

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O enunciado 665 da súmula do stj e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador: a “ciranda de pedra” da prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro

STJ rule 665 and the systemic structure of sanctioning administrative law: the “stone circle” of the constitutional practice of the new paradigms of Brazilian administrative law

Pedro Brabo dos Santos

Flipe Lôbo Gomes

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: Os CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL.....	13
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IDENTIDADE ONTOLÓGICO-ESTRUTURAL: ENTRE ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS E SEU CONTRIBUTO À MATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira	
O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A “CIRANDA DE PEDRA” DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	29
Pedro Brabo dos Santos e Flípe Lôbo Gomes	
LEGALIDADE, JURIDICIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	49
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet	
O ERRO GROSSEIRO PREVISTO NO ART. 28 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/1942: APORTES TEÓRICOS PARA UMA CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL	69
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira	
PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DA CULPA E DO ERRO GROSSEIRO: O HOMEM MÉDIO MORREU?.....	84
Odilon Cavallari	
A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE.....	110
Alberth Sant’Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho	
TIPICIDADE NAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES: O DESAFIO DA CERTEZA DO DIREITO EM UM DOS PRINCIPAIS CAPÍTULOS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA ESTATAL.....	125
André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho	
MILITARES ESTADUAIS E MOVIMENTOS GREVISTAS: DIVIDENDOS POLÍTICO-ELEITORAIS E INSTABILIDADE DISCIPLINAR INTERNA	145
Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota	
O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A LEGITIMAÇÃO DO USO DE SEGUROS E DE FUNDOS ESPECIAIS PARA A PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	158
Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella	
A AVALIAÇÃO DE IMPACTO E DE RESULTADO REGULATÓRIO COMO ESPECTROS DE POLÍTICA REGULATÓRIA-SANCIONATÓRIA EFICIENTE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES À LUZ DA ACCOUNTABILITY	183
Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto	

POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA	208
DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: REDES INTERSETORIAIS E AS ESTRATÉGIAS DE GESTÃO	210
Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva	
O DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E CHILE	234
Janaina Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc	
A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU: UMA ANÁLISE DO PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ –PR E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	253
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE	279
SERÃO OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS O CAMINHO PARA O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE?	281
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto	
POLICY HANDLING TO ACCELERATE STUNTING REDUCTION IN KUPANG TENGAH DISTRICT, REGENCY EAST NUSA TENGGARA PROVINCE	303
William Djani e Jeny Jacoba Therikh	
OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS	318
HARNESSING NOVEL TECHNOLOGIES TO FORTIFY ANTI-CORRUPTION EFFORTS: ASSIMILATING INDIA’S EXPERIENCES INTO UZBEKISTAN’S FIGHT AGAINST CRIMINALITY	320
Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich	
NEXUS OF PUBLIC SERVICE INTERVENTIONS AND SOCIAL DEVELOPMENT: LITERATURE SYNTHESIS.....	341
Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi Dewi	
INVESTIMENTO-ANJO: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA FISCAL PARA INVESTIMENTOS DE ALTO RISCO	365
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade	
MOTIVAÇÕES DOS CONSUMIDORES PARA INCLUÍREM O NIF NAS FATURAS.....	384
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira	
BUILDING TRUST IN POLICING: CHALLENGES AND STRATEGY.....	402
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew	

O enunciado 665 da súmula do stj e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador: a “ciranda de pedra” da prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro*

STJ rule 665 and the systemic structure of sanctioning administrative law: the “stone circle” of the constitutional practice of the new paradigms of Brazilian administrative law

Pedro Brabo dos Santos**

Filipe Lôbo Gomes ***

Resumo

O objetivo deste artigo é fornecer apontamentos sobre como o enunciado 665 da súmula do STJ relaciona-se com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador. A análise terá como prisma a prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro. O trabalho desenvolvido é inédito, diante da recente publicação do enunciado 665 da súmula do STJ. Seu valor, portanto, reside na análise de um novo importante marco jurisprudencial a respeito de um tema pulsante na prática jurídica brasileira. Dirige-se a todos aqueles que militam na área do direito administrativo sancionador ou em áreas que sofrem sua influência, como a da improbidade administrativa. A metodologia será desenvolvida com base na linha da análise qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Serão utilizados artigos científicos, bem como livros de conteúdo específico e documentos. Concluiu-se da análise empreendida que o enunciado 665 da súmula do STJ tem alcance muito maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indiciar, alcançando os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador, bem como que demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo nesse âmbito é permeada por uma verdadeira “ciranda de pedra”¹, em que o aparante movimento, as aparantes transformações dos antigos paradigmas parecem desaguar em anacronismos

* Recebido em: 29/02/2024

Aprovado em: 24/05/2024

** Graduado em Direito pela UFAL. Mestrando em Direito Público pela UFAL. Advogado.

E-mail: pedrobrabo81@gmail.com

*** Doutor em Direito pela UFPE. Professor no mestrado e na graduação em Direito da UFAL e do CESMAC. Professor da Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Pesquisador líder do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos da Regulação e da Nova Gestão Pública. Sócio fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado de Alagoas - IDAA. Vice-Diretor da FDA-UFAL. Procurador-Geral do TJ-AL.

E-mail: filipelobo78@gmail.com

¹ Ciranda de pedra não é um termo propriamente científico. Não há uma definição registrada. Consiste em uma metáfora que se utiliza com base no romance “Ciranda de Pedra”, de Lygia Fagundes Telles. Pelas produções acadêmicas que tratam do citado romance, pode-se dizer que seria possível entender o termo como representativo de um círculo fechado que dá a forte impressão de inclusão. Denotaria um aparente movimento de inclusão, tal como a brincadeira a que alude. Mas, o contexto em que estaria inserida a ciranda a mostraria como imóvel e impenetrável sob certo ponto de vista (CARVALHO, Patrícia Oliveira. Um estudo da representação da mulher em Ciranda de pedra, de Lygia Fagundes Telles. MOSAICO, v. 18, n. 1, 2020).

sistêmicos que criam realidades diferentes em relação à internalização dos avanços do constitucionalismo brasileiro neste ramo específico do direito.

Palavras-chave: Enunciado 665 da súmula do STJ. Direito administrativo sancionador. Estrutura sistêmica. Prática constitucional. Direito administrativo brasileiro. Novos paradigmas.

Abstract

The aim of this article is to provide some insight into how STJ precedent 665 relates to the systemic structure of administrative sanctioning law. The analysis will be based on the constitutional practice of the so-called new paradigms of Brazilian administrative law. The work developed here is unprecedented, given the recent publication of STJ precedent 665. Its value, therefore, lies in the analysis of an important new jurisprudential milestone in a pulsating issue in Brazilian legal practice. It is aimed at all those who work in the area of administrative sanctions law or in areas that are influenced by it, such as administrative improbity. The methodology will be developed along the lines of qualitative analysis, using the hypothetical-deductive method. Scientific articles will be used, as well as books with specific content and documents. It was concluded from the analysis undertaken that STJ precedent 665 has a much wider scope than the literal interpretation of its text might indicate, reaching all processes that, like the disciplinary administrative process, convey administrative sanctioning law, as well as demonstrating, through its relationship with the systemic structure of administrative sanctioning law, that the constitutional practice of the so-called new paradigms of administrative law in this area is permeated by a veritable circle of stones, in which the apparent movement, the apparent transformations of the old paradigms seem to flow into systemic anachronisms that create different realities within the internalization of the advances of Brazilian constitutionalism in this specific branch of law.

Keywords: STJ precedent 665. Administrative sanctioning law. Systemic structure. Constitutional practice. Brazilian administrative law. New paradigms.

1 Introdução

No presente artigo, pretende-se fornecer apontamentos, à luz da prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, sobre os possíveis contornos da relação do enunciado 665 da súmula do STJ com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Parte-se do pressuposto de que o direito administrativo sancionador possui uma estrutura sistêmica clara e definida. Embora haja inúmeras discussões na doutrina sobre a identidade do direito administrativo sancionador em si, entende-se que há espaço de consenso o suficiente para entender esse ramo da seara do direito administrativo como pertencente ao sistema de direito público sancionador.

Define-se esse sistema como aparato lógico jurídico necessário à aplicação do *ius puniendi* estatal. Sua estrutura advém das normas e garantias fundamentais incidentes a respeito do poder punitivo do Estado. É, portanto, uma estrutura permeada pelas noções fundamentais de um processo constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Planeja-se averiguar, ainda que não de forma exauriente, de que forma esse enunciado, que representa simplesmente a cristalização de um entendimento que já era defendido e avançava na jurisprudência do STJ, considerou os aspectos relevantes que integram a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Pretende-se investigar, de forma específica, dentre esses aspectos, como o citado enunciado relaciona-se com a ideia da constitucionalização do direito administrativo em relação à superação do Princípio da Legalidade como classicamente definido, com a consolidação da ideia de juridicidade e de equilíbrio de poderes.

Sempre houve discussões, em vários países ocidentais, sobre o controle do chamado “mérito administrativo”. O tema mostra-se especialmente relevante por tangenciar, por meio da definição de limites à possibilidade de controle da decisão no processo administrativo, as possibilidades de judicialização relativas ao direito administrativo sancionador, tema que já tem sido objeto de intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

O texto será dividido em 4 partes. A primeira delas constitui esta introdução. A segunda o conteúdo do enunciado 665 da súmula do STJ e seu alcance, segundo uma análise sistêmica fundamentada no direito administrativo sancionador. A terceira parte contempla o enunciado 665 em relação à prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo, permeada por uma ciranda de pedra, em que as aparentes transformações dos antigos paradigmas implicam anacronismos sistêmicos que criam realidades diferentes em relação à internalização dos avanços do constitucionalismo brasileiro nesse ramo específico do direito. A última parte do texto constitui a conclusão.

2 O enunciado da súmula 665 do STJ e seu alcance: a identidade e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador

Os enunciados de súmula são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos de um determinado tribunal superior. Eles têm por função orientar a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada por aquele tribunal. No caso do STJ, esses enunciados elucidam entendimentos consolidados em sua função de unificação da interpretação das leis federais.

O enunciado 665 da súmula do STJ² foi aprovado em 13 de dezembro de 2023, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é especializada em direito público. O entendimento foi fixado em uma Questão de Ordem no MS 19.995 DF³, de relatoria do ministro Gurgel de Faria.

Conforme o informativo 799 do STJ⁴, o conteúdo do enunciado 665 é:

o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

O enunciado refere-se, de forma precisa, ao PAD (Processo administrativo disciplinar). No entanto, não parece racional sustentar que seu alcance encerre-se nele. Eis um dos problemas fundamentais dos enunciados de súmula. São frequentemente elaborados sem que se possa mensurar seu alcance de forma precisa.

Ainda que não seja tão óbvio ao observador que normalmente não transita pelo direito administrativo sancionador, o processo administrativo disciplinar é um processo administrativo sancionador⁵. É processo

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 665. O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2024.

³ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). MS 19995/DF: Mandado de Segurança. Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n.º 799. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar.

que veicula, de forma atenta, a sua especificidade, o *ius puniendi* estatal. A sua especificidade é a imposição de sanções disciplinares, espécie de sanção administrativa, em consequência da prática de falta grave pelo agente público. Por consequência dessa definição, é processo que pertence à seara do direito administrativo sancionador⁶.

Apresenta-se, nesse sentido, a questão conforme a visão que atualmente se tem sobre o direito administrativo sancionador. A definição tradicional da doutrina é no sentido de que o direito administrativo sancionador constitui a expressão do poder punitivo estatal efetivada por meio da Administração Pública em face do particular ou administrado⁷. Tradicionalmente, a visão é de que ele representa a parte do direito administrativo que cuida da imposição de sanções.

Ir além da definição tradicional, porém, é necessário diante de como tornou-se complexa tarefa de definir o direito administrativo sancionador diante dos avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais das transformações atuais do direito administrativo brasileiro⁸. A dificuldade em sua conceituação não está, propriamente, na sua definição, no entanto, mas, na interpretação desta. A problemática refere-se ao elemento “sanção”.

A depender do referencial adotado para definir “sanção”, pode-se perceber os contornos definidores do direito administrativo sancionador segundo a espécie de sanção que a Administração Pública impõe, se utilizada a visão tradicional de que ela impõe as sanções nesse ramo.

Fábio Medina Osório — que é um importante estudioso da área —, por exemplo, define sanção administrativa de forma similar às correntes definições de sanção penal. Considerando-se as dimensões formal e material do direito administrativo em conta, define a sanção administrativa como mal ou castigo, dotado de efeitos aflictivos, imposto em decorrência da prática de conduta ilegal, tipificada em norma que a proíbe, com finalidade repressora ou disciplinar⁹.

Nesse sentido, autores como Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia são capazes de apontar a necessidade de atenção ao fato de que sempre foi extremamente difícil para os juristas a identificação das características próprias das sanções administrativas e penais. Para o autor, a própria inexistência de regulação legal específica sobre o direito administrativo sancionador já não permite uma precisa delimitação conceitual. Além disso, a existência de uma zona de penumbra grande demais para ser ignorada entre as duas espécies de sanções e, por consequência, de seus dois campos normativos¹⁰.

José Roberto Pimenta Oliveira, por seu turno, sustenta a insustentabilidade da definição tradicional de que o direito administrativo sancionador se resume à aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública. Para ele, o direito administrativo sancionador não se esgota no campo da atividade jurídico administrativa da Administração Pública, se esta for entendida como sinônimo de Administração Pública Direta e Indireta, vinculada ao Poder Executivo dos entes federativos. Defende que a atividade sancionadora regida pelo DAS existe, também, no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário¹¹.

A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, p. 11-55, 2009. p. 12.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. Revista do Direito Público, v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017. p. 184-185.

⁷ GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v.7, n°2, mai./ago. 2021, p. 467-478.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder et al. Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – Curitiba: Íthala, 2016.

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87 e 106-107.

¹⁰ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 109. p. 773– 793. jan./dez. 2014. p. 773-774.

¹¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.97.

É nesse caminhar que os autores que se debruçam sobre essa seara têm apoiado a tese de que, diante da expansão do direito penal no direito brasileiro, num fenômeno jurídico a que tem sido atribuída a alcunha de “administrativização do direito penal”¹², ocorreram condutas não tipificadas como ilícitos penais, mas detentoras de elevada relevância social, passaram a receber pelo Judiciário tratamento em seara diferente da penal. Isto teria tornado claro que o direito administrativo sancionador também se desenvolve em processos judiciais¹³.

Nessa esteira, os autores afirmaram que a identidade desse ramo do direito público permanece em construção. Nesse sentido, deve-se considerar a fixação de seus fundamentos e bases no próprio direito administrativo, a fim de que não se perca de vista que sua função não deixa de ser a de tutela e realização de interesses públicos. Esse componente não implica afastar “a necessidade de exame rigoroso do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, expressa ou implicitamente, previstos na Constituição, na tutela das situações jurídicas afetadas por potestades sancionadoras”¹⁴.

Nesse sentido, sobressalta-se a necessidade de diferenciá-lo do direito penal. A diferenciação constitui parte de sua definição. Assim, por exemplo, conforme Sandro Lúcio Dezan, acerca da inexistência de diferenças qualitativas e quantitativas das sanções das suas áreas¹⁵, a definição aproxima-se da expressão do *ius puniendi* estatal, voltada à responsabilização do agente público em sentido amplo e/ou do particular, em seara não penal.

Esses apontamentos são necessários para afirmar-se, com considerável grau de segurança, que o alcance do enunciado 665 não se pode restringir ao processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, todo o processo em que o Direito Administrativo Sancionador for veiculado estará sujeito a esse entendimento.

A uma análise sistêmica, na verdade, desvela-se que o que foi fixado pelo STJ, intencionalmente ou não, em essência, constitui um entendimento acerca dos limites do exame jurisdicional do mérito administrativo, tema que os tribunais superiores enfrentam com frequência, com variedade de posicionamentos.

Assim, se é verdade que todos os processos que veiculam o Direito Administrativo Sancionador possuem um mesmo núcleo duro de características fundamentais, então, não haveria fundamento para se sustentar que um entendimento consolidado acerca dos limites do judiciário no controle do mérito administrativo fosse aplicável ao processo administrativo disciplinar, mas não o fosse para processos que com ele partilham o enquadramento na mesma seara do direito administrativo sancionador e, que têm, portanto, o mesmo núcleo duro de características fundamentais¹⁶.

A racionalidade da existência desse núcleo duro de características fundamentais pode ser plenamente sustentada em função de a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador ser lida conforme as noções relativas ao que a doutrina especializada tem chamado de “sistema de direito público sancionador”.

Sandro Lúcio Dezan, talvez o autor que de mais forma consistente tem contribuído para a difusão desta tese na literatura jurídica brasileira, sustenta que o direito de punir do estado, o já referido *ius puniendi*, é uno e fundado em uma lógica jurídica coercitiva de coerência, unidade e completude, representativa da teoria dos sistemas jurídicos. Essa unidade do direito de punir, contudo, divide-se em sistemas ou subsistemas e regimes jurídicos, em virtude das espécies de bens e objetos jurídicos que constituem objeto de proteção

¹² GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos - 2ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.121.

¹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.121-122.

¹⁵ DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

¹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

específica. Essa proteção específica é coordenada pelos fins de cada ramo jurídico. Para ele, então, existe um sistema maior que engloba todos os ramos do direito punitivo estatal, formado por linhas normativas basilares da lógica sancionadora do Estado¹⁷.

O direito público sancionador é esse suprassistema dotado de uma lógica pré-epistêmica que permeia todas as normas de que depende o poder punitivo do Estado¹⁸. Engloba subramos, que são divisões epistemológicas que não desnaturam os elementos que fundam e formam as bases lógicas, funcionais e finalísticas de cada ramo do direito punitivo. A função desse suprassistema é ser balizador da justiça no âmbito da administração do poder punitivo do Estado¹⁹.

Apresenta-se em modelos, padrões, caminhos sistêmico-dogmáticos, a darem lastro de normatividade constitucional ao direito público em seu ramos, que se reúnem em torno de um núcleo de direitos fundamentais, de ordem material e de ordem processual. O escopo é o de dar adequada proteção a todos os bens/objetos jurídicos de cada subramo. Uma proteção efetiva. Proteção eficaz que não se afasta da deferência aos direitos e garantias fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e Democrático de Direito. O que fundamenta e une todo o sistema é o valor jurídico da justiça²⁰.

A premissa de que parte o autor para construir toda a tese é a de que os sistemas e subsistemas de direito público devem obediência à Constituição. Mais do que isso, devem ser lidos segundo a noção de que ela constitui filtro axiológico de todo o ordenamento jurídico²¹. Desde seus fundamentos até as suas finalidades. Pois, “esses vieses da norma sancionadora são corolários da certeza e da justiça do Direito, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito”²².

Essa premissa assenta-se no que a doutrina administrativista e processualista já assinala acerca do Processo Administrativo Disciplinar há, pelo menos, uma década: a necessidade de uma releitura do processo administrativo em face da constitucionalização dos direitos administrativo e processual. Os autores apontam que, no plano da efetividade, ainda não foram incorporados a ele os avanços do constitucionalismo brasileiro, uma vez que segue sendo efetivado segundo um viés instrumentalista apoiado em construções jurisprudenciais²³.

A esse respeito, Sérgio Henrique Zandona Freitas²⁴ aduz que:

Necessária uma completa e impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil, buscando reestabelecer o desfigurado sistema, que foi rompido por distorções produzidas, por uma desvirtuada interpretação jurisprudencialista, i.e. Súmula Vinculante n. 5 do STF, descompromissada com o Devido Processo Legal, o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito. Logo, firma-se aqui a tese de que o processo administrativo disciplinar pátrio é falho e inquisitista, vez que não abarca a devida técnica normativa, que tenha foco na superação da instrumentalidade do processo. Assim, explicitando a presente tese, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar

¹⁷ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma Teoria do Direito Público Sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

¹⁸ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.38.

¹⁹ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.1.

²⁰ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 38.

²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

²² DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.3.

²³ FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. Belo Horizonte, 2014.

²⁴ FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. Belo Horizonte, 2014. p.156.

às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma Administração Pública Dialógica e a transferência de seu estudo para o Direito Processual da Administração Pública Democrática, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado.

A premissa, exposta dessa forma, especialmente no que pertine ao processo administrativo disciplinar, permite vislumbrar, com maior clareza, o enquadramento do subsistema ou subramo do direito administrativo sancionador dentro do suprasistema de direito público sancionador.

Consoante o próprio Dezan²⁵:

todos os sub-ramos do direito punitivo do Estado prestam deferência aos princípios informativos de um direito sancionador publicístico de caráter aprioristicamente geral, não codificado e, deveras, por vezes, balizados por valores axiomáticos não escritos (mas positivados, pela ideia de sistema jurídico, como espécie de pressuposto do direito, materializando, assim, o (sub) texto ou o (com)texto do direito), que declina os fundamentos da coluna vertebral punitiva estatal. Consta-se uma ontologia unitária do sistema sancionador que surte efeitos, por exemplo, na própria identidade entre os ilícitos de direito público, distinguindo-se apenas e em alguns Casos pela espécie de sanção cominada que, por sua vez, depende dos níveis pretendidos pela coerção e, não obstante, das espécies de bens jurídicos protegidos em cada ramo epistemológico.

Conforme a identidade e estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprasistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indicar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

3 A ciranda de pedra: os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro e sua prática constitucional

A ciranda de pedra é uma metáfora que se utiliza com base no romance “Ciranda de Pedra”, de Lygia Fagundes Telles²⁶. Ela é um círculo fechado que dá a forte impressão de inclusão.

Lançado em 1954, esse romance narra a história de uma família de classe média abalada em seus alicerces pela loucura, pela paixão e pela morte. Um casal de classe média se separa. A caçula, Virgínia, é a única das três filhas que vai morar com a mãe. É do ponto de vista dessa menina deslocada e solitária que se narram os dramas ocultos sob a superfície polida da família. Pois, depois da morte da mãe, a personagem reside com seu pai, que já tem uma família estabelecida a partir de outro relacionamento.

O romance é contextualizado no período histórico e social do Brasil do pós-guerra, marcado por transformações e resistências nas relações de gênero e na emancipação feminina. A casa era, no contexto, como um símbolo de uma família. Quando passa a morar com o pai, ela afeta a identidade da personagem, que se divide entre dois núcleos opostos e se sente excluída de ambos²⁷.

²⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.5.

²⁶ TELLES, Lygia Fagundes. Ciranda de pedra. São Paulo, 1982.

²⁷ DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em Ciranda de Pedra, de Lygia Fagundes Telles. Revista Légua & Meia, v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

No jardim da casa de seu pai, em que passa a morar, há uma ciranda de anões feita de pedra, no jardim, o que se articula à metáfora da ciranda de pedra. Ela denota um aparente movimento de inclusão, tal como a brincadeira a que alude. Mas o contexto em que está inserida mostra-a como imóvel e impenetrável sob certo ponto de vista.

No romance, a autora constrói a personagem de modo a deixar claro que a sua personalidade é marcada pela falta de afeto materno, pela agressividade e pela repressão de seus sentimentos, que a levam a uma vingança contra os membros da ciranda que a excluíram de seu círculo social. Ela é como uma vítima sacrificial que garante a ordem e a harmonia da família de seu pai²⁸.

A autora utiliza, inclusive, metáforas relacionadas aos contos de fadas para representar o mundo subjetivo da personagem, que vive entre dois núcleos familiares conflituosos e se sente excluída da ciranda, símbolo da sociedade burguesa²⁹.

A utilidade dessa metáfora, que se articula à literatura, para um artigo científico da área do direito, está em se propor uma ilustração que tem elementos capazes de ofertar representações das diferentes percepções de realidade que podem existir em relação à prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, adotado o referencial da jurisprudência.

A doutrina e a jurisprudência são permeadas por um mesmo contexto de ruptura dos antigos paradigmas dentro de um novo cenário do constitucionalismo. Contudo, em que pese a doutrina tenha reconhecido e avançando no conhecimento dos novos paradigmas, a prática constitucional levada a efeito pelos tribunais reflete, ainda, o ritmo próprio do caminhar da jurisprudência, que, às vezes e em certos aspectos e áreas, ainda não reconhece, harmonicamente, que a realidade em que está inserido todo um ramo do direito dialoga em busca de uma nova e harmônica compreensão.

No direito administrativo, as noções doutrinárias clássicas ainda são a base da compreensão dos magistrados. Observa-se, ainda, uma certa relutância em dirigir a prática constitucional desses paradigmas em harmonia com o contexto constitucionalista em que estão, atualmente, inseridos.

Dessa forma, ainda que em algumas matérias os avanços do constitucionalismo sejam tão claros a ponto de a prática constitucional dos novos paradigmas ser feita de forma harmônica com o contexto, existem outras áreas, via de regra, menos evidentes à comunidade jurídica, em geral, e nas quais esses paradigmas integram a identidade e a estrutura de um subramo, que servem como vítimas sacrificiais, em que se realiza essa prática em desacordo com o contexto constitucionalista em nome de uma pretensa sobrevivência de alguns dos antigos paradigmas.

A inclusão, então, não deixa de ser diferente do que aparenta. Não é totalmente harmônica. Há relativizações. Nesse caso, por exemplo, o STJ criou uma regra com âmbito de aplicação, de alcance, extremamente amplo, sem considerar que um entendimento consolidado dessa forma pode atingir os demais paradigmas de forma destoante do contexto constitucionalista em que estão atualmente inseridos.

Por isso, entende-se que a prática constitucional desses novos paradigmas esbarra em uma ciranda de pedra. Esses paradigmas, tratados de forma desarmônica em um contexto macro, podem produzir conflitos entre as estruturas teórico-identitárias e práticas de alguns dos subramos do direito administrativo, gerando consequências nem sempre claras, mas sempre refletidoras de um cenário de exclusão de alguns paradigmas da prática constitucional atenta ao contexto constitucionalista atual.

²⁸ LIMA, Carina Bertozzi de. Superfície e subterrâneos: significações de morte, perda e renascimento em Ciranda de Pedra. Orientador: Alamir Aquino Corrêa. Tese (Doutorado em Estudos Literários) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários. Londrina, 2013.

²⁹ CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. Revista de Letras Norte@mentos, v. 15, n. 38, 2022.

A edição do enunciado 665 da súmula do STJ, como já se afirmou, é meramente a consolidação de um entendimento que já há bom tempo é defendido pelo tribunal. Ao fim e ao cabo, o enunciado representa mais um passo jurisprudencial no sentido de limitação do controle jurisdicional do mérito administrativo.

Contudo, apresenta-se que o enunciado é, na prática, mais do que pretende a sua literalidade. Ele tem um efeito jurídico extremamente amplo em função da identidade e da estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

O enunciado 665 coloca em xeque o que a doutrina do direito administrativo brasileiro tem pontuado acerca da constitucionalização desse ramo do direito em dois aspectos fundamentais: a transformação do Princípio da Legalidade em Princípio da Juridicidade e a transformação do Princípio da Separação de poderes em Princípio do Equilíbrio de Poderes³⁰.

Deve-se pontuar que o fenômeno da constitucionalização não é restrito ao direito administrativo. A constitucionalização do direito administrativo está inserida em um contexto de constitucionalização do direito. É um contexto neoconstitucionalista, forjado por um novo supraparadigma que reflete as mudanças profundas que ocorreram na cultura jurídica contemporânea. A preocupação intrínseca de cada um dos ramos do Direito deixou de ser ensimesmada, e já não é mais senão a de contribuir para a realização dos valores constitucionais³¹.

É preciso considerar, por isso, que o emprego da expressão “constitucionalização” pode assumir diferentes conotações a depender do sentido de sua utilização. Luís Roberto Barroso aponta que essa expressão comporta múltiplos sentidos. Pode-se usá-la para designar, simplesmente, qualquer ordenamento jurídico que tenha a Constituição em seu centro, em posição de supremacia³².

O autor defende, no entanto, que esse talvez não seja o seu adequado significado. Para ele, a posição de supremacia da Constituição é a premissa, a noção preliminar que suplanta a constitucionalização do direito, em todos os seus ramos. Não configura, por si só, o fenômeno em si. Se assim o fosse, faltaria especificidade à expressão³³.

O sentido também não seria a simples inclusão, em relação ao texto constitucional, de inúmeros temas afetos ao direito infraconstitucional. O sentido da expressão consiste em indicar a expansão das normas constitucionais. Conforme afirma Barroso, ao destrinchar a importância da discussão em torno da expressão, “a ideia 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”³⁴.

Nesse sentido, compreende não ser definidora do fenômeno da constitucionalização a inclusão de temas do direito infraconstitucional na Constituição, mas a (re)interpretação de seus institutos à luz dela, de seus valores, seus princípios, sua normatividade³⁵. O que ocorre no caso do direito administrativo sancionador, que tem sua identidade e estrutura advindas da ressignificação do direito administrativo e do direito sancionador.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.216.

O sentido da utilização da expressão para designar o impacto desse fenômeno, na seara do direito administrativo, pode ser determinado em face de todas as mudanças ocasionadas pela estrutura que lhe foi dada pela Constituição, que teve para com este ramo especial preocupação. Sem que se olvide que a Carta Magna foi detalhista em diversos aspectos, o mais importante ponto de mudança foi a inauguração de um novo regime jurídico-administrativo, suplantado pela relativização de antigos paradigmas, visando privilegiar os direitos fundamentais³⁶.

Para os fins do presente trabalho, interessam os dois pontos já destacados. Primeiramente, a vinculação do agente administrativo à Constituição. Se houver confronto entre dois atos normativos, a opção do administrador deve recair na Constituição, com o afastamento da lei inconstitucional. É a quebra do paradigma da legalidade convencional, de que o agente administrativo somente adota condutas conforme o que a lei determina ou autoriza. É o agir pautado diretamente — até mesmo, independentemente —, pela Constituição. Transformou-se o princípio da legalidade em princípio da juridicidade³⁷.

O segundo — e mais importante para este trabalho —, é a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, que significou o rompimento do paradigma da limitação do judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública. Os princípios constitucionais gerais e aqueles específicos, setoriais, ressignificam e passam a permitir, diante da irradiação, da expansão das normas constitucionais, o controle da discricionariedade administrativa, do mérito administrativo³⁸.

Esse segundo aspecto é o mais interessante por decorrer da nova compreensão da divisão de poderes em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. à luz da tradicional compreensão da separação de poderes, tal rompimento do paradigma da limitação do judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública não poderia ter ocorrido. A vinculação de todos os poderes ao compromisso constitucional de máxima efetividade dos direitos fundamentais, porém, foi exigente de uma transformação. Essa transformação redundou na concepção de um equilíbrio de poderes como fórmula jurídica capaz de adequar a necessidade de divisão dos poderes da República à necessidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

É com fundamento nessas transformações que os autores passaram a defender que, na nova realidade do direito administrativo brasileiro, a visão tradicional do mérito administrativo como inacessível à apreciação do poder Judiciário, assumiu o aspecto de uma fase ultrapassada do controle judicial da administração. Esses autores, inclusive, afirmam que essa visão tradicional constitui, atualmente, um mito. Como afirma Belizário Antônio de Lacerda, “(...) afirmar modernamente que o mérito do ato administrativo é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, atualmente, não passa de um mito jurídico”³⁹.

Sobre essa temática, pertinentes as considerações de Fábio Lins de Lessa Carvalho, que, no artigo intitulado “De um passado de contradições e um presente partilhado por dois mundos a um futuro pragmático: notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil”, analisa a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil, desde o século XIX até os dias atuais, a fim de perceber melhor essas mudanças. Essa análise é valorosa para o presente trabalho, uma vez que a trajetória do controle dos atos administrativos serve para perceber a evolução do controle jurisdicional do mérito administrativo⁴⁰.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos et al. Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³⁷ FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público. Revista de Direito Brasileira, v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo— 7. ed.— São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 220-221.; JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional.— 2. ed. rev. ampl. e atual.— Salvador: JusPODIVM, 2008. p.48-50.

³⁹ LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. Em: Jurisprudência mineira, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 63, n. 200, mar/jan. 2012, p. 37-40, 2012. p.40.

⁴⁰ DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos

O autor propõe uma divisão em três momentos históricos: o primeiro, marcado pela contradição entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade; o segundo, marcado pela convivência do novo e do antigo paradigma de controle; e o terceiro, marcado pela perspectiva de uma virada pragmática do direito administrativo.

O primeiro momento histórico seria marcado por uma “progressão de contenção” do controle judicial, influenciado pelo direito francês e pela separação dos poderes formalistas. O segundo, pela convivência do novo e do antigo, com a constitucionalização do direito administrativo e a adoção da juridicidade como critério de controle, mas também com a persistência de teorias antigas e de resistências ao controle judicial⁴¹.

Para o autor, o passado é marcado por uma “progressão de contenção” do controle judicial, baseada em teorias como o desvio de poder e os motivos determinantes, mas ainda limitada pelo mérito administrativo. O presente, pela constitucionalização do direito administrativo, que amplia as possibilidades de intervenção judicial baseada em princípios, mas também poderia gerar uma relativa flexibilidade e insegurança jurídica. E o futuro, pela influência de uma possibilidade de “virada pragmática” do direito administrativo, que levaria a uma análise que considera as consequências e o contexto dos atos administrativos, exigindo conhecimento interdisciplinar dos juristas⁴².

É nesse sentido que o autor discute o papel da separação dos poderes em relação à evolução do controle judicial, defendendo que esse princípio deve ser problematizado e reformulado para acompanhar as mudanças institucionais e de controle exigidas pela sociedade em um Estado Democrático de Direito, pois tem um papel relevante na definição dos limites e da intensidade do controle judicial, uma vez que pode afetar a dinâmica e o compromisso do controle judicial com os preceitos do modelo político escolhido pela Constituição e seus novos desafios⁴³.

É por isso que este é o ponto fulcral da discussão que se propõe em relação ao enunciado 665. Pois, com esse novo paradigma, inaugurou-se um novo papel para o judiciário. E iniciou-se, por consequência, uma nova relação entre judiciário e administração pública. Essa nova relação é parte dos contornos do direito administrativo sancionador.

A discussão levantada pelo enunciado da súmula referido deve ser fundada nessas contribuições doutrinárias porque, no fundo, o enunciado lida com os limites sobre os critérios decisórios no âmbito da administração pública e, conseqüentemente, com a relação entre interpretação, processo e decisão no direito administrativo.

Relativamente a isso, Fernando Rodrigues Martins propõe que uma visão técnico-jurídica adequada nessa temática deve ser suplantada por uma compreensão hermenêutica e processual do direito administrativo. Uma visão superadora da discricionariedade e da legalidade como únicas balizas decisórias. É nesse sentir que defende que a decisão administrativa deve ser reconstruída sobre as bases hermenêuticas do direito e

atos administrativos no Brasil. RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021.

⁴¹ DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p. 266-277.

⁴² DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p. 277-281

⁴³ DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p.281-286

que, por meio do processo, possa ser controlada e fiscalizada democraticamente, sem perder sua autonomia e seu traço político⁴⁴.

O autor, ao discutir os novos paradigmas do direito administrativo, apresenta uma visão hermenêutica desse ramo jurídico que, além de demonstrar e justificar que a processualização da administração pública pode ser um elemento prévio de controle da decisão administrativa, aponta que é essencial um controle hermenêutico nas decisões administrativas, e que o processo é o palco para a realização desse sistema de limites⁴⁵.

Para Martins, a hermenêutica é essencial para a realização da Constituição e para a superação do paradigma da discricionariedade, que permitiria uma liberdade de escolhas arbitrárias. Por isso, sustenta que o controle hermenêutico deve ser exercido tanto na esfera administrativa quanto na esfera jurisdicional, e que o processo é o *locus* para tal exercício, pois garante o equilíbrio⁴⁶ entre o constitucionalismo e a democracia⁴⁶.

É nesse vagar que os autores entendem que a evolução do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo aponta no sentido de que ele deve ser fundado na juridicidade, ou seja, na conformidade com os princípios e regras constitucionais, e não apenas na legalidade formal. Tais autores entendem que a dimensão normativa do Estado Democrático de Direito irradia-se de forma a exigir uma reformulação das concepções positivistas e dogmáticas do Direito Administrativo, que se baseiam na supremacia da lei, na separação de poderes e na imunidade de controle das decisões administrativas⁴⁷.

Há de se ponderar, contudo, que esse novo momento do direito administrativo brasileiro pode requerer um maior cuidado neste âmbito. Uma nova forma de considerá-lo, sob uma perspectiva de equilíbrio efetivo. A esse respeito, Gustavo Justino de Oliveira apresenta a ideia de que a união entre pragmatismo e consequencialismo jurídicos foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da inovação da LINDB⁴⁸. O autor afirma que essa decisão surgiu em um momento em que o direito administrativo brasileiro já clamava por mudanças face à dicotomia de hiperativismo do controle externo da Administração Pública e do apagão das canetas⁴⁹.

Justino defende que somente considerando-se a ressignificação de velhos paradigmas do direito administrativo é possível superar esse quadro, mas, em uma outra direção pouco trabalhada: devolver ao administrador uma efetiva e legítima discricionariedade. O administrador, assim, deixaria de ser mero controlador, como seria atualmente. O modelo de governança, dessa forma, seria finalmente implementado como de-

⁴⁴ TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

⁴⁵ TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

⁴⁶ TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019. p.307-308.

⁴⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 2015.

⁴⁸ 31. BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/63, com a redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 de fevereiro de 2024.

⁴⁹ DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n.º 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. Nova LINDB: consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

veria, o que possibilitaria um real desenvolvimento, ao menos naquilo que depende dos gestores. Afirma o autor que essas mudanças já teriam chegado ao TCU e ao MP, que estariam se adequando a estas noções⁵⁰.

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelece como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas em função desses novos paradigmas, a partir de uma visão determinada da distribuição de poderes na República, principalmente em relação à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do judiciário. Ou seja, escolhe uma determinada forma de enxergar e considerar essas transformações do direito administrativo.

Entretanto, o tribunal não considera que essa nova função do judiciário destaca-se exatamente na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais. E, ao fixar como exceções à regra hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, em relação à necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Para melhor compreender esse contexto, indispensáveis as lições de Eduardo García de Enterría, que se debruçou com profundidade sobre as problemáticas das relações entre judiciário e administração nessa nova realidade neoconstitucionalista presente na quase totalidade das democracias ocidentais.

Em seu livro “Democracia, jueces y control de la administración”, o autor aborda, em relação ao tema da relação existente entre democracia, juízes e controle da administração, segundo a noção de Estado de Direito, os fundamentos e limites da atuação judicial no controle externo da Administração Pública. Embora o parâmetro de análise seja o ordenamento jurídico espanhol, suas considerações são interessantes pela proximidade estrutural com o ordenamento jurídico brasileiro e pelo extenso esforço do autor em formular proposições com pretensão de universalidade⁵¹.

No capítulo 12 da obra, na seção “a”, o autor enfrenta a posição doutrinária crescente na literatura jurídica espanhola de que a teoria alemã sobre os conceitos jurídicos indeterminados não pode ser aplicada na Espanha no que diz respeito à noção de “interés general”, em virtude do modelo constitucional espanhol. Para essa corrente, a posição dominante conduz ao controle absoluto do judiciário, uma espécie de domínio de uma suposta discricionariedade judicial⁵².

Para o autor, esse termo representa um conceito jurídico indeterminado, porquanto é assim utilizado pela constituição, em sentido amplo. A lógica seria, justamente, permitir que o Judiciário possa controlar, externamente, a Administração de uma forma delimitada, dentro da aplicação deste conceito por ela⁵³.

Para Enterría, o interesse público é conceito jurídico indeterminado, porquanto é conceito constitucional de âmbito de aplicação indeterminado. Há a vinculação da Administração ao interesse público. Nisto, são iguais Brasil e Espanha. Por meio do conceito constitucional, possui claramente uma função delimitadora,

⁵⁰ DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n.º 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. Nova LINDB: consensualismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 227-263.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.232.

pela qual a Constituição, em sentido amplo, alude a um âmbito determinado de atuação, perfeitamente singularizado, ainda que sua aplicação concreta em cada caso seja imprecisa. Ela exclui algumas atuações e inclui outras. A proposição é que a delimitação é ampla, mas, efetiva⁵⁴.

Para o autor, a vinculação objetiva da Administração ao interesse público já implica que a discricionariedade não é uma liberdade global dos gestores. A atitude a ser adotada pela Administração é a de servir não a qualquer interesse, mas ao setor de interesses que pode ser encontrado e que se caracteriza como interesse público, como interesse geral. A proposição é que, se este é um imperativo dirigido à Administração, exclui-se a possibilidade de que qualquer apreciação que esta possa fazer de um interesse para qualificá-lo como público ou geral seja, necessariamente, juridicamente válida⁵⁵.

O fundamento é que a Administração, em geral, já é limitada pela lei em sua atuação, o que, somado à necessidade de justificar um qualificado interesse público em casos especiais, denota que ela está sempre valorando interesses como públicos para decidir entre esta e aquela opção. Por isso, deve fundamentar especificamente essas valorações. Por outro lado, os tribunais podem controlar as determinações de interesse público que faz o legislador, pois, como intérpretes da constituição, devem interpretar os conceitos constitucionais⁵⁶.

Para o autor, isto parece fazer parte da função mesma dos tribunais. Principalmente, dos tribunais constitucionais, como o STF, que têm a última palavra na interpretação da Constituição e de seus conceitos. Essa atuação é feita pelos tribunais por meio da técnica da margem de apreciação, que constitui a base legitimadora que liga a função delimitadora em abstrato aos contornos concretos⁵⁷.

Não há conceitos constitucionais que possam escapar à apreciação dos tribunais, no desempenho de suas funções. Assim, como o interesse público é valorado, determinado, em cada caso concreto em que será aplicado pela Administração, é normal que possa haver o controle quando houver abuso desse poder de valoração. Os magistrados interpretam a lei ao aplicar ou controlar a aplicação desse conceito pelo postulado da tutela judicial efetiva. Pois a juridicidade, como já se pontuou, implica submissão da Administração ao ordenamento jurídico⁵⁸.

A vinculação da Administração aos fins que a justificam são fruto da preocupação do constituinte com a possibilidade de criação de uma zona de imunidade formal pela invocação do interesse público, ou de outro conceito jurídico indeterminado. Isto permite que também ocorra, dessa forma, em julgamentos administrativos. Por isso, os tribunais podem controlar essa declarada finalidade. A técnica adequada para isso é a técnica do exame do desvio de poder, a qual permite verificar se os agentes estão servindo ao interesse público ou a outros interesses que não são como ele qualificados. Ainda que sejam, também, gerais⁵⁹.

Esses conceitos postulam, para Enterría, uma única solução justa. O que não quer dizer que somente exista uma única conduta específica possível. Ou seja, por meio da apreciação por um juízo disjuntivo, uma ação serve ou não serve ao interesse público. Há casos difíceis. Mas não há meio termo. Há na aplicação desses conceitos um lugar de certeza positiva, uma zona cinzenta e uma zona de certeza negativa⁶⁰.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.233.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.234-236.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.236-238.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.242-246.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.246.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.247.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

Isto justifica o dever de anulação de atos administrativos em circunstâncias em que claramente afrontam o interesse público, ainda que gozem de presunção de legalidade e não possuam defeitos quanto aos seus elementos. E nisso se percebe, com clareza, que o conceito jurídico indeterminado é perfeitamente controlável pelo magistrado no caso concreto. É parte do exercício da função judicial ordinária. É obrigatório, na verdade, em virtude de sua função constitucional. A margem de apreciação será, então, sempre guiada pelo núcleo do conceito jurídico indeterminado. Esse núcleo é determinado pelo critério para conhecer até onde vão seus limites⁶¹.

Portanto, ao agir assim, o magistrado não substitui o administrador em sua decisão, tampouco exercita algum tipo de “discricionariedade judicial”. Apenas atua conforme lhe impõe a sua função constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito. Importante notar que o magistrado controla a aplicação do conceito jurídico indeterminado não somente quando invalida a aplicação feita pela Administração, mas também quando a reputa como adequada em um caso em que seja questionada. O juízo disjuntivo se aplica em ambos os casos⁶².

Assim, o controle anulatório somente se produz quando a Administração ultrapassa os limites da margem de apreciação. O magistrado verifica se os limites que a lei, em sentido amplo, tenta impor foram ultrapassados, ou simplesmente desprezados. Não seria um controle político que fosse disfarçado. Mas um controle jurídico autêntico.

O autor expõe que a jurisprudência espanhola, inclusive, entende que, há casos, no exercício desse controle negativo, em que o juiz assume a posição de substituir a decisão administrativa anulada. A teoria Alemã chama esses casos de “redução a zero”, que ocorre quando estão em jogo direitos fundamentais ou outras regras constitucionais, ou quando há o dever de intervenção e a Administração Pública se abstém⁶³.

García de Enterría pontua que não há uma solução única e simples para essa problemática, e que não há como definir tão claramente as áreas acessíveis ou não à apreciação do judiciário no que toca ao controle do mérito administrativo. O autor explica que que⁶⁴:

en cualquier caso, lo que es más importante notar es que no se puede, en modo alguno, pretender resolver de un tajo todos estos complejos y matizados problemas de la aplicación de los conceptos legales indeterminados con una fórmula radical, a la que en último término se vendría a reducir todo el problema de la relación de los jueces con la Administración: que hay una parte que está regulada por el Derecho, donde los jueces pueden entrar, y otra que sería política, vedada a los jueces y patrimonio exclusivo o reservado del Gobierno o de la Administración. Ese pretendido reparto entre política y Derecho no puede dar razón de lo que es el Estado de Derecho ni, en particular, del «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración. (...) Recordemos que es la deferencia la regla general y la intervención la necesitada de justificaciones expresas, técnica que se intenta justificar en la afirmación básica de que «el poder judicial no forma parte del poder público... no responde ante el pueblo», todo lo cual resulta completamente inaceptable en nuestro sistema constitucional propio, aunque en algún momento haya podido pensarse otra cosa.

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma “discricionariedade judicial”, de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, deixa de considerar que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito ad-

p. 252-253.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 253-254.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 256-258.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 258-259.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 260-262.

ministrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação, ou uma função delimitadora bem definida.

A “manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada”, por exemplo, invoca um conceito que segue em discussão na doutrina constitucionalista. Para alguns autores seria um princípio constitucional. Para outros, seria pouco distinguível da razoabilidade. Para Virgílio Afonso da Silva, seria uma regra e seria diferente da regra da exigência de razoabilidade, por terem origens e estruturas distintas. O autor afirma que a proporcionalidade surgiu na jurisprudência alemã e tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes, enquanto a razoabilidade é um conceito vago e variável, usado na jurisprudência inglesa e norte-americana⁶⁵.

É perceptível, portanto, que, em uma tentativa de preservar a legitimidade do judiciário no controle jurisdicional do mérito administrativo, para evitar os perigos de uma discricionariedade ou ativismo judicial exacerbado, o STJ pode ter, na verdade, afastado-se da legitimidade que esse poder tem dentro da estrutura de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, ao adentrar na área do direito administrativo sancionador em contradição com os avanços do constitucionalismo e as normas constitucionais que dão azo aos novos paradigmas do direito administrativo, levando em conta de forma precária sua identidade e sua estrutura sistêmica.

O enunciado reflete a pretensa necessidade de garantir o respeito à separação dos poderes, como é tradicionalmente concebida. Nesse sentido, destoia a prática constitucional de um dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, o da transformação da separação de poderes em equilíbrio de poderes, do contexto constitucionalista em que está inserida, o que reforça o apontamento da metáfora da ciranda de pedra como ilustração eficiente da problemática prática constitucional dos novos paradigmas de que ora se trata.

Percebe-se, de modo ainda mais claro, esse ponto de vista, diante dos mais recentes avanços do constitucionalismo pátrio, que apontam para a evolução do modelo político-jurídico estatal para o de um Estado Democrático e Constitucional de Direitos Fundamentais.

Essa fase do constitucionalismo se fundamenta na transição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para o que se propõe a resguardar a reserva da Constituição. Nesse modelo, as funções do Estado devem colaborar e se controlar mutuamente para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. É a mudança de concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para direitos objetivos que fornecem diretrizes, impulsos e limites para todo o ordenamento jurídico. Essa concepção implica efeitos irradiantes, horizontais e dirigentes dos direitos fundamentais⁶⁶.

Para Christine Oliveira Peter, no atual cenário do constitucionalismo brasileiro, há uma nova significação do ativismo judicial sob o paradigma do Estado de direitos fundamentais, que é um modelo político aberto e dinâmico, vinculado, objetivamente, aos direitos fundamentais, que se concretizam de forma irradiante, dirigente e horizontal⁶⁷.

Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra, às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redonda em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

⁶⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS—Debate Virtual*, n. 132, 2011.

⁶⁶ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015.

⁶⁷ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015.

4 Considerações finais

Por meio da análise empreendida, e considerando-se a identidade e estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprassistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ, tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indiciar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelecendo como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas por esses novos paradigmas, a partir de uma visão estanque da distribuição de poderes na República, principalmente no que toca à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do judiciário.

Não considera que essa nova função do judiciário destaca-se, exatamente, na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais. Ao invocar hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, quando da necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma “discricionariedade judicial”, de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, desconsidera que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito administrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação ou uma função delimitadora bem definida.

Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra, às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redundam em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos et al. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 11-55, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/63, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 29 de fevereiro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 799. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 665. O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx> . Acesso em: 13 fev. 2024.

CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. *Revista de Letras Norte@mentos*, v. 15, n. 38, 2022.

CARVALHO, Patrícia Oliveira. Um estudo da representação da mulher em Ciranda de pedra, de Lygia Fagundes Telles. *MOSAICO*, v. 18, n. 1, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 132, 2011.

DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. *RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco*, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021.

DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em Ciranda de Pedra, de Lygia Fagundes Telles. *Revista Léguas & Meia*, v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. *Nova LINDB: consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). MS 19995/DF: Mandado de Segurança. Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público. *Revista de Direito Brasileira*, v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais*, v.7, nº2, mai./ago. 2021, p. 467-478.

GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos - 2ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 109. p. 773–793. jan./dez. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional.– 2. ed. rev. ampl. e atual.–Salvador: JusPODIVM, 2008.

LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. Em: Jurisprudência mineira, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 63, n. 200, mar/jan. 2012, p. 37-40, 2012.

Lima, Carina Bertozzi de. Superfície e subterrâneos: significações de morte, perda e renascimento em Ciranda de Pedra. Orientador: Almir Aquino Corrêa. Tese (Doutorado em Estudos Literários). Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários. Londrina, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015..

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

STJ. Súmula N. 665. Superior Tribunal de Justiça, 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. Revista do Direito Público, v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017. p. 184-185.

TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

TELLES, Lygia Fagundes. Ciranda de pedra. São Paulo, 1982.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.