.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **A sanção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. Disponível em: https://livrogratuitosja.com/wp-content/uploads/2021/03/A-Era-do-Capitalismo-de-Vigilancia-by-Shoshana-Zuboff-z-lib.org_.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.