

# **A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: uma análise das garantias do administrado face às prerrogativas da Administração Pública<sup>1</sup>**

Jéssica Tonial Luzzi<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho trata da (im)possibilidade de aplicação do princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, tendo em vista a previsão constante no artigo 64 da Lei nº 9.784/99, em comparação àquela registrada no artigo 617 do Código de Processo Penal. Para tanto, irá se partir de uma análise do instituto atualmente consagrado do Direito Administrativo Sancionador, bem como da identidade ontológica atribuída às sanções administrativas com relação às sanções penais e suas implicações práticas no que se refere à importação de princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador. Após, será feito um estudo mais detido sobre a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 ao estender ao processo administrativo as garantias do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, do devido processo legal, limitando o agir da Administração Pública, pautado em prerrogativas que visam, mormente, o atendimento do interesse público. Finalmente, irá se pesquisar sobre a origem do princípio da *non reformatio in pejus* e sua aplicação no processo penal, oportunidade em que se tratará das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que debatem a possibilidade ou não da sua adoção nos processos administrativos sancionadores, com o estudo de todos os fundamentos utilizados pelos seus seguidores, para, ao fim deste trabalho, chegar-se a uma conclusão segura sobre a problemática proposta.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Sancionador. Processo administrativo. Devido processo legal administrativo. *Non reformatio in pejus*. Controle de legalidade.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Me. Yuri Restano Machado (orientador), Me. Plínio Saraiva Melgaré e Me. Wremyr Scliar, em 11 de junho de 2014.

<sup>2</sup> Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: jessicatluzzi@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, detentor do *ius puniendi*, é o responsável por processar, julgar e punir seus cidadãos pela prática de transgressões a dispositivos legais, o que pode ser exercido por duas vias distintas: a via judicial e a via administrativa, de acordo com o regime jurídico que orienta a aplicação da sanção cabível, podendo se tratar do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador. Este último verifica-se ter surgido modernamente como um desdobramento do Direito Administrativo, o qual, nas palavras de Ferreira<sup>3</sup>, consiste basicamente:

No conjunto sistematizado de princípios – expressos ou implícitos – e de regras informadores da estipulação regulamentar (quando necessária) e averiguação concreta das infrações, da imposição e, ainda, da aplicação das sanções, no exercício da função administrativa.

Desse modo, ao se tratar de Direito Administrativo Sancionador, tal qual ao se falar de Direito Penal, também se está tratando de acusados, o que demanda uma análise mais detida das garantias que lhes são asseguradas constitucionalmente e dos seus reflexos perante a atividade do Estado, que é revestida de diversas prerrogativas com o fim de atingir e realizar o interesse público.<sup>4</sup>

Nesse sentido, destaca-se como principal garantia do acusado a observância do devido processo legal, bem como de seus principais consectários – contraditório e ampla defesa – igualmente nos processos administrativos, assim como nos processos judiciais, tendo em vista a expressa previsão constitucional do artigo 5º, incisos LIV e LV, garantindo-se, assim, um resultado (mais) justo sempre que se instaurar um litígio entre o Estado e o particular, principalmente quando esse litígio importar na imposição de sanções de qualquer natureza ao administrado.

A importância da extensão dessas garantias ao processo administrativo se revela na medida em que, historicamente, verifica-se que o Estado cometia notáveis arbitrariedades ao impor suas prerrogativas em detrimento de qualquer direito do administrado, albergado pela busca constante dos interesses da coletividade. Atualmente, não é mais possível se conviver com tal premissa de maneira absoluta, mormente se tratando de processos que importem em

---

<sup>3</sup> FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da atividade estatal. *In: Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul/dez 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/167/280>> Acesso em: 29 mar. 2014, p. 176.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

restrições de direitos essenciais dos indivíduos, como é o caso dos processos punitivos em geral. Nesse sentido, destaca-se que os de regime jurídico administrativo não acompanharam a evolução dos processos penais, ficando os acusados a eles sujeitos com menos garantias do que os acusados criminalmente.

Com a consagração dos direitos de defesa e do devido processo em âmbito administrativo, esse mal foi relativizado, sendo incorporados aos poucos aos administrados que se sujeitam ao *ius puniendi* estatal, mais direitos e garantias processuais. Dentre estas, no que diz respeito ao exercício dos direitos de defesa, evidencia-se como principal meio de controle do acusado em processo administrativo punitivo o recurso, assegurado pelo princípio da revisibilidade, que decorre dos ideais do devido processo legal e seus corolários.

De outra banda, no que concerne aos princípios informadores do Direito Administrativo, este é regido, dentre outros – como é o caso da supremacia do interesse público – especialmente pelo princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Carta Política, de acordo com o qual a Administração Pública tem o *dever* de fazer tudo o que estiver legalmente previsto, ao contrário do imposto aos particulares, que estão autorizados a adotarem qualquer conduta, desde que esta não possua proibição legal expressa.<sup>5</sup>

Tomando-se como base o princípio da legalidade estrita, observa-se que o artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, traz consigo, *a priori*, a conclusão da possibilidade irrestrita da *reformatio in pejus* no âmbito dos recursos administrativos, ainda que interpostos unicamente pelos administrados, lembrando-se que pode ou não se tratar da aplicação de uma sanção administrativa, pois, os processos administrativos tratam de amplas matérias e o dispositivo mencionado não faz qualquer distinção a esse respeito. O que há no diploma legal, expressamente previsto no artigo 65, parágrafo único, é a proibição à reforma prejudicial da decisão decorrente dos casos de *revisão* de processos administrativos sancionadores, restringindo a proibição a essa hipótese.

Traçando-se uma analogia, por força da semelhança das infrações e respectivas sanções, entre o disposto no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, e o artigo 617 do Código de Processo Penal, aquele seria completamente oposto a este, que traz vedação expressa à reforma para pior da decisão recorrida quando houver recurso interposto somente pela defesa.

Perceba-se, como inicialmente destacado, que tanto no processo penal, como no processo administrativo sancionador, o Estado está exercendo seu *ius puniendi*, ainda que por

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, 2008, p. 89.

vias distintas e peculiares, mas sempre restringindo direitos dos indivíduos. Assim, impõe-se a questão: em se tratando de processos administrativos que imponham sanções aos particulares, aos moldes do que ocorre no processo penal, seria válida a possibilidade da *reformatio in pejus*?

A análise da interrogação proposta é importante na medida em que se está tratando, prioritariamente, de preceitos constitucionais, consolidados como garantias fundamentais dos indivíduos, no caso, especialmente da ampla defesa e do contraditório, albergados pelo postulado geral do devido processo legal, conforme anteriormente explicitado. Isso porque, uma vez que aludida interpretação conferida ao artigo 64 da Lei nº 9.784/99, no sentido de ser possível a *reformatio in pejus*, gera um desestímulo ao administrado de manejar seu principal meio de defesa perante o poder do Estado de aplicar sanções – o recurso –, pois com isso poderia o acusado estar abrindo margem à Administração Pública, que não recorreu, de recrudescer a sanção que o administrado sancionado estava buscando abrandar ou anular. Essa prática, frise-se, consubstancia-se num prejuízo direto aos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado.

A fim de responder ao questionamento colocado, inicialmente irá se abordar o instituto do Direito Administrativo Sancionador, abrangendo as teorias sobre o *ius puniendi* estatal, a suposta identidade ontológica entre as sanções e infrações penais e administrativas, o que aproximaria os institutos de Direito Penal e de Direito Administrativo Sancionador, frisando-se as consequências dessa aproximação e o modo como ela deve se dar, tendo em vista as peculiaridades de cada um dos regimes jurídicos em comento.

Na sequência, irá se tratar do devido processo legal, partindo-se da sua origem histórica e do seu desenvolvimento e implantação nos ordenamentos jurídicos mais diversos, bem assim dos seus principais desdobramentos, consistentes no contraditório e na ampla defesa, até se chegar à análise da sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro.

Por fim, será analisado o princípio da *non reformatio in pejus*, relacionando-se sua origem e aplicação fundamental no processo penal, com sua possível aplicação nos processos administrativos sancionadores, tratando-se das restrições impostas à garantia por conta das prerrogativas inerentes à Administração Pública.

## 2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### 2.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tratando-se de Direito Público, verifica-se que este “tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, *quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo [...]*”.<sup>6</sup> [grifo do autor].

No presente trabalho, importam três ramos pertencentes à área do Direito Público (interno): o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Isso porque, em tais áreas da práxis jurídica se pode visualizar o exercício por parte do Estado do *ius puniendi*, do qual é o único detentor, podendo-se falar aqui no chamado Direito Punitivo ou Direito Sancionador, em sentido mais amplo.<sup>7</sup>

Sabe-se que o Direito Administrativo, diversamente do Direito Penal, não se ocupa exclusivamente de fiscalizar as condutas praticadas pelos particulares, a fim de prevenir e/ou reprimir aquelas que forem contrárias às normas vigentes, aplicando ao infrator as penas respectivamente previstas no ordenamento jurídico, mas igualmente possui tal prerrogativa, a fim de assegurar o interesse público.<sup>8</sup>

Importante para fins de compreensão mencionar o conceito de Direito Administrativo formulado por Osório<sup>9</sup>:

Direito Administrativo é, pois, o ramo do Direito Público, afeto ao chamado Direito do Estado, constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si, com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados, bem como incidindo sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada.

Estabelecida a definição de Direito Administrativo, passa-se à análise do Direito Administrativo Sancionador, que surge como um desdobramento do Direito Administrativo, voltado para a análise de casos que tratem do exercício do poder punitivo do Estado, onde

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.13. v. 1.

<sup>7</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

<sup>8</sup> Sobre a atuação punitiva do Estado em âmbito administrativo: “Através do Direito Administrativo, nos sistemas predominantemente influenciados pela tradição da chamada *civil law*, ou cultura romano-germânica, o Estado, além de desempenhar inúmeras funções, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares. Nos mais diversos tipos de relações sociais, aí estará o Estado, regulando, condicionando, limitando o exercício de direitos e liberdades, não raro valendo-se do instrumento das sanções, além das medidas coercitivas cautelares ou persuasivas”. (*Ibid.*)

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 78.

estejam envolvidas relações de sujeição dos administrados e agentes públicos perante a Administração.<sup>10</sup>

O Direito Administrativo Sancionador tem origem no período pós-industrial, especialmente após a Revolução Francesa, uma vez que antes desse período sequer havia a separação dos poderes do Estado, não havendo que se falar em sanções *administrativas* propriamente ditas, haja vista, que o Estado como um todo exercia o poder punitivo sem qualquer distinção de sua natureza.<sup>11</sup>

Dessa forma, o Direito Administrativo Sancionador surgiu como uma válvula de escape do Direito Penal, que era fonte das mais bárbaras arbitrariedades, tendo em vista a largueza de sua utilização pelo Estado e a ausência de garantias fundamentais aos acusados submetidos aos processos punitivos. Ocorre que o Direito Penal, especialmente com a obra de Cesare Beccaria<sup>12</sup> (Dos Delitos e das Penas, 1764), ao absorver os princípios pugnados pela Revolução Francesa, passou por uma grande evolução, vindo a prever garantias mínimas à parte mais frágil do processo – o acusado – tornando-se, atualmente, o Direito Administrativo o grande “vilão” dos processos punitivos, ditos de caráter inquisitivo, em vista, principalmente, da formatação dessa relação processual, onde o encarregado de promover a acusação (a Administração Pública) é o mesmo a quem incumbe o dever de julgar o feito, nos mesmos moldes do ocorrido no período da Inquisição.

Tal se deve, em parte, ao fato de que a finalidade precípua da Administração Pública é garantir da melhor maneira possível que seja atendido o interesse público, ainda que em detrimento ao do particular. Demonstração disso é a forte presença na legislação administrativista, bem como, implicitamente na Carta Magna de 1988, do princípio da supremacia do interesse público.

---

<sup>10</sup> Destaca-se a brilhante análise formulada Moreira Neto ao prefaciá-la a 2ª edição da obra de Fábio Medina Osório, quando salienta que: “A partir do Direito Comparado, como fonte de uma evolução que chega ao Brasil, o Direito Punitivo, todo ele, tem raízes comuns muito antigas. É certo que a formação do próprio Estado, com o surgimento da Administração Pública como sujeito, propiciou a formação do Direito Administrativo, de modo que este ramo, ao cuidar de tipificar infrações administrativas e de cominar-lhes sanções, delegando poderes punitivos à Administração no contexto de um novo conceito de Estado de Direito qualificado pela legitimidade de suas normas, desdobrou-se no Direito Administrativo Sancionador”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13).

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-18.

<sup>12</sup> Sobre Beccaria, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-2.

Destaca-se de maneira ilustrativa, por oportuno, os ensinamentos delineados por Di Pietro<sup>13</sup> acerca do assunto:

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explicita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. [grifo do autor].

Por sua vez, o Direito Penal possui uma função ético-social, bem como, uma função preventiva, uma vez que atua,

num primeiro plano, garantindo a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade, e, em um segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena correspondente.<sup>14</sup>

No exercício da sua função, tendo em vista que em nosso Estado Democrático de Direito vige o princípio de um Direito Penal mínimo, garantista, utilizado como a *ultima ratio*, o Estado assegura que sejam respeitadas as garantias do acusado durante o processo penal, havendo uma maior preocupação com esse indivíduo, diferentemente do que se observa, num primeiro momento, na análise das finalidades do Direito Administrativo, que observa primordialmente o princípio da supremacia do interesse público.

A finalidade perseguida por essa nova área da ciência jurídica que é o Direito Administrativo Sancionador, nas palavras de Oliveira<sup>15</sup>, é justamente “disciplinar a imposição da sanção pela Administração Pública, visando auferir maior segurança jurídica às relações travadas com os administrados”.

Logo, conforme seu próprio nome já indica, o elemento de destaque no estudo do Direito Administrativo Sancionador é a sanção administrativa e a sua decorrente aplicação

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

<sup>14</sup> BITENCOURT, 2010, p. 38.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 17.

diante da ocorrência do ilícito administrativo, o que é tido como um *dever* do Estado no exercício da potestade sancionadora e não como um *poder*.<sup>16</sup>

## 2.2 TEORIA DA UNIDADE DO *IUS PUNIENDI*: DESENVOLVIMENTO E CRÍTICAS

No Direito Administrativo europeu, principalmente no espanhol, os Tribunais Constitucionais desenvolveram e seguem reforçando em suas decisões a tese de que o Estado é detentor de um poder punitivo único, que se manifesta de duas maneiras distintas: no âmbito do Direito Penal e no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. O fundamento para essa tese reside na alegada identidade ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, que os faria obedecerem a um mesmo regime jurídico.<sup>17</sup>

Com a afirmação dessa teoria surgida na jurisprudência espanhola,<sup>18</sup> consistente num esforço teórico para aproximar os regimes jurídicos penal e administrativo sancionador,<sup>19</sup> está-se prevendo que o poder de punir do Estado deve ser regido por um único regime jurídico aplicável as suas diferentes manifestações de igual forma, o que é bastante criticado pela doutrina. Referida crítica reside no fato de que a adoção de um mesmo regime jurídico para as duas manifestações implica na “aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”.<sup>20</sup> Entretanto, essa importação de princípios, conforme se verá na sequência, não pode ser feita de qualquer maneira.

Colaciona-se o seguinte trecho de julgado recente do Tribunal Constitucional Espanhol onde a tese da unidade do poder punitivo do Estado foi utilizada com o fim de se aplicar ao Direito Administrativo Sancionador as regras da prescrição da pretensão punitiva albergadas pelo Direito Penal:

*La doctrina reseñada, enunciada en la relación con la prescripción de los delitos, es extensible a la prescripción de las sanciones administrativas, pues es indiscutible que el ius puniendi del Estado se proyecta igualmente en la ejecución de las penas y también lo*

<sup>16</sup> VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Coleção temas de direito administrativo**: v. 8. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

<sup>17</sup> OSÓRIO, 2011, p. 119.

<sup>18</sup> NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 87.

<sup>19</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 113. Segue o autor na sua exposição, merecendo destaque a importante observação feita sobre a relação do Direito Administrativo Sancionador com os direitos e garantias individuais: “Daí, vale lembrar, o Direito Administrativo Sancionador não parte da ideia de garantir direitos individuais, e sua dogmática, se é que se poderia designar desta forma sua normativa técnica em perspectiva histórica recente, parte da ideia de interesse público e de responsabilidades balizadas por critérios até mesmo objetivos”. (p. 127).



*es que, desde la temprana STC 18/1981, 8 de junio, este Alto Tribunal ha reiterado que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado” (FJ 2). Además, carecería de sentido negar a los ilícitos administrativos la significación material que atribuye a la prescripción penal la citada STC 63/2005, y que le reconoce desde antiguo la jurisdicción ordinaria, pues de ese modo las conductas que representan una mayor gravedad y peligrosidad, así como un mayor reproche social, cual sucede en las constitutivas de una infracción penal, se verían favorecidas con dicha causa de extinción de su responsabilidad, mientras que aquellas otras de naturaleza administrativa no logran el expresado beneficio legal.<sup>21</sup> [grifo nosso].*

Tal necessidade de aproximar o Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal remonta ao histórico do Direito Punitivo, que brevemente se retoma, onde o Direito Penal passou por profundas modificações com as ideias de Cesare Beccaria, que nele introduziu os princípios da Revolução Francesa, enquanto que o Direito Administrativo Sancionador permaneceu com restrições relativas às garantias dos acusados em seus processos, carecendo de previsão legal nesse sentido.

Todavia, a insuficiência de princípios garantistas no Direito Administrativo Sancionador, embora seja a raiz de diversos problemas e atos de discricionariedade prejudiciais aos administrados por parte do Ente Público, não pode ser suprida pura e simplesmente pela importação de princípios do Direito Penal. Isso porque os regimes jurídicos em tela possuem peculiaridades que os distinguem, o que reforça a crítica à tese da unidade do poder punitivo do Estado, ante a impossibilidade de ambos os sistemas conviverem sob o império de um mesmo regime jurídico. Desse modo, carece de crédito a teoria comentada pela dificuldade de sua aplicação prática e teórica.<sup>22</sup>

O que se pode afirmar com convicção é que, invariavelmente, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador possuem um núcleo comum, consistente nas garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados em geral, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, as quais devem ser plenamente observadas em ambos os regimes jurídicos, independentemente da aceitação ou não da teoria de que o poder punitivo do Estado é único.<sup>23</sup> Discute-se com maior vigor, em verdade, a aplicação de princípios próprios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador sem que se faça uma devida

<sup>21</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia nº 37/2012. Cuestión de Inconstitucionalidad 9689-2009, Pleno, Madrid, 9 de março de 2012. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Espanha, n. 88, p.100-36, 12 de abril de 2012.

<sup>22</sup> NIETO, 2002, p. 80-1.

<sup>23</sup> OSÓRIO, 2011, p. 137.

conformação com o regime jurídico administrativo punitivo, sob pena de se deturpar tal sistema, e é aí que peca a teoria objeto desta exposição.<sup>24</sup>

### 2.3 SANÇÃO PENAL E SANÇÃO ADMINISTRATIVA: IDENTIDADE ONTOLÓGICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Primeiramente, estabeleça-se um conceito geral de sanção, que pode ser compreendida como a resposta dada pela lei a uma conduta desviante praticada por um indivíduo,<sup>25</sup> a qual “tem por fim específico desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa” e não propriamente a punição, o castigo, que é mera consequência de sua aplicação.<sup>26</sup>

Partindo-se da análise da sanção administrativa, verifica-se que ela possui previsão legal no artigo 68 da Lei do Processo Administrativo Federal, *in verbis*: “as sanções administrativas, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa”.<sup>27</sup>

Analisando-se a doutrina sobre sanção administrativa, esta é conceituada por Vitta<sup>28</sup> como sendo

a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.

A seu turno, a sanção penal pode ser definida como a resposta do Estado, por meio do Poder Judiciário, à prática de uma conduta definida como crime pelo ordenamento jurídico, a qual tem por escopo punir o transgressor da norma proibitiva, infligindo-lhe um castigo, objetivando reinserir o indivíduo ao convívio social harmônico, além de possuir caráter de prevenção geral contra a prática de novos atos delituosos.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> OSÓRIO, 2011, p. 148.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 65.

<sup>26</sup> VITTA, 2003, p. 65. Cumpre acrescentar o conceito de sanção positiva, já delineado por Hans Kelsen e Norberto Bobbio, que nas palavras de Bandeira consiste na “utilização positiva da sanção pelo Estado, sem viés penalizador, ao contrário com intuito congratulante. É a mudança da forma de exercer o controle social e o dirigismo da conduta humana, papel do Estado de repressor a promotor de ações de afirmação de boas condutas”. (BANDEIRA, Rafael Cruz. A valoração na teoria da sanção no direito: o caso da sanção positiva. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano I, n. 9, p. 5145-5168, 2012).

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 1999, p. 1.

<sup>28</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 66.

<sup>29</sup> BITENCOURT, 2010, p. 118-9.

Conceituadas sanção penal e sanção administrativa é possível verificar semelhanças e diferenças tênues somente da leitura das definições apresentadas, o que demanda uma análise mais minuciosa acerca desses aspectos, bem como de sua relevância prática.

A doutrina clássica, acompanhada pela mais atual, tem sustentado a tese de que sanções penais e administrativas guardam uma identidade ontológica<sup>30</sup> entre si, aplicando-se o mesmo entendimento aos respectivos ilícitos, pois não possuiriam diferenças substanciais. Cita-se a clássica doutrina de Hungria<sup>31</sup> que discorre nesse sentido:

Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. [...] a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra.

[...]

Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que *pena* seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. [...] A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (de direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em *via jurisdicional* [...]. [grifo do autor].

Com relação à questão da gravidade das penas como critério de distinção quantitativo, conforme trazido por Hungria e sustentado com ainda maior convicção por Mir<sup>32</sup>, este é refutado pela atual doutrina, conforme se verifica nas obras de Vitta, Osório e Oliveira. Estes sustentam, em linhas gerais, que tal critério diferenciador é inútil, até mesmo porque, por vezes, sanções administrativas podem trazer consequências mais graves ao infrator do que uma sanção penal.<sup>33</sup>

Os referidos autores, especialmente Vitta e Oliveira, bem como, os espanhóis Enterría e Fernández sustentam que a diferença entre as sanções administrativas e penais reside no

<sup>30</sup> Nieto assim define identidade ontológica ao examinar aquela existente entre os ilícitos penal e administrativo: “*En mi opinión, aquí se emplea esta palabra en su sentido más propio, es decir, con referencia al ‘ser’ o naturaleza de los ilícitos. Carencia de diferencias ontológicas equivale a que, por naturaleza o esencia, se trata de ilícitos idénticos o no distintos*”. (NIETO, 2002, p. 151).

<sup>31</sup> HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, fasc. 1, p. 24-31, jan. 1945, p. 24-7.

<sup>32</sup> MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993, p. 29.

<sup>33</sup> VITTA, 2003, p. 67; OLIVEIRA, 2012, p. 66; OSÓRIO, 2011, p. 148.

regime jurídico que cada uma adota para sua aplicação, mormente no que diz respeito ao órgão competente para tanto.<sup>34</sup>

Relacionando a tese da identidade ontológica entre as sanções penais e administrativas e/ou entre os ilícitos penais e administrativos com a (frágil) teoria da unidade do poder de punir do Estado, Nieto<sup>35</sup> formula suas conclusões acerca das consequências da aceitação dessas duas correntes de pensamento, conjuntamente, o que é tendência no Direito Espanhol, elaborando a seguinte crítica:

*Mi postura puede, entonces, resumirse en los siguientes términos: 1.º Si se acepta la identidad ontológica (harto discutible, por cierto) de delitos e infracciones administrativas, y la correlativa inserción de la potestad penal y de la potestad administrativa sancionadora en un genérico, único y superior ius puniendi del Estado, hay que aceptar inexorablemente todas sus consecuencias jurídicas. 2.º Una de las más importantes de éstas es la afirmación de que dicho ius puniendi del Estado está regido por el Derecho público estatal y no por el Derecho Penal, que es propio únicamente de una de sus variedades. 3.º Luego el Derecho Administrativo Sancionador tiene que inspirarse en el Derecho público estatal, de donde emana, y no del Derecho Penal.*

[...]

*4.º Aunque en rigor, y por lo que acaba de decirse, no hay necesidad alguna, ni lógica ni jurídica, de aplicar al Derecho Administrativo Sancionador materiales procedentes del Derecho Penal, ésto resulta muy recomendable, dado que: a) el Derecho público estatal no ha elaborado todavía una teoría útil sobre el ius puniendi del Estado que pueda luego aplicarse a todas y cada una de sus manifestaciones, a diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal, envidiablemente desarrollado, cuyas técnicas y experiencia sería necio desaprovechar por un escrúpulo sistemático. b) Además, las garantías de los derechos individuales que ya ha consolidado el Derecho Penal deben ser de aplicación general.*

Prosseguindo na sua análise, Nieto<sup>36</sup> verifica que há, uma “*aproximación fenomenológica*” entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador que implicaria na utilização de princípios do primeiro ao segundo sistema punitivo, o que, de acordo com abordagem já realizada nesta exposição, não pode se dar de maneira direta, pois dessa forma “*se está procediendo a una simplificación metodológica, se está buscando una solución por el camino más fácil*”, considerando-se que o Direito Penal “*está mucho más elaborado que el Derecho Administrativo Sancionador*”. Induz a essa medida, nas palavras de Nobre Júnior<sup>37</sup>, o fato de que “as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de

<sup>34</sup> VITTA, *op. cit.*, p. 33-4, 68; ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. tomo 2. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 161.

<sup>35</sup> NIETO, 2002, p. 159.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 160-5.

<sup>37</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar., 2000, p. 130.

Direito (art. 5º, § 2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas”.

### 3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

#### 3.1 HISTÓRICO EVOLUTIVO

O princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, teve sua primeira manifestação na Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, onde constou no seu artigo 39 a referência a *law of the land*.<sup>38</sup> A previsão constitucional surgiu como forma de “garantia da proteção à liberdade e propriedade do ser humano”<sup>39</sup> frente aos abusos então cometidos pelo Estado, vinculando-se, originariamente, ao processo penal, tendo em vista a urgência de romper com o regime jurídico completamente alheio a garantias individuais aplicado a essa seara do direito naquela época.<sup>40</sup>

Mas, foi a concepção norte-americana do devido processo legal a “responsável pela positivação de importantes garantias de controle da atividade estatal na restrição das liberdades públicas em geral e, mais especificamente, da propriedade e da liberdade”,<sup>41</sup> o que se deu com a inclusão da Quinta Emenda<sup>42</sup> à Constituição daquele país, em 1789.

Note-se, portanto, que o postulado ora analisado surgiu como garantia aos acusados em processos penais, visando assegurar-lhes os mínimos direitos de defesa necessários à justa apuração do fato imputado ao acusado, impedindo sentenças arbitrárias, tendo em vista a fragilidade assumida pelo indivíduo perante o Estado nessa qualidade de processo.

Relativamente à inserção do princípio no ordenamento jurídico pátrio, esta se deu com maior intensidade na Constituição Federal de 1988, através do disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, apesar de já constar timidamente nas Constituições de 1946, 1967 e 1969.<sup>43</sup>

Ademais, conforme já mencionado, em seu nascedouro a regra fundamental do devido processo legal possuía estreita ligação com o processo penal, não se aplicando às demais áreas do Direito, interpretação restritiva que também foi adotada pelo ordenamento jurídico

<sup>38</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. rev., ampl. e atual. **Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman**, v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

<sup>39</sup> OSÓRIO, 2011, p. 167.

<sup>40</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out, 2006, p. 4.

<sup>41</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 40-1.

<sup>43</sup> GRINOVER, *op. cit.*, p. 4.

brasileiro quando das primeiras manifestações do princípio. Com o passar do tempo, porém, “um longo caminho evolutivo levou, primeiro, ao reconhecimento da aplicabilidade das garantias ao processo civil e, posteriormente, ao processo administrativo punitivo”,<sup>44</sup> tornando-se o *due process of law* um princípio de ampla abrangência nos mais diversos ordenamentos jurídicos dos Estados constituídos como Estado de Direito.

Destarte, verifica-se que além do fato de, originariamente, o princípio ter se aplicado somente ao processo penal, sua observância era deveras restritiva, uma vez que a cláusula do devido processo legal somente era visualizada sob seu aspecto formal, processual ou, melhor dizendo, procedimental.<sup>45</sup>

Atualmente, referido postulado é interpretado também sob seu aspecto material, passando a ter um “duplo conteúdo: substancial e formal”. Assim, “somente respeitará o *due process of law* a lei [...] se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais”.<sup>46</sup> Nas palavras de Osório<sup>47</sup>, a cláusula do *due process of law* ostenta “dois importantes significados: uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias”.

Desse modo, verifica-se que aludido postulado está amplamente inserido no Direito brasileiro, incidindo em todas as qualidades de processo, seja ele judicial (cível ou penal), ou mesmo administrativo. Destaca-se que essa ampla inserção do devido processo legal se apresenta como forma de implantação do Estado Democrático de Direito, bem assim como garantia individual.<sup>48</sup>

## 3.2 DIMENSÕES

### 3.2.1 Devido processo legal substancial

Em seu aspecto material – *substantive due process* – o devido processo legal exige do legislador a observância do conteúdo razoável das normas editadas, a fim de que almejem o interesse público, sendo contrária ao direito toda a lei que não cumpra esse requisito.<sup>49</sup> Nesse

---

<sup>44</sup> GRINOVER, 2006, p. 4.

<sup>45</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> OSÓRIO, 2011, p. 169.

<sup>48</sup> BARROS, Wellington Pacheco de. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

<sup>49</sup> NERY JUNIOR, 2000, p. 38.

sentido, assinala Osório<sup>50</sup> que: “Pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do *just and fair standart*, ajustando-se às ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade”.

Consentâneo com o entendimento esposado já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a dimensão substancial do *due process of law*, a incidir no ato da elaboração do conteúdo das leis, devendo-se atender aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em tal desiderato:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. [...] **O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.** Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de **razoabilidade**. Precedentes.<sup>51</sup> [grifo nosso].

Desse modo, conclui-se que a dimensão material do princípio do devido processo legal guarda grande importância, na medida em que busca evitar a arbitrariedade legislativa, assegurando que o conteúdo das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro seja razoável e proporcional relativamente aos preceitos emanados pela Carta Federal, o que, por certo, consubstancia-se em garantia do indivíduo perante o Estado no exercício de seus poderes, tendo em vista que consiste em cláusula limitadora do poder estatal.<sup>52</sup>

Porém, o *substantive due process* não deve ser observado somente no momento da elaboração da norma jurídica, limitando seu conteúdo, mas também no momento da aplicação da lei pelo intérprete, tendo em vista que pode ser conferida à norma interpretação diversa daquela pretendida pelo legislador no momento de sua idealização, o que igualmente fere o postulado do devido processo legal.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> OSÓRIO, 2011, p. 174.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200844, 2ª Turma, Brasília, DF, 25 de junho de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 157, 16 ago. 2002.

<sup>52</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus* e o processo administrativo. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano VI, n. 30, p. 59-76, mar./abr. 2005, p. 63.

<sup>53</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, p. 182.

### 3.2.2 Devido processo legal formal

Aludindo-se à dimensão formal do princípio do devido processo legal ou *procedural due process*, esta, originariamente, teve sua noção “ligada à observância de determinadas garantias processuais”,<sup>54</sup> considerando-se atendido o princípio com a simples observância do procedimento adequado previsto na legislação correspondente, conforme mencionado quando da análise do surgimento do postulado.

A dimensão procedimental do *due process of law*, em que pese tenha ganhado destaque maior quando da aparição do princípio, guarda a mesma importância que a dimensão substancial, na medida em que, ao passo que esta garante o conteúdo razoável das normas e dos atos administrativos, aquela assegura aos litigantes e aos acusados em geral direitos de defesa, a serem exercidos durante o processo judicial ou administrativo.

Destarte, pode-se destacar que “a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.<sup>55</sup>

Ademais, é da dimensão formal do princípio do devido processo legal que decorrem os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, de forma autônoma em relação ao postulado maior, que encontra previsão no inciso LIV do mesmo artigo da Carta Política.<sup>56</sup>

Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco<sup>57</sup> destacam as principais garantias decorrentes do devido processo legal analisado sob seu aspecto formal:

[...] Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se do devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

<sup>54</sup> MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 132 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 88.

<sup>55</sup> NERY JUNIOR, 2000, p. 41.

<sup>56</sup> OSÓRIO, 2011, p. 171. Sobre o caráter de sobreprincípio do devido processo legal, contrariamente ao fato de que as demais garantias previstas no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil são seus desdobramentos, ver: MARIOTTI, *op. cit.*, p. 102.

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.



Pode-se citar, ainda, como importantes “desdobramentos” do princípio do devido processo legal os princípios da isonomia, do direito de ação, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões judiciais,<sup>58</sup> e, de acordo com o entendimento exarado por Figueiredo<sup>59</sup> e Vitta<sup>60</sup>, da *non reformatio in pejus*.

### 3.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Tais garantias constitucionais se revelam intimamente conectadas, dificultando sua análise em apartado, uma vez que a todo o momento seus conceitos se entrelaçam, demandando que sejam tratados de forma conjunta, ainda que se possa diferenciá-los, como faz Osório<sup>61</sup> na seguinte passagem:

Costumam-se apontar distinções entre os direitos de contraditório processual e de defesa. Aqueles têm natureza essencialmente processual, não estão ligados necessariamente à existência de competências repressivas. Os direitos de defesa organizam primordialmente a proteção da pessoa humana acusada, ao passo que o contraditório facilita a resolução de litígios em geral. Óbvio que os direitos de defesa pressupõem o respeito ao contraditório, mas o inverso não é necessário.

Já de acordo com Nohara e Marrara<sup>62</sup>, a ampla defesa é “noção mais abrangente do que contraditório”, haja vista que o contraditório consiste num dos principais instrumentos de garantia à ampla defesa, a qual, por sua vez, exige a observância obrigatória de etapas que assegurem a configuração de um devido processo.

Acompanhando o entendimento exarado pelos autores acima citados, Carvalho Filho<sup>63</sup> ressalta que:

Embora consagrada a expressão “*contraditório e ampla defesa*”, tem-se, na verdade, que a noção de contraditório já se insere na de ampla defesa. O contraditório indica a possibilidade de rechaçar argumentos, rebater imputações, questionar a existência de fatos; sendo assim, é inegável que quem possui tais poderes está, *ipso facto*, exercendo seu direito de ampla defesa. Esta reflete uma noção-gênero da qual o contraditório é noção-espécie. Por ampla defesa deve entender-se o conjunto de meios através dos quais o indivíduo pode comprovar situação diversa daquela que contraria seu interesse específico. Entre esses meios, está o direito ao contraditório, o direito à ampla produção de provas, o direito à reinquirição de testemunhas (quando prestarem depoimento sem a presença do interessado), o direito de ser representado por advogado, o direito de impugnar atos e condutas estatais que violem o devido processo legal (*due process of law*) e,

<sup>58</sup> NERY JUNIOR, 2000, p. 42.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, 2003, p. 423-35

<sup>60</sup> VITTA, 2003, p. 104.

<sup>61</sup> OSÓRIO, 2011, p. 425.

<sup>62</sup> NOHARA; MARRARA, 2009, p. 64.

<sup>63</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54-5.

enfim, todo meio que sirva para conduzir a situação que satisfaça interesse não atendido total ou parcialmente. [grifo do autor].

Partindo-se para uma análise mais individualizada dos aspectos próprios de cada uma das garantias, o princípio do contraditório pode ser entendido como a garantia de plena informação e possibilidade de reação do indivíduo frente aos fatos alegados ou provas e pontos de vista apresentados pela outra parte no processo.<sup>64</sup>

A seu turno, o princípio da ampla defesa pode ser conceituado como a “possibilidade de produção de defesas concretas, podendo consistir elas de peças processuais, ou de ampla produção de provas”,<sup>65</sup> possuindo “sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem”.<sup>66</sup>

Estabelecidas, ainda que de forma singela, as concepções gerais atinentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais decorrem ou, ao menos, são informados pelo princípio do devido processo legal, intentar-se-á partir para uma análise mais detida da manifestação do devido processo legal, bem assim do contraditório e da ampla defesa, especificamente nos processos administrativos punitivos, relacionando-os com as características próprias do Direito Administrativo Sancionador.

### 3.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Diga-se já no início que “O *princípio do devido processo legal* é o princípio maior que rege o processo administrativo. É a própria base de existência do instituto”,<sup>67</sup> [grifo do autor] devendo ser amplamente observado em todos os processos administrativos em que se verifique a presença de litigantes ou de acusados (processos punitivos), juntamente com as garantias ao contraditório e à ampla defesa, as quais foram expressamente previstas pelo legislador infraconstitucional na Lei do Processo Administrativo Federal, em seu artigo 2º, tendo em vista que com o escopo de atingir as finalidades legais por meio do processo administrativo, a Administração “pode provocar constrangimentos a direitos fundamentais dos cidadãos, como a propriedade e a liberdade”.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 182-3.

<sup>65</sup> BARROS, 2005, p. 61.

<sup>66</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p.184.

<sup>67</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>68</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus* e o processo administrativo. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano VI, n. 30, p. 59-76, mar./abr. 2005, p. 63.

Na mesma senda, destaca Gordillo<sup>69</sup> a necessária observação do postulado nos processos administrativos, o qual deve ser aplicado, ainda, de forma ampla e jamais restritiva:

*El principio de la defensa en juicio, o debido proceso (razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, fairness, etc.), es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho. Es por lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo y con criterio amplio, no restrictivo.*

No que concerne, especificamente, ao Direito Administrativo Sancionador, merece destaque o seguinte trecho da obra de Osório<sup>70</sup>, onde este refere a importância da aplicação do postulado do devido processo legal no instituto:

A base dos princípios (e direitos) fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, no sistema brasileiro, reside na cláusula do *due process of law*, expressamente prevista na CF/88 [...]. Sem embargo, desde logo é possível assinalar que o devido processo legal resguarda, no campo das relações punitivas, direitos fundamentais em todas as direções possíveis e legítimas, o que envolve a proteção dos direitos dos acusados e das vítimas em perspectiva equilibrada.

Ademais, ao tratar do exercício do *ius puniendi* pela Administração Pública, assevera Mello<sup>71</sup>, que, em virtude dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Política de 1988, toda a aplicação de sanção administrativa deve ser precedida do devido processo legal, sob pena de nulidade, também quando a sanção recaia, conforme aduz o inciso LV, sobre bens do acusado (casos de apreensão ou destruição). Tal entendimento é acompanhado por Carvalho Filho<sup>72</sup>, que destaca a imprescindibilidade da aplicação do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que “Nenhuma punição pode ser imposta sem que o punido tenha tido a oportunidade de rechaçar as acusações que pesam contra si e de provar as alegações que oferece”.

De tal forma, verifica-se que a exigência de se observar um processo regular, consubstanciado nos ditames do devido processo legal, atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, “constitui *segurança* para o administrado defender-se de eventuais excessos praticados pelo Estado – pois um dos pilares do regime democrático de

<sup>69</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003a, p. IX-9-IX-10.

<sup>70</sup> OSÓRIO, 2011, p. 165.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 873.

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 56.

Direito é a segurança jurídica”.<sup>73</sup> [grifo do autor]. Nesse sentido, importantes as palavras de Nohara e Marrara<sup>74</sup>:

A ampla defesa e o contraditório no âmbito administrativo são, em verdade, limitações ao poder de a Administração projetar-se sobre a liberdade e o patrimônio do particular unilateralmente, sem dar-lhe oportunidade de reagir e provar em âmbito administrativo que as medidas tomadas são inadequadas [...].

Fixada a obrigatoriedade da observância do devido processo legal em suas duas dimensões e dos corolários do contraditório e da ampla defesa, tanto nos processos, quanto nos procedimentos administrativos, a fim de garantir da forma mais ampla possível os direitos individuais dos administrados submetidos ao *imperium* do Estado,<sup>75</sup> cumpre examinar o princípio da *non reformatio in pejus*.

## 4 O PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

### 4.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO

#### 4.1.1 Origem histórica

Foi na legislação processual francesa que se deu o surgimento do princípio da *non reformatio in pejus*, por meio de aviso do Conselho de Estado, em 12 de novembro de 1806. Posteriormente, o postulado foi incorporado em outras legislações daquela época, podendo-se citar a título de exemplo o Código de Processo Penal da Alemanha (artigos 272, 398 e 414), o Código de Instrução Criminal da Áustria (artigo 295, § 2º) e o Código de Processo Penal do Egito (artigo 252).<sup>76</sup>

<sup>73</sup> VITTA, 2003, p. 94.

<sup>74</sup> NOHARA; MARRARA, 2009, p. 60.

<sup>75</sup> Impende trazer à baila a crítica formulada por Binbenbojm, que desconstrói a ideia fixada pela doutrina de que há um princípio superior a todos os demais princípios, que é o da supremacia do interesse público sobre o do particular, afirmando que o que há, na verdade, é somente um interesse público, mas não um princípio que o assegure de tal forma. Dessa forma, aduz que o interesse público pode ser atendido por meio da garantia dos direitos individuais: “O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. [...] a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro”. (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005, p. 16).

<sup>76</sup> MACHADO, Marlon Wander. **Os recursos no processo penal e a reformatio in pejus**. São Paulo: WVC, 1998, p. 97.

Já no Direito brasileiro, o princípio foi adotado com a Constituição de 1891, que em seu artigo 81, § 2º, vedava a *reformatio in pejus* nas revisões criminais,<sup>77</sup> estendendo a garantia aos processos militares.

Na época, tendo sido conferido aos Estados-Membros o poder de legislarem sobre matéria processual, foi a lei elaborada pelo Estado do Rio Grande do Sul a primeira a reverenciar o princípio em comento, acompanhando-a o Código Judiciário do Rio de Janeiro, o Código de Processo Penal do Distrito Federal e o de Minas Gerais.<sup>78</sup>

Após esse processo mitigado de implantação do princípio, ele se estabeleceu como é encontrado atualmente em âmbito processual penal, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, onde se encontra previsto no artigo 617, aplicando-se a qualquer tipo de recurso e não mais somente aos casos de revisão criminal, conforme determinado na Constituição de 1891.<sup>79</sup>

#### 4.1.2 Conceito e fundamentos

Inicialmente, pode-se dizer que “*reformatio in pejus*, como a própria expressão indica, é a reforma para piorar, sob qualquer aspecto, a situação processual do réu”,<sup>80</sup> em face de recurso somente por ele interposto. Assim, diz-se que a possibilidade de *reformatio in pejus* “é a consagração do julgamento *ultra e extra petita*”.<sup>81</sup>

Destaca-se, por oportuno, que a *reformatio in pejus*, em se tratando de processos de natureza punitiva, somente é observada sob o prisma do acusado, tratando-se o princípio de um benefício que a ele é concedido por conta do caráter protetivo do Direito Penal, onde o princípio restou consagrado.<sup>82</sup>

O princípio em tela possui diversos fundamentos que o justificam, podendo-se mencionar a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, a questão da coisa julgada parcial, o interesse recursal e o direito de ação.<sup>83</sup>

Frise-se, ademais, que a vedação à *reformatio in pejus* consiste em importante garantia limitadora da atuação do Estado face aos indivíduos acusados (em processo penal, em princípio),

---

<sup>77</sup> MACHADO, 1998, p. 98.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>81</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 685.

<sup>82</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

na medida em que se lhes garante o mais amplamente possível o uso de um instrumento de defesa tão essencial como é o recurso, sem que disso lhes resulte qualquer hipótese de prejuízo, atendendo aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem assim da segurança jurídica, todos constitucionalmente assegurados.

#### 4.2 APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O princípio proibitivo da *reformatio in pejus* possui previsão legal no artigo 617 do Código de Processo Penal. Na mesma senda, a Súmula 160<sup>84</sup> do Supremo Tribunal Federal veda a possibilidade de se reconhecer, contra o réu, nulidade não arguida pela acusação em sede de recurso.

Dessa forma, a adoção do princípio da *non reformatio in pejus* no processo penal é questão pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não havendo nenhuma problemática com relação a sua aplicação da maneira como está prevista no dispositivo legal mencionado.

De outra banda, há casos em que o réu solicita em seu apelo a nulidade do processo ou de parte dele e é atendido. Porém, quando a nova decisão é proferida, esta é mais gravosa do que a outrora desconstituída. Aqui surge a figura da chamada *reformatio in pejus indireta*. Sobre essa possibilidade, no entanto, a doutrina não é uníssona.

Ampliando a vedação imposta pelo princípio ao agravamento operado de forma indireta, consistente no entendimento majoritário, apresentam-se, dentre outros doutrinadores, Constantino<sup>85</sup>, Lopes Júnior<sup>86</sup>, Machado<sup>87</sup>, Mirabete<sup>88</sup>, e Tourinho Filho<sup>89</sup>. Mirabete<sup>90</sup> aduz basicamente, que: “Como o Ministério Público se conformara com a primeira decisão, não apelando dela, não pode o juiz, após a anulação daquela, proferir uma decisão mais severa contra o réu”, até mesmo porque se a instância recursal não possui tal faculdade, quem dirá o juízo de primeiro grau ao proferir nova sentença.<sup>91</sup>

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 160. É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. **Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87. Julgamento em 13/12/1963.

<sup>85</sup> CONSTANTINO, 2004, p. 40

<sup>86</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1175.

<sup>87</sup> MACHADO, 1998, p. 111

<sup>88</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 683.

<sup>89</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. v. 2, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 404.

<sup>90</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p. 683.

<sup>91</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 404.

A seu turno, de maneira oposta, sustenta Rangel<sup>92</sup> que é possível o juízo *a quo* proferir sentença mais grave do que a desconstituída, o que faz de acordo com os seguintes argumentos: (a) a aplicação do princípio da legalidade, tendo em vista que tal vedação não está expressa na lei; (b) impossibilidade jurídica de agravamento da decisão, uma vez que ela foi anulada e não mais existe; (c) estaria se atribuindo força de eficácia a uma sentença anulada, fazendo com que prevalecesse uma decisão inválida sobre uma válida; (d) o recurso é voluntário e o réu, ao interpô-lo, deve arcar com os ônus do seu pedido.

De mais a mais, no processo penal, em virtude do seu aspecto de proteção quanto à pessoa do acusado, ainda desponta a figura da *reformatio in melius*, segundo a qual, havendo recurso exclusivo da acusação visando à majoração da pena imposta ao réu, poderia o tribunal dele se aproveitar para abrandar a condição do condenado.<sup>93</sup>

Desse modo, estabelecidos os parâmetros gerais de aplicação da *non reformatio in pejus* no processo penal, sem maiores aprofundamentos sobre o tema, verifica-se, por certo, que o princípio em comento constitui garantia de segurança jurídica ao acusado diante da utilização do recurso como meio de obter sentença mais justa, mais branda, que atinja menos seu direito à liberdade, não podendo ser surpreendido no seu agir (exclusivo) com decisão ainda mais prejudicial a seus direitos.

Sabe-se que, conforme já dito ao longo da explanação, o Direito Processual Penal se caracteriza por ter cunho protetivo com relação ao indivíduo imputado, visando coibir atos de arbitrariedade do julgador, investido com tal poder pelo Estado, valendo-se de diversas ferramentas limitadoras do seu agir discricionário. Uma delas é a vedação ao recrudescimento da condição do réu ante recurso somente por ele oferecido ao órgão recursal, a qual vem ao encontro dos postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Atinge-se, neste momento, o ponto crucial do presente trabalho: como se manifesta o princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, considerando tudo que até então foi exposto?

---

<sup>92</sup> RANGEL, 2006, p. 687-8.

<sup>93</sup> MIRABETE, 2006, p. 684.

#### 4.3 A *REFORMATIO IN PEJUS* NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

De acordo com o que já foi analisado no presente trabalho, verifica-se que foram atribuídos ao processo administrativo inúmeros direitos e garantias assegurados aos administrados, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que se coaduna com os postulados do Estado (Democrático) de Direito. Dessas garantias, por conseguinte, decorre, dentre outros, o princípio da revisibilidade das decisões, que enseja, por sua vez, a possibilidade de a parte prejudicada com a decisão proferida pelo julgador interpor recurso para a instância superior e competente para revisá-la.<sup>94</sup>

Tratando-se dos recursos administrativos, especialmente aqueles interpostos contra decisões prolatadas em processos administrativos sancionadores, surge a problemática da possibilidade ou não de a Administração, na análise do pleito recursal, modificar a decisão atacada de modo a agravar a situação do administrado, recorrente.

Surge a questão a partir da leitura do artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que prevê, *in verbis*:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer **gravame** à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.<sup>95</sup> [grifo nosso].

A doutrina, nesse aspecto, amparada pela jurisprudência disforme, não possui entendimento único e pacífico sobre o tema. Há razões para aceitar a incidência da *non reformatio in pejus*, assim como ocorre no Direito Processual Penal, como há elementos para negá-la ou mesmo aplicá-la com restrições.

Tal controvérsia surge na medida em que se instaura um “conflito entre o dever da Administração Pública de zelar pela legalidade de seus atos e o direito dos cidadãos ao devido

<sup>94</sup> SILVEIRA, 2005, p. 59.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei nº 9.784.1999, p. 1.



processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à segurança jurídica”,<sup>96</sup> ou seja, se dá “o conflito entre autoridade e liberdade”,<sup>97</sup> constante problema enfrentado pelo Direito Público.

Conforme se verá na sequência, quando serão devidamente expostos e analisados todos os principais argumentos sustentados pelas correntes existentes acerca do tema em debate, a divergência se dá em torno a princípios com conteúdos distintos, todos aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, porém antagônicos entre si. Desse modo, o que determina a solução do problema é o conjunto de princípios adotados para justificar a adoção ou não da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos punitivos, bem como a interpretação atribuída às normas incidentes no caso (*substantive due process*).

Por isso, desde já, ressalta-se a lição sempre atual de Dworkin<sup>98</sup> sobre os casos em que se apresenta um conflito entre dois ou mais princípios, igualmente aplicáveis ao caso concreto. Segundo o autor “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância” e, em virtude disso: “Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”, utilizando-se do critério de ponderação na aplicação dos princípios que irão prevalecer. Já as regras, ao contrário, aplicam-se da maneira “tudo-ou-nada”, sendo que quando “duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”, sendo a inválida excluída do mundo jurídico.

#### 4.3.1 Fundamentos para a inaplicabilidade do princípio

Parte da doutrina entende não ser possível a aplicação da vedação à *reformatio in pejus* nos processos administrativos de qualquer natureza. Adotam esse entendimento Barros<sup>99</sup>, Franco<sup>100</sup>, Meirelles<sup>101</sup>, Mello<sup>102</sup> e Vichi<sup>103</sup>. Para esses doutrinadores prevalece o

<sup>96</sup> HARGER, Marcelo. O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 371, p. 203-217, jan./fev. 2004, p. 203.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-3.

<sup>99</sup> BARROS, 2005, p. 79-81.

<sup>100</sup> FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo. *In*: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção atlas de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 177-9.

<sup>101</sup> MEIRELLES, 2008, p. 681.

<sup>102</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 142.

<sup>103</sup> VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 255-8.

seguinte grupo de princípios informadores: “legalidade, indisponibilidade do interesse público, inquisitivo, oficialidade e verdade material”.<sup>104</sup>

Tratando-se do princípio da legalidade, cumpre destacar que, pelo fato de a Administração Pública somente poder fazer aquilo que estiver expressamente disposto na lei, “a proibição da reforma em prejuízo implicaria a manutenção do ato, ainda que sua ilegalidade viesse a ser constatada pela segunda instância administrativa”.<sup>105</sup>

Com relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, tem-se que este perpassa a própria noção do princípio da legalidade, porquanto impõe ao administrador que este atue em busca da finalidade imposta pela lei, voltada ao melhor atendimento dos interesses qualificados como pertencentes à coletividade, sendo obrigado a tanto. Assim, “constatada a existência de um ilícito, o agente público tem a obrigação de combatê-lo. Não pode escolher entre atuar ou quedar-se silente. Esta é a razão pela qual se afirma que esse princípio daria margem à *reformatio in pejus* [...]”.<sup>106</sup>

No que se refere aos princípios inquisitivo, da oficialidade e da verdade material, tais “são reflexos processuais das noções de legalidade e de indisponibilidade do interesse público”. Pelo princípio do inquisitivo, que rege de forma predominante o processo administrativo, “a Administração Pública tem o dever de instaurar processos administrativos e zelar pela sua boa marcha”, *devendo*, inclusive, arrecadar as provas que entender necessárias para o deslinde do fato.<sup>107</sup>

Dessa forma, entende-se que tais princípios “conferem poderes à Administração Pública para que esta possa aplicar a lei de modo adequado, atendendo, assim, ao interesse público” e por isso a vedação à *reformatio in pejus*, diante da ocorrência de uma ilegalidade, “implicaria a negação desses princípios em face do caso concreto”.<sup>108</sup>

Ademais, os autores filiados a essa corrente, apesar de admitirem a possibilidade de revisibilidade gravosa ao recorrente, afirmam que, para tanto é necessário se possibilitar ao administrado o contraditório, abrindo prazo para que apresente novas razões contra a reforma prejudicial anunciada pela segunda instância administrativa, conforme previsão do artigo 64, parágrafo único, da Lei n° 9.784/99.

Destaca-se, de maneira ilustrativa, a lição de Meirelles<sup>109</sup> sobre o tema:

---

<sup>104</sup> HARGER, 2004, p. 204.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 204-5.

<sup>106</sup> HARGER, 2004, p. 205.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 205-6.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 206-7.

<sup>109</sup> MEIRELLES, 2008, p. 681.

Em qualquer modalidade de recurso, a autoridade ou o tribunal administrativo tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, podendo modificá-lo por motivo de legalidade, conveniência, oportunidade ou, mesmo, por razões de ordem técnica que comprometam a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame. A Lei 9.784/99 prevê que “o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida” (art. 64). Todavia, em face da Constituição Federal, em especial do seu art. 5º, LV, caso haja a possibilidade de *reformatio in pejus*, a autoridade deve cientificar o recorrente dessa hipótese, com os motivos que levariam ao gravame, para que ele tenha oportunidade de formular suas “razões antes da decisão” (parágrafo único do art. 64) e assim exercer o contraditório.

Ainda, segundo Barros<sup>110</sup>: “A possibilidade do recurso administrativo pelo interessado vir a sofrer modificação ou revogação causando prejuízo ao recorrente decorre da natureza do próprio litígio”, tendo em vista a supremacia do interesse público tutelado pela Administração sobre o interesse privado.

Nesse mesmo sentido, embora antes da edição da Lei nº 9.784/99, Mello<sup>111</sup> já referia que:

[...]. Igualmente, a *reformatio in pejus* não é interdita ao Direito Administrativo, sob pena de frustrar ação fiscalizadora ou diretora dos órgãos de controle e hierarquia, a fim de não agravar a situação do administrado, com prejuízos à Administração Pública. Esse princípio tem a sua aplicação restrita ao Direito Judiciário e se estende ao terreno do Direito Administrativo tão-somente quando se trata de recurso próprio do interessado em processos quase contenciosos.

Destarte, explica Franco<sup>112</sup> que a não adoção do princípio tem relação com o efeito devolutivo do recurso administrativo, que é mais amplo do que se verifica nos processos penais e cíveis, onde o princípio incide, o que decorre do fato de que nos processos administrativos não se observa o princípio da inércia, bem como pela sua maior flexibilidade. Acrescenta o autor, contudo, que se não for possibilitada a manifestação do recorrente diante da possibilidade de agravamento da sua situação, a decisão proferida será nula pela ausência do contraditório.

Por sua vez, ressalta Vichi<sup>113</sup> que o dispositivo legal que autoriza a *reformatio in pejus* é plenamente constitucional, tendo em vista que se assim não fosse não seriam atendidos os princípios essenciais da verdade material e da legalidade. Ademais, a previsão de manifestação do interessado cumpre com os postulados do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>110</sup> BARROS, 2005, p. 80.

<sup>111</sup> MELLO, 1996, p. 142.

<sup>112</sup> FRANCO, 2008, p. 178.

<sup>113</sup> VICHI, 2008, p. 256-7.

Por fim, com relação à jurisprudência dos tribunais superiores, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça afirmou o entendimento de que é possível a *reformatio in pejus* nos processos administrativos, tendo em vista o poder de autotutela conferido à Administração Pública. Em seu voto, destacou a Ministra Eliana Calmon:

De referência a não observância do Princípio da "*non reformatio in pejus*" na esfera administrativa, não tem razão o recorrente. O poder de auto-tutela da administração permite que ela própria anule os seus atos quando reconhecer que houve ilegalidade, ou os revogue por razões de conveniência e oportunidade, a qualquer tempo, antes de consolidado o prazo prescricional. A possibilidade de revisão de ofício impede a observância do princípio questionado pela recorrente. Em outras palavras, a não aplicação do princípio da "*non reformatio in pejus*" é corolário do princípio da autotutela da administração. A regra sofre exceções, mas estas devem estar expressamente previstas na lei.<sup>114</sup> [grifo nosso].

No mesmo sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal quando da análise de recurso interposto no mesmo caso anteriormente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, colacionado acima, o qual foi interposto justamente pelo fato de o recorrente não ter se conformado com a indicação de ser possível a reforma para pior. Segundo o recorrente, essa possibilidade violaria os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica. Essas foram as palavras do Ministro Luiz Fux em seu relatório:

[...] É que no âmbito do Direito Administrativo, a administração pública tem a prerrogativa de revisar seus próprios atos, podendo anulá-los, revogá-los ou modificá-los por motivos de legalidade, conveniência e oportunidade, inclusive em relação aos processos administrativos, sendo que a única ressalva diz respeito à necessidade de comunicação prévia do gravame que pode ocasionar ao administrado a interposição do recurso administrativo, como corolário do princípio da ampla defesa e do contraditório [...].

Destarte, a possibilidade da anulação dos atos administrativos, ainda que de ofício ou quando implique sanção ao administrado, decorre do princípio da autotutela da administração pública, em nome do interesse público [...].<sup>115</sup>

Assim, verifica-se que os seguidores dessa corrente de entendimento, ao ponderarem os princípios aplicáveis ao caso, privilegiam aqueles que conferem mais garantias à Administração Pública, mormente em prol da busca pelo interesse público, finalidade da

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21981/RJ, 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 ago. 2010, p. 163. Disponível em: <[https://www.2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=3249&seq\\_documento=2844616&data\\_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento&parametro=21981&ids=2844616,2845158](https://www.2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=3249&seq_documento=2844616&data_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&parametro=21981&ids=2844616,2845158)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

<sup>115</sup> *Id.* Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 641.054, 1ª Turma, Brasília, DF, 22 de maio de 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 jun. 2012.

legislação administrativista, em detrimento de parte das garantias asseguradas ao particular, embora entendam que o fato de ser aberto prazo para manifestação do recorrente sobre a possibilidade de agravamento respeita o devido processo legal, bem como a ampla defesa e o contraditório.

### 4.3.2 Fundamentos para a aplicação do princípio nos processos administrativos

De outra banda, há quem defenda a possibilidade de adoção, nos processos administrativos sancionadores, do princípio da *non reformatio in pejus*. Seguem essa corrente de entendimento, Costa<sup>116</sup>, Enterría e Fernández<sup>117</sup>, Gordillo<sup>118</sup>, Nobre Júnior<sup>119</sup>, Nohara e Marrara<sup>120</sup>, Oliveira<sup>121</sup> e Vitta<sup>122</sup>. Esses autores, em suas razões, priorizam o seguinte grupo de princípios: devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica.

O princípio do devido processo legal obstará a possibilidade de reforma para pior em vista da dimensão por ele assumida em âmbito administrativo, de limitador do poder governamental, uma vez que deve a Administração Pública assegurar que as decisões administrativas, em sua forma e conteúdo, atendam aos ditames de aludido princípio. Assim, “não haveria sentido em se conceder ao particular a garantia de acesso a uma instância superior se a utilização deste direito pudesse lhe ser desfavorável”, devendo o órgão competente para a análise do pleito recursal se limitar ao que lhe foi solicitado, sem prejudicar o recorrente.<sup>123</sup>

No que tange ao princípio do contraditório, também já estudado neste trabalho, consubstanciado no binômio informação-reação, este autorizaria a vedação à *reformatio in pejus*, na medida em que:

[...] a *reformatio in pejus* aniquila por completo os elementos do contraditório. Ofende o primeiro elemento (informação) porque o recorrente não sabe previamente quais os argumentos de fato e de direito que lhe são contrários. Ofende o segundo

<sup>116</sup> COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 62-4.

<sup>117</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 201-2.

<sup>118</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 4: El procedimiento administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003b, p. II-24-II-26.

<sup>119</sup> NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 148-1.

<sup>120</sup> NOHARA; MARRARA, 2009, p. 407-9, 417-8 e 451.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 159-2.

<sup>122</sup> VITTA, 2003, p. 104-5.

<sup>123</sup> HARGER, 2004, p. 209.

elemento porque a ausência de informação inviabiliza qualquer reação antes da decisão final, o que piora a situação jurídica do recorrente.<sup>124</sup>

Ao lado do princípio do contraditório, tem-se que a ampla defesa igualmente não admite a possibilidade de se operar a reforma para pior, uma vez que “a CF assegura o direito de recorrer como uma extensão do direito à ampla defesa”. Portanto, se fosse permitida, a reforma para pior “implicaria um desestímulo ao direito de recorrer e, conseqüentemente, ao exercício do direito de defesa, que não poderia ser tolerado pelo sistema constitucional brasileiro”.<sup>125</sup>

Finalmente, o princípio da segurança jurídica tem a ver com a ideia de estabilidade das relações jurídicas e, nesse sentido, veda a *reformatio in pejus*, visto que sua admissão “teria por condão gerar instabilidade jurídica em virtude de manifestações contraditórias por parte da Administração Pública”.<sup>126</sup>

Feita a análise dos princípios que norteiam o entendimento em tela, passa-se ao destaque dos principais argumentos sustentados por cada um dos autores alhures mencionados, os quais aderem à tese exposta.

De maneira tímida, Nohara e Marrara<sup>127</sup> sustentam que, de forma geral, é lícito à Administração Pública proceder ao recrudescimento da situação do recorrente em fase recursal, sendo que as exceções a essa liberdade devem estar previstas na lei, como é o caso do artigo 65 da Lei n° 9.784/99, que impede a reforma para pior em caso de processo de revisão de sanção administrativa. Contudo, aduzem os autores que “A reforma da decisão em detrimento do administrado deve apenas ser proibida em **processo sancionatório** e quando o recurso é interposto apenas pelo sancionado, **tal como ocorre no processo penal**”. [grifo nosso].

A seu turno, Gordillo<sup>128</sup> sustenta a aplicação do princípio da *non reformatio in pejus*, com fundamento no Direito Penal, em todas as espécies de processos e procedimentos administrativos, aduzindo que a possibilidade de reforma para pior “*es peligrosa, porque puede ser usada como un medio de coaccionar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos*” (da Administração).

---

<sup>124</sup> HARGER, 2004, p. 209.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> NOHARA; MARRARA, 2009, p. 408.

<sup>128</sup> GORDILLO, 2003b, p. II-26.

Imponente é a crítica formulada por Enterría e Fernández<sup>129</sup>, para quem o instituto da *reformatio in pejus* é uma “*grosera y arcaica técnica procedimental*”. Da mesma forma que Gordillo anotou em sua obra, os autores mencionados entendem que a possibilidade de reforma para pior consiste num meio de coação indireto, que visa impedir que os administrados interponham recursos contra as decisões administrativas que lhe são prejudiciais, ressaltando que: “*Más grave es aún el supuesto de una agravación directa de la sanción recurrida, o imponer la misma a quien fue absuelto en el procedimiento previo [...]*”, o que não condiz com a função elementar da justiça.

Analisando os elementos utilizados pelos defensores da *reformatio in pejus*, especialmente no que se refere à observância nos processos administrativos do princípio da verdade real, Costa<sup>130</sup> assevera que tal princípio é também informador do processo penal e nem por isso tal instituto contempla a possibilidade de reforma prejudicial. Muito antes pelo contrário, de acordo com a disciplina do já analisado artigo 617 do Código de Processo Penal, ela é amplamente vedada. Ademais, dito princípio da verdade material, segundo aludido autor, “não traz, como consequência natural e necessária, o signo autorizador da *reformatio in pejus*”.

Para Vitta<sup>131</sup>, por sua vez, a impossibilidade de *reformatio in pejus* somente deve ser observada nos processos administrativos punitivos, elegendo esta como a melhor maneira de equilibrar a *non reformatio in pejus* com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ressalta o autor, ainda, que igualmente é vedada nos processos administrativos sancionadores a *reformatio in pejus* indireta, decorrente da anulação da sanção imposta, com posterior aplicação de penalidade mais gravosa em seu lugar.

Outrossim, Nobre Júnior<sup>132</sup> sustenta que a *non reformatio in pejus* deve ser aplicada somente nos processos administrativos sancionadores, sendo possível o agravamento da situação jurídica do recorrente nas demais espécies de processo administrativo. No caso dos processos sancionadores, também reforça a tese de se operar a *reformatio in pejus* indireta.

Finalizando a análise dos argumentos sustentados pelos autores aderentes à corrente que prega a aplicação do princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos, em especial naqueles que importem na aplicação de sanções, destaca-se o entendimento de

---

<sup>129</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 202.

<sup>130</sup> COSTA, 2005, p. 63-4. Também nesse sentido é o entendimento exarado por Silveira (2005, p. 70).

<sup>131</sup> VITTA, 2003, p. 104-5.

<sup>132</sup> NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 149-50.

Oliveira<sup>133</sup>, que ressaltando a importância do brocardo jurídico *tantum devolutum quantum appellatum*, restringindo o efeito devolutivo dos recursos, sustenta o seguinte ponto de vista:

[...] Se o recurso é, como se viu, garantia do particular, nenhum sentido jurídico teria que pudesse o superior hierárquico, ou o órgão colegiado competente para decidir, aumentar a pena imposta em primeiro grau.

[...]

Seria absurdo jurídico que a Constituição Federal assegurasse os recursos inerentes à ampla defesa (inc. LV do art. 5º) e se pudesse admitir que tal garantia fosse utilizada em detrimento do administrado. O superior hierárquico, em consequência, tem o seu limite na matéria que lhe é devolvida, através da interposição do recurso voluntário interposto pelo particular.

Cabe referir, por oportuno, que em tempos pretéritos já havia se filiado a esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que o Ministro Adhemar Maciel, em voto-vista, divergiu do posicionamento adotado pelo relator, Ministro Pedro Acioli, nos seguintes termos:

Senhor Presidente, efetivamente, não se pode confundir o “poder disciplinar”, próprio do Estado-Administração, com o “poder punitivo penal”, inerente ao Estado-Sociedade. A punição do último se faz através do Poder Judiciário. Já o primeiro, por meio de órgãos da própria Administração.

Diferentemente do eminente relator, entendo que mesmo a pena administrativa não pode ser agravada, no caso de recurso do servidor apenado.<sup>134</sup>

Ainda, para os autores que defendem a vedação à *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, a simples previsão legal de possibilidade de apresentação de “alegações” antes de ser proferida a decisão mais gravosa não se presta a atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, impende citar o seguinte trecho da explicação formulada por Justen Filho<sup>135</sup> sobre o assunto:

[...] Não existe ampla defesa quando apenas se assegura a garantia do recurso, sem oportunidade para manifestação prévia. Ou seja, a participação do interessado tem de ser efetiva e real. Tal não se passa quando a Administração já formulou antecipadamente suas decisões e se restringe a conceder ao particular a oportunidade de manifestar-se para manter uma aparência de impessoalidade.

<sup>133</sup> OLIVEIRA, 2012, p. 159-1.

<sup>134</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 3252/RS, 6ª Turma, Brasília, DF, 30 de novembro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 06 fev. 1995, p. 1372.

<sup>135</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n. 25, p. 68-79, out. 1997, p. 76.



Desse modo, esse conjunto de princípios analisados se sobreporia ao princípio da supremacia do interesse público, embora para Binenbojm<sup>136</sup>, o interesse público não deva ser tratado como um princípio, uma vez que sempre é invocado de modo a prevalecer sobre os demais, de natureza individual. Isso porque, conforme já explicado no ponto 4.3, a aplicação de princípios sempre deve ser feita com base na ponderação, não podendo haver nenhum princípio que invariavelmente prevaleça sobre os demais.

#### 4.3.3 Corrente mista

Visando conciliar os dois conjuntos de princípios analisados nos dois tópicos antecedentes, o entendimento que agora será explicitado parece ser aquele que melhor se adequa aos postulados até então expostos, uma vez que equilibra as prerrogativas inerentes à Administração Pública com os direitos e garantias assegurados aos administrados, em face da atividade sancionadora da Administração.

São adeptos desse entendimento Carvalho Filho<sup>137</sup>, Figueiredo<sup>138</sup>, Fortini, Pereira e Camarão<sup>139</sup> e Silveira<sup>140</sup>.

Primeiramente, esclarecedora é a posição de Carvalho Filho<sup>141</sup>, que, num primeiro momento, defende a possibilidade de agravamento da situação do recorrente, por conta da previsão do artigo 64 da Lei nº 9.784/99, aduzindo que tal se deve ao fato de não se poder simplesmente estender a aplicação de princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo, bem como porque este observa, inafastavelmente, o princípio da legalidade.

---

<sup>136</sup> BINENBOJM, 205, p. 16.

<sup>137</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 899-900; Carvalho Filho (2013, p. 325-7).

<sup>138</sup> FIGUEIREDO, 2003, p. 434-5.

<sup>139</sup> FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo**. Comentários à Lei nº 9.784/1999. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 216-20.

<sup>140</sup> SILVEIRA, 2005, p. 66-5.

<sup>141</sup> CARVALHO FILHO, 2008, p. 899.

Entretanto, ressalva o autor que o recrudescimento da sanção imposta ao administrado, em havendo somente recurso por ele apresentado, somente pode ocorrer diante da análise de critérios objetivos, ou seja, de legalidade estrita. Se o administrador levar em consideração apenas critérios subjetivos na sua decisão, aí incidirá o princípio da *non reformatio in pejus* como garantia do administrado.<sup>142</sup>

Por sua vez, Figueiredo<sup>143</sup>, excluindo a possibilidade da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores e disciplinares, sustenta que, por exemplo, em processos concorrenciais “esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa”, não se tratando propriamente de *reformatio in pejus*, mas sim de ato de controle de legalidade da Administração Pública, que não pode manter um ato maculado pela ilegalidade, sob pena de agir *contra legem*. Assim, ainda que decretada a nulidade do ato administrativo, sobrevindo imposição de situação mais gravosa, não se estará diante de *reformatio in pejus*, mas sim de controle de legalidade.

Nessa senda, Fortini, Pereira e Camarão<sup>144</sup> posto que, apresentem outros argumentos não condizentes com a linha em análise, aduzem que “é de se admitir a *reformatio in pejus* quando se detecta o agir administrativo contra expressa letra da lei e passível de correção *ex officio*”, fornecendo como exemplo o caso de aplicação de sanção constante em dispositivo legal já revogado.

De maneira mais clara e precisa, argumenta Silveira<sup>145</sup> contra a possibilidade de reforma para pior quando da mera análise de recurso interposto pelo administrado, aduzindo que:

A adoção da *reformatio in pejus* é incompatível com a moderna concepção de processo administrativo trazida pela lei federal, que defende um processo modelado

---

<sup>142</sup> CARVALHO FILHO, 2008, p. 899-900. Cita o autor, ainda, os seguintes exemplos: “um servidor reincidente foi punido com a pena ‘A’, quando a lei determinava que a pena deveria ser ‘B’, por causa da reincidência. A pena ‘A’, portanto, não atendeu à regra legal, o que se observa mediante critério meramente objetivo. Se o servidor recorre, e estando presentes os elementos que deram suporte à apenação, deve a autoridade julgadora não somente negar provimento ao recurso, como ainda corrigir o ato punitivo, substituindo a pena ‘A’ pela ‘B’. Suponhamos outra hipótese: o servidor foi punido com a pena ‘A’ porque assim o entendeu a autoridade competente como resultado da apreciação das provas, dos elementos do processo, do grau de dolo ou culpa, dos antecedentes etc. Observe-se que todos estes elementos foram considerados *subjetivamente* para a conclusão da comissão. Se o servidor recorre contra a pena ‘A’, não poderá a autoridade de instância superior *proceder à nova avaliação subjetiva* dos elementos do processo, para o fim de concluir aplicável a pena ‘B’, de caráter mais gravoso. (p. 899) [grifo do autor].

<sup>143</sup> FIGUEIREDO, 2003, p. 434.

<sup>144</sup> FORTINI; PEREIRA; CAMARÃO, 2012, p. 219. Ressalte-se que, inicialmente, as autoras sustentam ser possível a reforma para pior, em vista dos princípios da verdade material, do duplo grau de jurisdição, da eficiência e da oficialidade, com o que não se concorda, conforme argumentos já expostos no tópico anterior.

<sup>145</sup> SILVEIRA, 2005, p. 71.

constitucionalmente, inspirado pelo ideal democrático, respeitador dos direitos e garantias dos administrados.

Seguindo na sua exposição, a autora destaca a diferença entre *reformatio in pejus* e controle de legalidade da Administração Pública sobre seus próprios atos, o que assevera ser plenamente possível de ocorrer, ainda que haja prejuízo ao recorrente. Nesse sentido:

A Administração deve rever seus atos praticados com violação de lei seja qual for o momento em que tomar conhecimento deste vício. Se esta ocasião for o julgamento de um recurso exclusivo do administrado, interposto em processo administrativo, a reação da administração poderá prejudicá-lo, e não estaremos diante de *reformatio in pejus*.

Há *reformatio in pejus* quando a Administração faz uma nova avaliação dos fatos, reaprecia o mérito da questão. O que não se admite é a reavaliação de conveniência e oportunidade, em sede recursal, para agravar a situação do recorrente.

[...] A correção da ilegalidade é obrigatória para a Administração e pode vir a prejudicar o recorrente, isto se justifica pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público [...].<sup>146</sup>

Desse modo, verifica-se que, para essa corrente, igualmente é admissível a adoção do princípio da *non reformatio in pejus*, como forma de respeito aos direitos e garantias constitucionais dos administrados (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica). Porém, cabe à Administração Pública o *dever* de manter sobre seus atos – incluída a aplicação de sanções – um controle de legalidade<sup>147</sup>, uma vez que lhe é vedado praticar atos que não estejam expressamente previstos em lei (*contra legem*).

Frise-se, ainda, que mesmo em se tratando de hipótese de controle de legalidade operado em sede recursal, deve a Administração instaurar processo revisivo, possibilitando ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, pode ser de seu interesse a manutenção do ato ilegal, justamente por lhe ser mais benéfico.<sup>148</sup>

Por tudo que foi dito, o caminho apresentado neste tópico parece ser o mais adequado à lição de Dworkin<sup>149</sup> sobre a aplicação de princípios concorrentes. Isso porque concilia os direitos de defesa do administrado com as prerrogativas essenciais à Administração Pública, especialmente àquela de rever seus próprios atos em caso de ilegalidade. O certo é que nunca será permitido à Administração atuar com discricionariedade tamanha capaz de configurar ato

<sup>146</sup> SILVEIRA, 2005, p. 72.

<sup>147</sup> De acordo com Di Pietro (2012, p. 70) o controle de legalidade “É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade”.

<sup>148</sup> SILVEIRA, *op. cit.*, p. 75.

<sup>149</sup> DWORKIN, 2007, p. 39-43.

arbitrário, devendo sempre possibilitar a manifestação do administrado e assegurar-lhe que seu recurso não será objeto de ato revisivo baseado tão somente em critérios subjetivos.

Desse modo, demanda-se que o artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 seja interpretado à luz do devido processo legal, a fim de cumprir-se com a dimensão material do devido processo legal, não podendo simplesmente ser lido de maneira superficial.

## 5 CONCLUSÃO

Com a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, no sentido de assegurar aos litigantes e acusados em processo administrativo as garantias ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal, limitando o agir do Estado, nota-se um importante avanço no Direito Administrativo, apesar de a Administração Pública ainda se reger, precipuamente, pelos princípios da oficialidade, da verdade material, da legalidade e da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Isso porque, conforme destacado no início deste artigo, o Direito Administrativo Sancionador se encontrava em estágio de desenvolvimento inferior, no aspecto de garantias conferidas aos acusados em processos administrativos sancionadores, em relação ao Direito Penal.

A comparação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador feita ao longo do trabalho, se mostrou necessária, na medida em que ao se tratar desse também se está tratando do exercício do *ius puniendi* por parte do Estado, do mesmo modo como ocorre naquele.

A evolução ocorrida no âmbito do Direito Administrativo Punitivo se revela imperiosa por conta da identidade ontológica existente entre as sanções penais e administrativas. Essa identificação de essência demanda que às sanções administrativas se apliquem os mesmos postulados aplicáveis às sanções penais, ainda que, em vista dos regimes jurídicos distintos pelos quais são regidas, isso deva ser operacionalizado com certas restrições, em face dos princípios norteadores da Administração.

Assim, a relativização dos princípios de Direito Penal, tarefa necessária para que possam ser transportados para o Direito Administrativo Sancionador, não impede que eles sejam adotados de forma eficaz em favor do acusado em sede de processo administrativo punitivo, como forma de limitação ao agir discricionário da Administração Pública, que sempre visa atender ao interesse público, ainda que, por vezes, em detrimento dos direitos e garantias individuais. Porém, conforme analisado ao longo deste trabalho, a realização dos direitos e garantias individuais também consiste na realização do interesse público.

Assim, o processo administrativo que pretender impor sanções aos administrados ou aos servidores públicos deve ser regido pelo postulado maior do devido processo legal, bem como pelos seus principais corolários – os princípios do contraditório e da ampla defesa – como forma de assegurar que o processo se desenvolva conforme a lei e o Direito, ocasionando em decisões efetivamente justas, ainda que com a imposição de sanções ao administrado.

Analisando-se a questão fulcral da *non reformatio in pejus*, instituto típico do Direito Processual Penal, consagrado no artigo 617 do Código de Processo Penal, chegou-se a um impasse jurisprudencial e doutrinário acerca da extensão desse princípio. Dito impasse reside no que toca aos processos administrativos, especialmente aos sancionadores, em vista da disposição legal expressa no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, a qual autorizaria, *a priori*, a *reformatio in pejus* em todas as espécies de processo administrativo, à exceção da revisão administrativa de processos sancionadores, de acordo com a previsão do artigo 65, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Nesse ponto, foram apresentadas três correntes sobre o tema: uma que prega a plena possibilidade de se operar a *reformatio in pejus*, outra completamente oposta à primeira, e uma última, dita mista, que visa conciliar as premissas utilizadas pelas outras duas correntes.

Atente-se, contudo, que não se pode simplesmente aplicar a letra fria da lei, procedendo-se a uma interpretação somente gramatical do conteúdo do dispositivo legal. A fim de se atender ao devido processo legal substancial, deve-se realizar, isso sim, uma interpretação sistemática, à luz da Constituição Federal, tomando-se por base, de um lado, os direitos e garantias individuais e, do outro lado, as prerrogativas inerentes à atividade da Administração Pública, equacionando-as.

Realizada a interpretação do dispositivo legal da forma mencionada, verificou-se que a possibilidade de *reformatio in pejus* prevista no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 não possui, em verdade, a amplitude sugerida pela sua redação. Na verdade, impõem-se restrições a sua aplicação, sob a ótica dos postulados do devido processo legal, bem assim da ampla defesa e do contraditório, uma vez que, não pode o administrado acusado em processo administrativo punitivo ficar sujeito à sorte de que, ao analisar o seu recurso, a Administração possa lhe dar provimento ou não e, ainda mais, em não concedendo o apelo, resolver por agravar a sanção anteriormente aplicada com base em critérios puramente subjetivos, sob pena de estar infringindo, além dos aludidos postulados, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, necessários à estabilidade das relações judiciais e administrativas.

Sendo assim, com base na doutrina e jurisprudências analisadas no presente artigo, conclui-se por adotar a corrente mista, a qual, seguida por uma série de doutrinadores, como Carvalho Filho, Figueiredo, Fortini, Pereira e Camarão e Silveira, prega ser necessário equilibrar os princípios que conferem prerrogativas à Administração Pública, em vista do interesse público, com os direitos e garantias assegurados pela Carta Política de 1988 aos acusados em geral, que não podem ser olvidadas em prol desse interesse público, já que, repisando-se, também é interesse da coletividade que sejam respeitados os direitos e garantias de todo cidadão, mormente quando confrontado pelo Estado no exercício do seu poder punitivo.

Desse modo, remata-se que o princípio da *non reformatio in pejus*, insculpido no artigo 617 do Código de Processo Penal, pode ser aplicado ao Direito Administrativo Sancionador de forma relativizada, a fim de impedir o administrador público de se utilizar de critérios de oportunidade e conveniência para recrudescer a sanção imposta ao administrado quando da análise de recurso somente por ele interposto. Porém, resguarda-se à Administração Pública a possibilidade de rever seus atos quando ilegais, ou seja, com base puramente em critérios objetivos, ainda que venha a agravar a situação do administrado.

Isso porque, no seu agir, a Administração está vinculada de forma obrigatória a obedecer ao princípio da legalidade, conforme estipulado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, ou seja, a Administração Pública somente pode e deve praticar os atos previstos em lei. Assim, lhe é vedado agir *contra legem* e, por esse motivo, é que lhe é conferido o poder de autotutela, que lhe permite exercer o controle de legalidade sobre seus atos, podendo anulá-los a qualquer tempo se for verificado que padecem de vício de ilegalidade.

Nesse caso, ainda que a anulação do ato ilegal importe em prejuízo ao administrado, por ocorrer em face de recurso por ele interposto, cabendo-lhe sanção mais grave que a anulada, não se estará sequer diante de *reformatio in pejus* propriamente dita, mas sim de dever da Administração de controlar a legalidade de seus atos. Não se pode olvidar, porém, que o procedimento de anulação também deverá observar o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa, permitindo a manifestação do acusado, haja vista que ele pode ter interesse na manutenção do ato, justamente pelo fato de o apenamento aplicável ao caso poder ser mais grave que o ilegal.

Enfim, conclui-se que a solução adotada para o questionamento proposto na introdução, de que a vedação à *reformatio in pejus* deve ser observada nos processos administrativos sancionadores quando se tratar da análise somente de critérios subjetivos pela Administração Pública, que, no entanto, poderá exercer plenamente o controle de legalidade

sobre seus atos, é a melhor forma de se conciliar os princípios postos no caso, a fim de assegurar tanto os direitos e garantias do administrado, acusado em processo administrativo sancionador, quanto as prerrogativas inerentes às finalidades da atuação administrativa, na persecução do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Rafael Cruz. A valoração na teoria da sanção no direito: o caso da sanção positiva. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano I, n. 9, p. 5145-5168, 2012.

BARROS, Wellington Pacheco de. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1º fev. 1999.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21981/RJ, 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 ago. 2010, p. 163. Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=3249&seq\\_documento=2844616&data\\_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento&parametro=21981&ids=2844616,2845158](https://www2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=3249&seq_documento=2844616&data_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&parametro=21981&ids=2844616,2845158)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS 3252/RS, 6ª Turma, Brasília, DF, 30 de novembro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 06 fev. 1995, p. 1372.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200844, 2ª Turma, Brasília, DF, 25 de junho de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 157, 16 ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 641.054, 1ª Turma, Brasília, DF, 22 de maio de 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108668, Segunda Turma, Brasília, DF, 05 de agosto de 1986. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 jun. 1989.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 160. É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de

ofício. **Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87. Julgamento em 13/12/1963.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei n° 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed., tomo 2. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia n° 37/2012. Cuestión de Inconstitucionalidad 9689-2009, Pleno, Madrid, 9 de março de 2012. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Espanha, n. 88, p.100-36,12 de abril de 2012.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da atividade estatal. **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul/dez 2012. Disponível em: <<http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/167/280>> Acesso em: 29 mar. 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo**: comentários à Lei n° 9.784/1999. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção atlas de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 4: El procedimiento administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003b.



GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006.

HARGER, Marcelo. O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 371, p. 203-217, jan./fev. 2004.

HUNGRIA, Néelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, fasc. 1, p. 24-31, jan. 1945.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n. 25, p. 68-79, out. 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Marlon Wander. **Os recursos no processo penal e a reformatio in pejus**. São Paulo: WVC, 1998.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 132 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. 818p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. *In*: Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei n° 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. por MORAES, Maria Celina Bodin. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus* e o processo administrativo. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano VI, n. 30, p. 59-76, mar./abr. 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei n° 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 235-59.
- VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Coleção temas de direito administrativo**: v. 8. São Paulo: Malheiros, 2003.