

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### THE CONSTITUCIONALIZATION OF SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

Fanuel Souza dos Santos<sup>1</sup>  
Felipe dos Santos Joseph<sup>2</sup>  
Rejane Alves de Arruda<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo traça, inicialmente, um breve histórico sobre a formação do Estado constitucional liberal pós-revoluções do século XVIII, e discorre sobre a fragmentação do poder, até então absoluto, uno e indivisível, na tripartição inspirada em Montesquieu, e o conseqüente desenvolvimento de um regime jurídico que pudesse dar regramento ao corpo da burocracia estatal, notadamente ao poder Executivo: o Direito Administrativo. Trata da violação promovida por este ramo do Direito, desde sua gênese, ao princípio da igualdade de todos perante a lei, porque reivindicou para si prerrogativas e privilégios não estendidos aos particulares, apoiando-se sobremaneira em um conceito demasiadamente aberto e indeterminado: a supremacia do interesse público sobre o privado. Também reivindicou para si uma prerrogativa de intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição, sob os auspícios da separação dos poderes. E, alicerçado em uma leitura clássica - e anacrônica - do princípio da legalidade, enquanto vinculação positiva à lei, a Administração, há muito tem se sentido autorizada a cumprir a lei flagrantemente inconstitucional, ou a aplicá-la sem sopesar as normas jurídicas que derivam do texto constitucional, negando a premissa neoconstitucionalista da força normativa da Constituição. Discorre ainda sobre a cisão do *jus puniendi* do Estado, que se bipartiu inicialmente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande (2009), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2018), Possui aprovação no XXVII Exame de Ordem (OAB/MS), Pós Graduado em Auditoria e Perícia Contábil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) (2019), Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (2017), Pós Graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá (2017). Servidor Público Federal no cargo de Policial Rodoviário Federal. <https://orcid.org/0000-0003-2770-9602>

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Graduado em Segurança Pública pela Universidade Estadual da Paraíba/Polícia Militar da Paraíba; Bacharel em Direito pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Capitão da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul (PMMS). Pós-graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola de Direito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul/EDAMP. Membro de comissão de revisão da legislação institucional da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (2019).

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora Adjunta (concursada) de Processo Penal da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Advogada militante.

Sancionador. O método utilizado é indutivo-analítico, para analisar o Direito Positivo, e também aplicado, por meio de revisão bibliográfica, para analisar a doutrina. A pesquisa é classificada como exploratória, qualitativa e teórica, do tipo bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Sancionador. Constitucionalização. Democracia.

**Abstract:** This article outlines, bulletin, a brief history of the formation of the liberal constitutional state after the revolutions of the eighteenth century, and discusses the fragmentation of power, hitherto absolute, one and indivisible, in the tripartition inspired by Montesquieu, and the consequent development of a legal regime that could regulate the body of the state bureaucracy, notably the Executive power: Administrative Law. It deals with the violation promoted by this branch of Law, since its genesis, to the principle of equality of all before the law, because it claimed for itself prerogatives and privileges not extended to individuals, relying heavily on an overly open and indeterminate concept: the supremacy of public interest over the private. It also claimed for itself a prerogative of intangibility of administrative merit by the jurisdiction, under the auspices of the separation of powers. And, based on a classic - and anachronistic - reading of the principle of legality, as a positive link to the law, the Administration has long felt authorized to comply with the flagrantly unconstitutional law, or to apply it without weighing up the legal norms that derive of the constitutional text, denying the neoconstitutionalist premise of the normative force of the Constitution. It also discusses the split of the State's *jus puniendi*, which split between Criminal Law and Sanctioning Administrative Law. The method used is inductive-analytical, to analyze the doctrine, and also applied, through literature review, to analyze the doctrine. The research is classified as exploratory, qualitative and theoretical, of the bibliographic type.

**Keywords:** Sanctioning Administrative Law. Constitutionalization. Democracy.

Recebido em: 31/10/2021

Aceito para publicação em: 24/01/2022

## **1 INTRODUÇÃO**

Durante muitos séculos no mundo ocidental, sob a égide do regime monárquico-absolutista, a sanção, muitas vezes traduzida na pena capital, foi infligida como espetáculo e como meio de exortar o poder de um soberano.

Ao revisitar o processo histórico, especialmente a era moderna (do século XV até as revoluções liberais do século XVIII), onde todo e qualquer poder derivava da figura de um soberano, a punição representava senão, e unicamente, emanação do elemento volitivo do mandatário. Externava uma projeção de poder. Não por acaso, neste período da história, a morte era infligida como espetáculo<sup>4</sup>.

Mas o ideário iluminista deu início ao processo de superação da pena de morte suplicante e, no fim do século XVIII, fez irromper revoluções liberais-burguesas que reclamavam por liberdade e pela submissão de todos os indivíduos - e também do Estado - ao império da lei.

O Direito Administrativo e, conseqüentemente seu ramo sancionador, surge assim, como um subproduto consequencial dessas revoluções liberais, buscando dar regulamento ao corpo da burocracia do Estado (agora fragmentado na tríade de Montesquieu), principalmente no interior do poder executivo, submetendo-o à lei<sup>5</sup>.

Mas essa premissa foi violada pelo Direito Administrativo, desde sua origem, ao conceber prerrogativas à Administração Pública, deixando-a em uma posição de verticalidade em relação ao particular.

Criou-se, desse modo, um paradoxo: todos deveriam ocupar igual posição diante da lei, mas a Administração Pública criou para si uma exceção, e reivindicou uma condição de superioridade em relação ao administrado, o que se espraiou para as relações jurídico-processuais sancionadoras.

---

<sup>4</sup> "Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva" (FOUCAULT, 1987 p. 18)

<sup>5</sup> "Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito." (MEDAUAR, Odete, 2018, p. 25)

O *jus puniendi* também cindiu no pós-revolução, e o direito público sancionador bipartiu-se entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Assim, passou a Administração a conservar consigo poderes punitivos e, apoiada em assertivas autoritárias, fundamentadas hipoteticamente no maior relevo do interesse público sobre o interesse privado, fixaram-se premissas que lhe permitiram uma posição de quase absoluta independência e falta de controle, a exemplo da intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição, justificada na separação dos poderes.

Mas a Administração se mantém inerte e indiferente à superação do modelo constitucionalista, que transitou do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo, que tem como um de seus pressupostos essenciais reconhecimento de força normativa à norma jurídica constitucional.

Um descompasso que se verifica nessa indiferença do Direito Administrativo Sancionador ao processo evolutivo do Direito é o fato de que a Administração Pública ainda mantém uma leitura eminentemente positivista do princípio da legalidade, interpretando-o como vínculo positivo à lei, na sua forma estrita. Assim, autoriza-se a cumprir a lei flagrantemente inconstitucional, ou mesmo a cumpri-la em sua literalidade, sem promover juízos de ponderação e de adequação aos preceitos constitucionais.

Neste cenário, a constitucionalização do Direito Administrativo Sancionador emerge como uma necessária resposta, em superação a um modelo punitivista remissivo ao absolutismo, conformando-o com os preceitos democráticos.

## **2 O ESTADO LIBERAL: O HOMEM LIVRE E A FRAGMENTAÇÃO DO *JUS PUNIENDI***

A sociedade liberal pós-revolucionária tem como característica fundamental a “emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais sempre esteve atado: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”  
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

(COMPARATO, 1999, p. 33). Resulta disto que homens e mulheres estão definitivamente livres. E só.

A compensação para esse homem livre e solitário veio na forma de direitos e garantias. Operou-se, assim, uma transição do modelo da seguridade individual. Para o homem livre, “a sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei” (COMPARATO, 1999, p. 33).

Mas essas revoluções que marcaram o fim da idade moderna, inaugurando uma pós-modernidade<sup>6</sup>, não reclamavam tão somente um novo paradigma na relação entre os indivíduos e o Estado, pautadas nas formulações contratualistas de Rousseau. A revolução Francesa propunha, em verdade, os alicerces de “uma nova sociedade, erigida sob o ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade” (SOUZA NETO, 2012, p. 61).

As rupturas liberais foram um reclame contra o Estado monárquico-absolutista (na Europa) e contra o regime colonialista nos Estados Unidos – pode-se dizer, portanto, genericamente, contra a submissão ao despotismo e ao poder ilimitado.

Mas esses movimentos, ao promoverem a liberdade, promoveram a divisão do poder, até então uno e corporificado no soberano. E como analisou Comparato (1999, p. 85), “o grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar outro titular da soberania, ou poder supremo, em substituição ao monarca.”

O mesmo se deu com o poder/dever de punir do Estado, até então uno e indivisível, viu-se compelido a bipartir-se entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, nessa transição, o Poder Executivo não abriu mão, totalmente, desse poder sancionador, restando à competência administrativa a aplicação de algumas sanções” (MACHADO, 2020, p. 5).

---

<sup>6</sup> Zygmunt Bauman (2001) rejeita veementemente o conceito de pós-modernidade. Para o filósofo a humanidade ainda vive a modernidade, porém, na sua fase líquida, e não mais na sua fase pesada e sólida.

## 2.1 Do Autoritarismo à crise dos paradigmas do direito administrativo

A concepção clássica administrativista identifica que “a certidão de batismo do Direito Administrativo é a lei de 28 *pluviose*, do ano oitavo, em 1800 (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 28). O Direito Administrativo emergiu, então, como subproduto de uma revolução, 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 (*checks and balances*).

Em sua origem contaminou-se pelo espírito de autopreservação do poder. Sua construção permaneceu, mesmo com o passar do tempo, dogmática, “pretoriana e autovinculativa” (BINENBOJM, 2014, p. 12). Portanto, é essencialmente autopoiético.

Esses traços são fundamentais para compreender o porquê de o Direito Administrativo Sancionador, modernamente, oscilar entre pressupostos autoritários e democráticos. Esta oscilação descreve, em verdade, uma natural incontinência que deriva dos seus paradoxos existenciais e fundantes, que o leva, ou a revisitar suas origens, reafirmando-as, ou a se adequar à nova dogmática constitucional, revelando-se assim, uma imensa “tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade” (BINENBOJM, 2008, p. 2).

Direito Administrativo este, que é também, e ao mesmo tempo, sucessor e legatário das práticas e regulamentos que deram alguma sustentação jurídica a um corpo executivo auxiliar do *ancien régime*, o que, em linhas gerais se traduziria, precariamente, no exercício das funções administrativas do Estado absolutista<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “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, 2018, p. 31)

Da soma da desconfiança dos revolucionários franceses com o judiciário do antigo regime, aliado ao fator da fragmentação do poder, deu-se a construção de pressupostos autoritários no seio da Administração, a exemplo da (1) intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição e da (2) supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Estava assim criado um enorme paradoxo, como enuncia Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 60):

[...] paradoxalmente, o Estado de Direito, preocupado embora com a liberdade do cidadão e a igualdade de todos perante o Direito, trouxe em seu bojo o Direito Administrativo, como ramo autônomo, composto por normas de direito público, aplicáveis à Administração Pública e que, derogando o direito comum, a ela reconhece uma série de prerrogativas e privilégios de que o particular não dispõe.

Clarificou-se também, com o desenvolvimento no século XIX, do regime jurídico voltado para a Administração Pública, a existência de “poderes públicos específicos que eram ignorados no campo de outros ramos jurídicos, dentre os quais se destacava o poder sancionador ou o poder de execução de seus próprios atos” (OSÓRIO, 2020, p. 72).

Assim, nessa transição do Estado absolutista para o Estado Constitucional, acomodou-se significativa parcela do *jus puniendi* estatal na Administração, tanto para exercê-lo com fundamento no poder de polícia, quanto para impor sanções disciplinares, segundo regimes jurídicos próprios, a depender, respectivamente, do vínculo subjetivo de sujeição geral ou de sujeição especial, do indivíduo para com a Administração.

A formatação de uma Administração Pública com poderes sancionadores encontra críticas em alguns administrativistas, a exemplo de Gordillo (2013, p. 43), que manifesta inconformismo com aquilo que considera um vício adquirindo pelo Estado, na transição à forma Constitucionalizada:

[...] *al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración 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 [...]*

Resulta disso que a fragmentação do poder no Estado Constitucional é a pedra fundamental daquilo que mais tarde viria a ser identificado no Brasil, por Gustavo Binbenbojm (2014, p. 23, 24), como a "crise dos paradigmas do Direito Administrativo<sup>8</sup>."

## **2.2 A necessidade de revisão dos pressupostos do direito administrativo sancionador**

O Direito Administrativo Sancionador ocupa uma certa posição de relativa insegurança. Isso porque, à falta de uma teoria geral – já satisfatoriamente desenvolvida no Direito Penal - e de uma lei geral sobre sanções administrativas - e mesmo de um tratado internacional - socorre-se na doutrina processual-penal e processual-civil<sup>9</sup>, descrevendo uma paradoxal tentativa de afirmar-se autônomo, sendo ainda, e ao mesmo tempo, uma incontestável manifestação da função

---

<sup>8</sup> [...] a crise dos paradigmas [...] exhibe também, em larga medida, alguns vícios de origem.[...] é possível identificar quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade, diante das transformações decorrentes da nova configuração do Estado democrático de direito:

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 [...];

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 [...]

<sup>9</sup> "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, 2020, p. 135)

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022



administrativa, devendo, por isso, reportar-se a toda dogmática administrativista<sup>10</sup>, cujo regime jurídico também não está codificado, nem mesmo está suficientemente regulamentado no texto constitucional.

Nesta miscigenação, erigiu-se um processo administrativo sancionador pouco resolutivo, cujas prescrições materiais são, muitas vezes, excessivamente abertas, é burocrático, politizado, demasiadamente obcecado pela imposição de sanção, porque alijado das concepções de autocomposição entre as partes, excessivamente custoso, letárgico, permissivo da multiplicidade de sanções, e por vezes invasivo da vida privada e do livre exercício dos direitos da personalidade.

Tem-se assim um processo sancionador com forte instrumental atuante em desfavor do acusado, e que se resguarda da intervenção da jurisdição e do controle democrático reclamando para si prerrogativas cesaristas - tradicionalmente chanceladas pelo ordenamento - como a intangibilidade do mérito administrativo pelo poder judiciário, a autonomia da "instância"<sup>11</sup> administrativa e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Também é preciso avaliar com cautela a amplitude das consequências de se conformar um subsistema punitivo nas balizas de um regime jurídico (Direito Administrativo) que se corporificou, propriamente, como Direito da Administração.

---

<sup>10</sup> Flávio Henrique Unes, ao discutir a hermenêutica dos tipos administrativos abertos, aborda um dos aspectos desta controversa posição do processo administrativo disciplinar, que é uma manifestação do *jus puniendi* do Estado, mas que também deve obediência aos preceitos constitucionais da Administração Pública: "A questão primordial aqui se busca responder: a existência de conceitos jurídicos indeterminados na norma desencadeia discricionariedade administrativa quando de sua aplicação em processos administrativos disciplinares?

Caso se entenda que a discricionariedade quando da ocorrência de conceito dessa natureza, o controle jurisdicional a respeito da decisão administrativa em processo disciplinar terá extensão mais limitada do que teria na hipótese de inexistência de tal discricionariedade." (PEREIRA, 2007, p. 92)

<sup>11</sup> O termo aparece entre aspas para denotar a impropriedade técnica da expressão "instância administrativa". Mas parte-se da mesma concepção pontuada por Antônio Rodrigo Machado em sua obra: "[...] muito embora a constituição trate o conceito de instância como a divisão interna de uma determinada jurisdição (primeira instância, segunda instância, única instância ou Instância originária, conforme organização do Poder Judiciário na Constituição, arts. 92 ao 126), neste trabalho, utiliza-se o termo "instância" como correspondente da esfera de atuação do Estado em determinado regime jurídico acusatório, seja ele administrativo, judicial civil ou penal. [...] "Instâncias", como regra, não terá aqui o sentido das divisões internas de cada um dos Poderes." (2020, p. 11)

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Há uma natural colisão de princípios-reitores e suas respectivas justificativas, ao derivar desse regime jurídico o regramento da relação processual que se estabelece no processo administrativo sancionador (de qualquer natureza).

Talvez a mais flagrante se dê no embate entre a reivindicada supremacia do interesse público sobre o privado, em favor da Administração Pública, e da também reivindicada supremacia dos direitos e garantias individuais, em favor do particular, notadamente quando essa tensão se dá em uma relação processual, que deveria ser pautada pela paridade de armas (ou igualdade de oportunidades) entre os litigantes, compreendidos no processo administrativo como “titulares de interesses em conflito” (DINAMARCO, 2020, p. 136).

É válido mencionar a análise de Aury Lopes Júnior (2016, p. 36), do conflito entre interesse público e privado no processo penal:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que 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. [...] 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 [...].

Mas em franca oposição a este pensamento, e tecendo uma análise eminentemente no campo do Direito Administrativo, Carvalho Filho (2020, p. 84) aduz que:

Algumas vezes 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.

E que não se denuncie como impróprio, opor uma crítica ao processo penal diante de outra ao Direito Administrativo. Uma eventual estranheza deve ser confrontada com o argumento de que a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo – e também entre sanção administrativa e sanção penal (pena) - é dada, tão somente, pelo critério legal, não por um critério valorativo-ontológico<sup>12</sup>.

Dito de outro modo, “o direito de punir do Estado é uno e fundado em uma lógica jurídico-coercitiva de coerência, de unidade e de completude representativa” (DEZAN, 2021, p.1). Portanto, é tão somente o Direito positivo que promove a qualificação dos ramos epistêmicos do Direito Sancionador.

Ou dito por Alejandro Nieto (2012, p. 128):

*Independiente de la identidad, proximidad o separación de los conceptos de delito e infracción administrativa hay un extremo que debe quedar muy claro: en la medida en que se trata de los figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana em delitos [...] y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto em infracciones administrativas.*

Note-se, portanto, que a vagueza e imprecisão deste conceito jurídico indeterminado (supremacia do interesse público sobre o privado) é permissiva de uma permanente tensão entre os interesses daqueles que, numa relação jurídico-processual, estarão litigando no processo administrativo sancionador, assentindo, factualmente, à existência de uma “crise dos paradigmas do Direito Administrativo”, extensiva ao seu ramo sancionador.

Binenbojm (2014, p. 85) soluciona esse falso embate recorrendo à filosofia de Immanuel Kant, alegando que:

---

<sup>12</sup> É a posição de Nelson Hungria (1945, p. 27): “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*.”

a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece com a instrumentalização das individualidades em proveito de um suposto "organismo superior [...]"

Falso ou não o embate entre interesse público e privado, fato é que resulta de tudo isso que se sanciona pela via administrativa com menos embaraços (garantias) do que pela via penal. Opera-se, por meio dessas prerrogativas administrativas, um modelo sancionador de garantias mitigadas, isso porque "nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados." (BINENBOJM, 2014, p. 12).

Some-se a isso o fato de a sanção administrativa ser imposta por um agente público, na forma de ato administrativo<sup>13</sup>, não sendo, portanto, resultante de uma manifestação da jurisdição. Como consequência, avalia José Armando da Costa (2009, p. 106), tem-se uma maior politização do instrumento sancionador e um menor grau de prestígio aos direitos fundamentais e às garantias processuais:

Se nem mesmo o poder judiciário, com todas as garantias que lhe acercam, 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 sói acontecer. Daí por que se constata, na prática do dia-a-dia, tantos abusos por parte dessas comissões [...]"

---

<sup>13</sup> "A sanção administrativa, compreendida como ato administrativo unilateral e imperativo decorrente do exercício da prerrogativa sancionatória, consiste em efetivo instrumento sancionador, que se aperfeiçoa no curso de processo administrativo sancionador [...]" (DE PALMA, 2015, p. 29)  
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Assim, expandiu-se o modelo punitivo administrativo, o que, a depender da leitura, pode sugestionar verdadeira burla às garantias do devido processo legal (penal), como descreve Alice Voronoff (2019, p. 111, 112)

[...] há talvez uma causa ainda mais peculiar para essa expansão acelerada do poder sancionatório da administração pública. Hoje, comunga-se de uma espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal, que incentiva a adoção de respostas alternativas em outros campos [...] esse movimento — orientado à busca de soluções mais efetivas — pode ser inserido em um contexto ainda mais amplo. Refere-se a uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de “administrativização” de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, ademais, a superposição das duas estratégias punitivas.

Este Direito Administrativo Sancionador expandiu-se de tal modo, e em todo o ocidente, e com tal grau de redução de garantias processuais que se tornou, para Alejandro Nieto (2012, p. 27, 28), uma verdadeira ameaça aos cidadãos:

[...] el Estado tiene en sus manos a todos los ciudadanos, de tal manera que el destino de cada uno depende, además del azar de ser sorprendido, de la voluntad de la Administración para castigarle. [...] No hay defensa posible. El uso que hace el Estado de tal supremacía no necesita ser imaginado, puesto que es de sobra conocido sobre todo cuando se trata de personas públicas y hay política por el medio. El infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con su falta. Se trata de dar un ejemplo o de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política. Y todo ello de acuerdo con la ley. Este es el gran sarcasmo que quería poner de relieve: el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías.[...]

Some-se a tudo isto que não se dá por resoluto – de modo satisfatório – a discussão sobre a natureza da distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, se ontológica ou meramente formal. Portanto, também não se resolve satisfatoriamente a questão da extensão da pronúncia do juízo penal sobre o Direito Administrativo Sancionador, como suscitou Claus Roxin (1997, p. 569):

*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.*

Como consequência, não se pacificam os entendimentos sobre a ocorrência ou não de *bis in idem*, quando se cumulam pena e sanção administrativa.

Todas essas construções (ou imperfeições) permitiram que o Direito Administrativo Sancionador servisse de receptáculo ideal para um conjunto de paradigmas que operam em tributo à insegurança jurídica.

Cumprir dizer, o Direito Administrativo Sancionador também vivencia dias de crise dos seus paradigmas constitutivos e, para revisá-los eficazmente, será preciso abandonar definitivamente a noção de que sancionar o indivíduo ao fim de processos pouco garantistas é sinônimo de uma Administração forte e robustecida, mas que em verdade é um tributo que se presta ao arbítrio<sup>14</sup>.

Reunidas estas críticas sobre os vícios que contaminam o Direito Administrativo Sancionador desde sua origem, resta concluir pela necessidade de formular soluções que permitam sua adequação à democracia, forçando-o a uma aproximação à Constituição, ou, dito de outro modo, é preciso constitucionalizá-lo<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> É este o pensamento de Sandro Lúcio Dezan (2021, p. 2): "A proteção de bens e de objetos jurídicos deve ser efetiva, sem se afastar da deferência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e Democrático de Direito."

<sup>15</sup> A constitucionalização do Direito administrativo é, originalmente, uma construção de Gustavo Binenbojm (2008). Mas Flávio Unes Pereira (2007, p. 36) já recorria, em 2007, à teoria da Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

### **3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

O Estado liberal aperfeiçoou-se gradativamente, desde as rupturas liberalizantes do século XVIII, rumo à Constitucionalização e à Democratização. Estes objetivos-programa permanecem em estágio fluido. Isto porque Constitucionalização e Democratização não são títulos estáveis, mas elementos variáveis, que se avolumam ou recrudescem, a cada nova modificação na relação entre Estado e indivíduo, notadamente no campo dos direitos e das garantias individuais.

Dito de outro modo, nem Constituição significa somente o documento escrito extraído do exercício do poder constituinte originário, nem Democracia significa somente a existência de um sufrágio regular, que se realiza periodicamente (ABRANCHES, 2017, p. 176)<sup>16</sup>.

O poder de punir também deve se pautar pelos valores caros à cultura democrática e passar a se orientar segundo regras e princípios, pautados na dignidade humana<sup>17</sup>. Se há justificativas razoáveis para sustentar prerrogativas públicas em posição de verticalidade, em relação ao indivíduo, também há direitos e garantias que devem ser respeitados em favor do acusado nos processos administrativos, mesmo porque, acolhendo, por analogia para o Direito Administrativo Sancionador, as palavras de Aury Lopes Júnior (2018, p. 225) ao

---

adequabilidade normativa, de klaus Günther, para expor um reclame de maiores garantias ao processo administrativo disciplinar, pautado na Constituição: "A resposta correta é resultado, portanto, da reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e assegurada pelas garantias processuais. [...] É a observância concorrente do devido processo constitucional e do princípio da moralidade (reciprocidade) que permite a filtragem dos direitos fundamentais universais."

<sup>16</sup> Sérgio Abranches faz essa abordagem ao menos quanto à democracia: "Faz mais sentido falar em democratização e graus de democratização do que falar em democracia" (ABRANCHES, 2017, p. 174).

<sup>17</sup> Flávio Henrique Unes, ao abordar a sanção nos processos administrativos de natureza disciplinar, estabelece um vínculo direto do processo administrativo com a dignidade humana: "A Constituição da República de 1988, no art. 5º, LV, expressamente assegura o devido processo legal em processos administrativos em que haja litigantes ou acusados, no que se enquadra o processo disciplinar contra servidor público, do qual pode resultar sanção que repercute diretamente na dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2007, p. 39).

avaliar o processo-penal: “condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado”.

Esse Direito Administrativo punitivo, conspurcado com o vício de origem do autoritarismo, atravessou séculos e chega ao século XXI, malgrado tenha sofrido alguns ajustes, ainda como um substrato “não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas da decisão autovinculativa do próprio Poder Executivo” (BINENBOJM, 2014, p. 11), razão pela qual não é de se esperar um conteúdo fiel aos direitos e garantias, e sendo assim, invariavelmente confronta-se com a dogmática (neo)constitucionalista, cuja exegese é de maximização do núcleo da dignidade humana frente a todo o ordenamento.

Dentre os eixos fundantes da nova dogmática constitucional, a “força normativa da Constituição” rompe com a noção positivista de Constituição enquanto “repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2006, p. 8).

A Constituição passa a ser, portanto, um extenso catálogo de normas jurídicas, vinculativas ao particular e à Administração Pública, 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.

Constitucionalizar o Direito Administrativo Sancionador significa promover a idéia de centralidade da Constituição, que “passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 36).

Em grande parte, é deste aporte jusfilosófico que emergem conflitos no Direito Administrativo e, muito especialmente, na sua vertente sancionadora, que se vê no âmago de uma de suas mais agudas tensões, diante de um dilema que resta cada dia mais evidente: visitar e reafirmar sua origem autoritária<sup>18</sup> ou, adequar-se

---

<sup>18</sup> Cabe registrar que Di Pietro (2019, p. 38) se posiciona contrária à tese do autoritarismo do Direito Administrativo moderno: “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.”



aos pressupostos constitucionais de matriz democrática, vindo a superar, por exemplo, a noção de legalidade enquanto vinculação positiva à lei (estricto senso), que possibilita a atuação da Administração “descolada” da Constituição (BINENBOJM, 2014, p. 18, 19):

Com efeito, embora criado sob o signo do Estado direito para solucionar conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo do seu percurso histórico, um processo de descolamento do Direito Constitucional. [...] No mais das vezes, o discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional.

Com este descolamento, a Administração se sente autorizada, por exemplo, a promover atos estritamente legais, porém, inconstitucionais<sup>19</sup>. Uma inquietante premissa autoritária, ainda que juridicamente justificada, mesmo que de forma precária, em uma legalidade administrativa que, em termos dogmáticos e hermenêuticos, dá-se por superada no reconhecimento de eficácia à norma constitucional.

Reconheça-se, porém, e 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, e sem que deste ato resulte sanção ao agente público.

São discretos os avanços. Pode-se dizer um registro, nesse sentido, o Art. 2º; inciso I da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>20</sup> e o Art. 22; §3º da Lei de

---

<sup>19</sup> Agustín Gordillo aborda este conflito com propriedade: “*difícilmente una autoridad administrativa inferior se considerará con competencia para apartarse en un caso concreto de un reglamento que repute ilegal o inconstitucional, y la consecuencia será también que el reglamento se considerará formalmente vigente y se entenderá que debe ser cumplido no obstante su ilegalidad o inconstitucionalidad*” (GORDILLO, 1998, p. 25)

<sup>20</sup> Sandro Lúcio Dezan dá a dimensão desta, aparentemente, pequena modificação: “A Lei 9.784/99, no parágrafo único, inciso I, de seu art. 2º, prescreve que a Administração deverá observar, na formalização e desenvolvimento de processos administrativos, a atuação conforme a lei e o Direito. Essa imposição legal de procedimento hermenêutico representa um dos mais relevantes efeitos da Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>21</sup> (decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Assim, conclui-se que a conformação do Direito Administrativo Sancionador com a nova cultura democrática se dará, em parte, construindo-se dispositivos que concedam maior autonomia para que a Administração atue diretamente vinculada à norma constitucional - como superação de uma leitura anacrônica do princípio da legalidade - muito especialmente quando o fizer, objetivando o respeito às normas "instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais" (BINENBOJM, 2008, p. 14).

A constitucionalização desse ramo do Direito erige como um freio democrático contra um aparato que foi, ao longo de séculos, construído e mantido, em desfavor dos acusados, sob os auspícios de falsas justificativas que remontam à teoria da *puissance publique*<sup>22</sup>, derivada de um modelo de Estado monárquico-absolutista.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As revoluções liberais do século XVIII lograram libertar os homens e as mulheres do arbítrio a que se submetiam em um regime monárquico-absolutista. E a lei foi ofertada como instrumento de segurança para este indivíduo livre, porém solitário.

Mas com a divisão do Estado em poderes autônomos (executivo, judiciário e legislativo), o *jus puniendi* também foi fragmentado, e significativa parcela da autoridade punitiva do Estado alocou-se na Administração Pública, portanto, no Poder Executivo.

---

aceitação da processualidade ampla, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público." (DEZAN 2018, p. 68)

<sup>21</sup> [...] § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

<sup>22</sup> "[...] esta teoria, ao procurar o critério definidor do Direito Administrativo, apontou a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão" (DI PIETRO, 2019, p. 35)

Administração esta que, desde sua concepção, alicerçou premissas em uma autoproclamada posição de superioridade em relação ao administrado, rompendo com a lógica da proposta originária das revoluções liberais, de igualdade de todos perante a lei.

Portanto, formou-se um regime jurídico punitivo no seio da Administração Pública, com atribuições para sancionar por meio de ato administrativo - e não por sentença condenatória - segundo um complexo ordenamento difuso (não codificado), cujas regras e princípios muitas vezes nascem na própria Administração, que irá, ao mesmo tempo, litigar e julgar estes litígios com os administrados.

Some a isso o fato de que a Administração "transportou" também para esses processos administrativos sancionadores, a sua posição privilegiada. E a relação processual que deveria se pautar pela *par conditio* (paridade de armas ou igualdade de oportunidades) passou a se pautar por um evidente desequilíbrio.

São testemunhos dessa desigualdade premissas como: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição e a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei.

Mas os paradigmas do Direito Administrativo Sancionador também enfrentam uma crise aguda, porque tem prestado contribuições para que se mantenha uma tensão permanente entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos.

O processo expansionista deste ramo do Direito tem clarificado uma certa predileção pela imposição de sanção pela via administrativa, ou ao menos tem revelado a hipossuficiência do cidadão diante de um processo sancionador de ritos simplificados, e de menor prestígio aos direitos e garantias individuais.

A atuação constitucionalizada da Administração na apuração de infrações administrativas revela-se uma demanda necessária e urgente para promover a superação de um modelo autoritário, que atua permanentemente contra a liberdade do administrado.

A liberdade dos indivíduos, por si só, não é suficiente para caracterizar uma democracia. Não há também democracia em nível satisfatório, onde há indivíduos

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

livres, mas permanentemente ameaçados por um ordenamento jurídico desproporcional, de pouca clareza, e de reduzidas garantias e que, por isso, é permissivo de fisiologismos e de uma vasta possibilidade de iniquidades.

A melhor contribuição que o Direito Administrativo Sancionador pode dar à democracia é aproximar-se da Constituição, tornar mais denso o arcabouço normativo da juridicidade administrativa, e sinalizar a todos que não presta tributo à insegurança jurídica.

Democracia esta que não se fortalece com uma Administração Pública que se agiganta diante dos cidadãos com força desproporcional. Aliás, a desproporcionalidade na relação entre Estado e cidadão é característica marcante, não da democracia, mas de regimes totalitários.

Permitir que o Direito Administrativo Sancionador, apoiando-se em leituras ortodoxas da lei, outrora ofertada como substituta da seguridade da coletividade, seja obstáculo à consecução do ideal de liberdade, é o paradoxo maior no processo de afirmação dos direitos humanos no pós-revolução.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **A Era do Imprevisto**: a grande transição do século XXI. Editora Companhia das Letras, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641/9106>. Acesso em: 05 out. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3ª ed. Revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 1999.

COSTA, JOSÉ ARMANDO DA. **Incidência Aparente de Infrações Disciplinares**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. Curso moderno de graduação. – 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na Administração Pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

DEZAN, Sandro Lúcio et al. **O conteúdo valorativo da norma jurídica: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da administração pública**, 2018. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/239>. Acesso em: 15 set. 2021.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel et al. **Teoria geral do processo**. – 32. ed., ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**. Civitas, 1998.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo-Tomo 8: parte general**. Fundación de Derecho, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. Aury Lppes Jr. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

ROXIN, Claus et al. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 1, p. 107-140, 2019.