



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

---

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

por

**Felipe Rodrigues Cozer**

orientador:

**Professor Manoel Messias Peixinho**

**2007.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# ***REFORMATIO IN PEJUS* NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**por**

**Felipe Rodrigues Cozer**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
como requisito parcial  
para a obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor  
Manoel Messias  
Peixinho

**2007.2**

## **Dedicatória**

*Ao meu avô, Carlos, que  
deixou saudades e valiosos  
exemplos para a minha vida.*

## **Agradecimentos**

*Agradeço aos meus pais, Flávio e Elisabete,  
pelo amor e dedicação tão importantes para o  
meu desenvolvimento;*

*À Juliana, pelo carinho e companheirismo em  
tantos momentos juntos;*

*À minha avó, pela ternura e participação em  
minha formação;*

*Ao meu irmão, sempre presente, pela amizade  
enraizada nos tempos de infância e voltada  
para toda a vida;*

*Ao Felipe Infante, pela amizade fraternal e  
constante de mais de uma década;*

*Aos meus amigos pelo convívio e presteza;*

*Aos meus professores pelas inúmeras lições  
ensinadas e outras tantas aprendidas.*

## **Resumo**

**COZER, Felipe Rodrigues. *Reformatio in Pejus nos Processos Administrativo Sancionadores*. 122 p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2007.**

O presente trabalho tem por objetivo examinar a validade da chamada *reformatio in pejus* (reforma para pior) no âmbito do Direito Administrativo, em particular, em sede de processo administrativo de cunho sancionador ou disciplinar. Para tanto, parte da constitucionalização do Direito Administrativo e do embate entre princípios clássicos e garantias fundamentais para definir o vínculo entre o princípio de *non reformatio in pejus* e o devido processo legal administrativo. Ademais, para examinar a transposição do referido princípio da seara penal para a atividade sancionadora da Administração Pública, confronta os dois regimes jurídicos, traçando um paralelo entre ilícitos penais e administrativos, bem como suas respectivas respostas jurídicas, as sanções. Por fim, aborda a controvérsia existente acerca da aplicação do princípio que veda a reforma em prejuízo do recorrente nos processos administrativos, com vistas a examinar a sua incidência, ao menos, nos processos de cunho investigativo e sancionador.

### **Palavras-chave:**

Reformatio in Pejus – Sanção Administrativa – Processo Administrativo – Devido Processo Legal – Ampla Defesa - Contraditório – Recurso Administrativo – Direito Administrativo – Direito Penal – Constitucionalização – Princípio.

## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>6</b>
<b>1 – A Processualidade Administrativa.....</b>	<b>14</b>
1.1 – Conceituação do processo administrativo.....	14
1.2 – Relação processual administrativa.....	20
1.3 – Espécies de processo administrativo.....	24
1.4 – Princípios norteadores dos processos administrativos.....	27
<b>2 – Devido Processo Legal Administrativo.....</b>	<b>36</b>
2.1 – O devido processo legal e o processo administrativo.....	36
2.2 – Ampla defesa e contraditório.....	43
<b>3 – A Atividade Sancionadora da Administração Pública.....</b>	<b>50</b>
3.1 – A sanção administrativa.....	50
3.2 – A unidade do poder punitivo do Estado.....	57
3.3 – Princípios de Direito Penal e o devido processo legal sancionador.....	66
<b>4 – O Princípio de <i>Non Reformatio in Pejus</i>.....</b>	<b>74</b>
4.1 – Introdução ao tema.....	74
4.2 - <i>Reformatio in pejus</i> no processo penal.....	78
4.3 – <i>Reformatio in pejus</i> no processo civil.....	81
<b>5 – <i>Reformatio in Pejus</i> nos Processos Administrativos Sancionadores.....</b>	<b>84</b>
5.1 – Introdução ao tema.....	84
5.2 – Delimitação da controvérsia.....	86
5.3 – Vedação da <i>reformatio in pejus</i> no processo administrativo sancionador.....	91
5.4 - Interpretação do artigo 64 da Lei nº. 9.784/99.....	104
5.5 – <i>Reformatio in pejus</i> e controle de legalidade dos atos administrativos.....	110
<b>Conclusão.....</b>	<b>113</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>117</b>

## Introdução

De todas as manifestações jurídicas hoje rediscutidas à luz do fenômeno constitucionalista<sup>1</sup> é, provavelmente, no Direito Administrativo que o embate entre antigos paradigmas e direitos fundamentais se torna mais combativo. Os princípios da legalidade estrita, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, sempre impassíveis enquanto verdadeiros pilares do regime administrativista, acomodam-se com dificuldade aos novos tempos, resistindo bravamente às hordas constitucionalistas que buscam fincar no Direito Administrativo os preceitos fundamentais protetores da pessoa humana e de sua dignidade. Com efeito, tendo um transcendentalismo legitimador no argumento e fortes influências do pensamento positivista em sua maturação, o Direito Administrativo formou dogmas próprios, balizadores das garantias que emergiriam da sociedade contemporânea, com arrimo na ordem constitucional hodiernamente vigente.

Trata-se de um contra senso sem solução adequada. Como registra a história oficial, o Direito Administrativo teria surgido exatamente para combater as arbitrariedades dos governantes, imbuído de cunho garantista e protetivo. Seu surgimento decorreria da submissão do poder à lei e da consolidação de uma pauta de direitos individuais<sup>2</sup> que vinculariam o atuar da Administração Pública pós-revolução<sup>3</sup>. Mais do que isso, sua origem

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005, p. 46 e ss.

<sup>2</sup> Foram três as Declarações de Direitos elaboradas durante o processo revolucionário francês. A primeira, datada de 1789, proclamava um conjunto de regras gerais pré-formadoras da vida social e de sua constitucionalização. As demais datam de 1793 e 1795 respectivamente. Embora elaboradas em momentos históricos distintos, apresentando diferenças ontológicas quanto à qualificação do sujeito e à articulação entre os direitos apregoados, todas reconhecem uma pauta de direitos fundamentais, “naturais e imprescritíveis do homem”, quais sejam a liberdade, a propriedade, a segurança e a igualdade (na primeira declaração, de 1789, embora se olvidasse da igualdade, consagrava-se o direito à resistência contra a opressão, omitida nas subseqüentes).

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 2.: “Essa noção garantística do direito administrativo que se teria formado a partir do momento em que o poder aceita submeter-se ao direito e, por via reflexa, aos direitos dos cidadãos, alimentou o mito de uma origem milagrosa e de categorias jurídicas

coincide com o surgimento do próprio Direito Constitucional, ambos resultantes do advento do liberalismo e da premência da limitação do poder do Estado, até então absolutista<sup>4</sup>. Nada poderia parecer mais natural que, em meio a um movimento amplo de constitucionalização do Direito, sofressem as normas administrativistas as influências dos princípios fundamentais constitucionalizados em 1988. No entanto, é grande a resistência encontrada nessa seara.

Talvez explique parcialmente essa celeuma em curso a profunda retórica que envolve as noções construídas no seio do Direito Administrativo, identificada e dissecada por Gustavo Binenbojm<sup>5</sup>. Segundo uma análise crítica, verificamos que o discurso da legalidade estrita, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, tornou-se, no decorrer de séculos de evolução doutrinária e jurisprudencial, elemento legitimador para as mesmas práticas que o próprio sistema administrativista afirmava coibir. Conforme sustenta o ilustre professor, o discurso da gênese garantística do Direito Administrativo, repetido por sucessivas gerações, é preponderantemente mítico, e serve a diferentes propósitos conservadores. Nas palavras do autor,

“O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.”<sup>6</sup>

---

*exorbitantes do direito comum cuja justificativa teórica seria a de melhor atender à consecução do interesse público.”*

<sup>4</sup> O outro elemento fundamental e determinante para a formação de um Direito Administrativo foi a teoria da separação dos poderes, formulada por Montesquieu.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005; e BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006.

<sup>6</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 3.



Com efeito, no curso da Revolução Francesa, e ostentando o estigma de superação da estrutura de poder do *Ancien Régime*, forma-se uma Administração Pública que, dissociada dos propósitos garantísticos apregoados, edita suas próprias normas e julga os seus litígios com os administrados, segundo uma concepção confusa de separação de poderes do Estado. Surge, assim, a jurisdição administrativa<sup>7</sup> e, conseqüentemente, o direito processual administrativo, no qual, enquanto baluarte do interesse público, gozava a Administração de inúmeros privilégios perante os seus administrados. O antigo dogma da verticalidade justificou o rompimento da isonomia e a supressão da imparcialidade, sob o véu de um interesse público impreciso e da abstração teórica comumente encontrada nos arcabouços do Direito. Afastavam-se, no processo administrativo, as garantias processuais presentes nos processos judiciais, muito embora se lidasse com verdadeiros litígios e direitos individuais fundamentais formalmente assegurados aos administrados:

“Em outras palavras, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciários, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se se tratasse do próprio poder judiciário. Se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e desenvolvimento da dogmática administrativista, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos.”<sup>8</sup>

Embora no Brasil não se tenha importado o sistema francês da dualidade de jurisdições e do contencioso administrativo, vigorando no Brasil o princípio da unidade de jurisdição<sup>9</sup>, muitos desses traços vieram a incidir sobre a estrutura do nosso processo administrativo. Sobretudo hoje, quando o Estado se converte em regulador e fiscalizador do mercado, bem

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 51.: “Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas. Era o advento do Direito Administrativo.”

<sup>8</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 5.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 52 e ss.

como aplicador de vasta gama de sanções administrativas aos particulares, instauram-se verdadeiros processos punitivos à margem do Poder Judiciário e das regras processuais penais clássicas. E, se entre nós é certo que os atos administrativos permanecem sujeitos ao controle jurisdicional, também é verdade que esse controle não é pleno, balizado pela esfera de discricionariedade ou, como preferem alguns, pela intangibilidade do mérito administrativo<sup>10</sup>.

Portanto, aqui, como lá, a discrepância de forças entre Administração e administrados foi reafirmada pela quebra de isonomia jurídica, além de se formar um sistema processual administrativo sancionador com profundos traços do malfadado sistema inquisitivo. Afinal, como mais uma das diversas manifestações de uma estrutura conservada pela própria revolução que lhe derrubou, preservou a Administração alguns poderes punitivos próprios<sup>11</sup>, remanescentes do Direito sancionador de polícia. E essa expressão do poder punitivo do Estado, respaldada pelos dogmas administrativistas já apontados e dissociada do Direito Penal, preservou-se por muito tempo incólume diante das inúmeras transformações operadas no tratamento conferido pelo Estado aos acusados em geral. Em meio às tormentas e tempestades de areia, pirâmides impassíveis preservadas pelo tempo.

É sobre essas bases que incide a constitucionalização também do processo administrativo. Paulatinamente inserido nos moldes do devido processo legal e nas garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, o processo administrativo vem sofrendo profundas transformações. Sobretudo em sua vertente sancionatória, são expressos na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais os princípios garantidores da ampla defesa e do contraditório, fundamentais ao julgamento mais justo e

---

<sup>10</sup> Esse princípio da intangibilidade do mérito administrativo também vem sofrendo profunda reformulação no movimento de constitucionalização do Direito Administrativo, conforme desenvolve Gustavo Binenbojm em: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006, p. 16.

<sup>11</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 59.

imparcial. Do embate entre princípios clássicos do Direito Administrativo e garantias individuais dos acusados, emerge o desafio da ponderação dos interesses, e a missão de promover a adequada interpretação das regras materiais e processuais administrativistas ao lume da constitucionalidade.

Esse ambiente de efervescência por que passa o Direito Administrativo gera, dentre outras, indagações acerca da aplicação de certos princípios construídos no seio do Direito Penal, protetores dos acusados naquela seara, nos processos administrativos sancionadores. Da similitude das relações jurídicas estabelecidas, surge o enfrentamento necessário dos desdobramentos naturais do devido processo legal e da comunhão de um núcleo garantístico comum entre Direito Penal e Administrativo sancionador. E, para nós, a investigação da incidência do princípio que veda a reforma para pior como decorrência de recurso único interposto pelo acusado, ou seja, o princípio de *non reformatio in pejus*.

Com efeito, é controvertida a aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* nos processos administrativos em geral. A vasta liberdade conferida à Administração Pública para rever os seus próprios atos e proceder ao controle de legalidade dos mesmos permite, a princípio, que decisões sejam reavaliadas e modificadas livremente, sem as amarras do *tantum devolutum quantum appellatum*. Da mesma forma, nos processos sancionadores, a atualidade do tema se comprova na prática, uma vez que ainda se verificam tentativas de *reformatio in pejus* por órgãos revisores da Administração Pública<sup>12</sup>, fundadas no texto da ainda recente lei dos processos administrativos federais (artigo 64 da Lei nº. 9.874 de 20 de janeiro de 1999) e nos princípios da legalidade estrita, indisponibilidade e

---

<sup>12</sup> Durante a 275ª sessão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), havida em 30.8.2007, foram decididas duas questões de ordem, em tese, a saber: (i) a possibilidade do CRSFN agravar a pena imposta ao recorrente, no âmbito de um recurso voluntário; e (ii) a natureza da regra contida no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº. 9.784/99 que, ao regular os processos administrativos, teria, ao ver daquele órgão, autorizado a *reformatio in pejus*. O Conselho decidiu pela admissibilidade da *reformatio in pejus* naquele processo administrativo sancionador, em decisão obtida por maioria de votos, após ter ocorrido empate de 2 a 2 entre os integrantes do CRSFN, apurando-se a decisão majoritária mediante o cômputo dobrado do voto do Presidente do Colegiado.

supremacia do interesse público, oficialidade, de incontestável importância para a atividade administrativa.

O estudo, como se percebe, não é livre de dificuldades, e deve passar por uma série de etapas indispensáveis ao adequado enfrentamento dos argumentos que envolvem o tema. Por essa razão, nosso corte metodológico parte inicialmente da análise da própria relação processual administrativa, ao que dedicaremos o *primeiro capítulo* deste trabalho. Para tanto, será necessário, primeiramente, um esforço de diferenciação entre as diferentes pretensões da Administração Pública e, conseqüentemente, das diversas espécies de processo administrativo, com vistas a evidenciar que, embora inseridas em um mesmo regime jurídico, possuem particularidades muito distintas. Ademais, neste ponto cuidaremos de investigar os contornos do processo administrativo, identificando e problematizando os seus elementos constitutivos e os princípios nucleares que lhes dão arrimo.

Na investigação acerca dos princípios que tutelam o processo administrativo será necessário um exame mais detido quanto aos princípios decorrentes do devido processo legal, expressamente constitucionalizado pela Carta Magna de 1988. Voltaremos, portanto, o *segundo capítulo* ao estudo do devido processo legal administrativo, partindo de suas origens históricas para ambientá-lo como verdadeira garantia contra arbitrariedades e excessos cometidos pelas autoridades públicas.

Nesse ponto analisaremos a observância do devido processo legal pelo Direito Administrativo, bem como de seus desdobramentos mais importantes: o direito à ampla defesa e ao contraditório. Com efeito, para que possamos investigar a ligação entre o princípio de *non reformatio in pejus* com o direito à defesa ampla e sob o crivo do contraditório, é fundamental que desçamos às bases do devido processo legal e identifiquemos os aspectos essenciais para que o mesmo seja plenamente assegurando na relação jurídico-processual.

Configurado o devido processo legal administrativo, focaremos o estudo na pretensão punitiva da Administração, perseguida por meio de

processos administrativos sancionadores. Para tanto, o *terceiro capítulo* será voltado à compreensão das sanções administrativas e de seus elementos caracterizadores. Confrontaremos sanções administrativas e sanções penais, de forma a buscar na base dos processos penais e administrativos sancionadores as causas de sua separação.

Neste sentido, parece-nos necessário resgatar do direito comparado a tese da unidade do poder punitivo do Estado, construída para assegurar aos particulares nos processos administrativos sancionadores as mesmas garantias desenvolvidas na evolução do Direito Penal. Tais garantias, hoje encerradas em princípios constitucionais gerais, serão brevemente analisadas e adequadas ao regime jurídico administrativista.

Dentre os princípios de Direito Penal discutidos neste movimento de constitucionalização dos processos administrativos sancionadores, aprofundaremos o estudo do princípio de *non reformatio in pejus*, objeto final do presente trabalho. Dedicaremos para essa análise o *quarto capítulo* da obra, no qual investigaremos as origens e os elementos caracterizadores do princípio, bem como sua aplicação em outros ramos do Direito. Como já adiantamos, o princípio de *non reformatio in pejus* tem berço no Direito Penal e, portanto, será nessa seara que iniciaremos o seu estudo. Não obstante, para uma perspectiva mais ampla do tema, idêntica análise será realizada no Direito Civil e nas regras próprias do direito privado, tão distintas do arcabouço garantístico que deve prevalecer na atividade sancionatória em geral.

Finalmente, com o conhecimento adquirido e acumulado nos capítulos anteriores, intentamos atingir o *quinto capítulo* com o suporte necessário para enfrentar o cerne deste trabalho, isto é, a *reformatio in pejus* em processos administrativos sancionadores. Para que procedamos a uma adequada análise da matéria, enfrentaremos a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência, analisando as principais correntes e seus argumentos, todas defendidas por respeitados juristas e estudiosos do Direito Administrativo. Pretendemos, ao fim dessa etapa, formar uma

conclusão segura e fundamentada acerca da possibilidade de se reformar uma decisão para pior em prejuízo do recorrente, agravando-lhe uma sanção imposta pelo Poder Público e contra a qual somente o acusado interpusera o recurso cabível. E, para que alcancemos essa conclusão, para um lado ou para o outro, é fundamental o debate travado e o conhecimento acumulado nos capítulos anteriores.

Essa trajetória de composição entre os pilares do Direito Administrativo e os novos princípios emergentes da ordem constitucional, necessária ao nosso estudo, nada mais é do que uma profícua consequência de tudo o que expusemos até aqui. A percepção de que certos valores se irradiam a todos os ramos do Direito, interferindo na própria noção positivista de legalidade<sup>13</sup>, é fundamental para que se confira maior justiça à Administração, rompendo-se com ultrapassadas estruturas de poder. E, no que tange aos processos administrativos de cunho punitivo, o diálogo com o processo criminal e seus princípios diretores parece-nos um importante atalho para que as garantias constitucionais protetivas dos acusados lhe sejam reconhecidas, soprando sobre o Direito Administrativo sancionador os calorosos ventos da constitucionalidade.

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005, p. 25.

# 1. A Processualidade Administrativa

## 1.1. Conceituação do processo administrativo

Na dinâmica dos inúmeros acontecimentos ou eventos que emergem do mundo em que vivemos, importa à Ciência do Direito o exame dos fatos jurídicos, isto é, aqueles que, ao ocorrer, promovem a aplicação de uma regra jurídica, gerando, modificando ou extinguindo relações jurídicas<sup>14</sup>. E quando esse fato jurídico consiste em uma ação resultante da vontade humana, em conformidade com a ordem jurídica, enquadra-se genericamente em espécie de ato jurídico<sup>15</sup>. Atos jurídicos são, portanto, ações humanas lícitas capazes de produzir mudanças em situações jurídicas.

Com vistas a atingir as finalidades que justificam a sua própria existência, o Estado desempenha inúmeras atividades, atuando mediante agentes que, ao agir, produzem efeitos jurídicos. As decisões tomadas pelos agentes do Estado são expressas em atos administrativos, capazes de reconhecer, gerar, modificar e extinguir direitos. São, portanto, atos jurídicos, devendo atender aos preceitos legais para que produzam efeitos jurídicos válidos<sup>16</sup>.

A edição de atos administrativos pode ocorrer de imediato ou de forma diferida no tempo. Em muitos casos, sobretudo para prevenir

---

<sup>14</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.319; e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 199.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. I*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.475.

<sup>16</sup> Neste sentido, confira-se: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.: “Em muitos conceitos de ato administrativo aparece a locução ‘manifestação de vontade’ do Estado, pois o direito civil a utiliza para definir o ato e o negócio jurídico nas relações entre particulares. O uso desses termos poderia levar à idéia de vontade como fator subjetivo. Na verdade, as decisões administrativas não são tomadas sob um enfoque particularizado, para produzir efeitos sobretudo entre partes; uma das características das decisões administrativas encontra-se na avaliação mais ampla dos interesses em confronto e no sentido de efeitos no todo, mesmo naquelas que, aparentemente, repercutem no âmbito restrito. Hoje, deve-se entender a ‘vontade’, que se exprime no ato administrativo, não como um fato psíquico, de caráter subjetivo, mas como um momento objetivo. É uma das conseqüências do princípio da impessoalidade que norteia as atividades da Administração brasileira (art. 37, caput, da CF)”.

arbitrariedades e propiciar maior justiça à Administração<sup>17</sup>, a ordem jurídica vincula a edição do ato administrativo a uma série de atos encadeados e sucessivos, segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. Ao conjunto de atividades em cooperação, encadeadas, e ao somatório de direitos, poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que objetivam a formação de um ato administrativo lícito e impessoal, dá-se o nome de processo administrativo<sup>18</sup>.

Conforme assinala José Cretella Jr., conceituar o processo administrativo é tarefa das mais árduas, uma vez que, “na realidade, cada aparelhamento administrativo imprime características específicas, típicas, inconfundíveis ao instituto, condicionando-o ao direito positivo vigente local”<sup>19</sup> <sup>20</sup>. Mais relevante, contudo, nos parece ser o fato de que são bastante diversificadas as atividades desempenhadas pelo Estado, e, conseqüentemente, muito distintos os processos utilizados para a consecução das finalidades da Administração. Há processo administrativo, v.g. para que o Poder Público celebre um contrato com particulares, conforme as regras de licitação, mas este é bastante distinto daquele promovido para que o Estado aplique certa penalidade em resposta à infração administrativa cometida. Como se verá mais adiante, as tentativas de agrupar as diferentes expressões do agir administrativo sob um mesmo conjunto de regras processuais resultam, por vezes, na supressão de

<sup>17</sup> Marçal Justen Filho aponta que procedimentalização da atividade administrativa decorre de uma exigência do Estado Democrático de Direito; veja-se: 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, out. 1997, p. 74.: “O procedimento consiste em sucessão predeterminada de atos, encadeados logicamente entre si e acarreta dois efeitos fundamentais. Por um lado, a procedimentalização produz impossibilidade de decisões imediatas e de escolhas fundadas em critérios meramente subjetivos da autoridade. Por outro, assegura a participação dos interessados na formação do ato estatal. Todo ato de autoridade deverá ser antecedido da oportunidade para manifestação dos possíveis interessados”.

<sup>18</sup> Para outras definições, confira-se: CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

<sup>19</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.: “para o processualista de hoje, o campo do processo civil está mais que abandonado e trabalhado por predecessores, ao passo que o processo administrativo, ao contrário, é consequência de emaranhado confuso e pouco tentador”.

<sup>20</sup> Conforme registram Suzani Andrade Ferraro e Manoel Messias Peixinho, no “direito brasileiro não há uniformidade entre os juristas a respeito da precisa conceituação do processo administrativo.” (FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. *Processo administrativo previdenciário*. In. *Direito previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 132)



particularidades necessárias, o que pode acarretar, até mesmo, violação a direitos substantivos<sup>21</sup>.

A doutrina registra que, durante muito tempo, reservou-se o termo “processo” à atividade jurisdicional, de forma que não se cogitava da sua utilização no âmbito do Direito Administrativo. Essa percepção começou a mudar a partir da década de 50, quando se passou gradativamente a vincular a idéia de processo ao exercício do poder estatal. Como resultado dessa evolução conceitual, reconhece-se atualmente a existência de processo não apenas na função jurisdicional, mas também nas funções legislativa e executiva<sup>22</sup>.

Caracteriza-se, assim, uma estrutura que identifica o direito processual como gênero do qual são espécies os processos civil, penal, administrativo, dentre outros. Sem olvidar das particularidades inerentes a cada qual, de caráter instrumental<sup>23</sup> à consecução dos fins que são próprios aos diferentes ramos do Direito, bem como às diferentes relações jurídicas materiais existentes na sociedade, haveria, portanto, um conjunto de regras e princípios comuns, objeto de uma teoria geral do processo. É, assim, inevitável a aproximação entre o processo judicial e o processo administrativo<sup>24</sup>:

“Villar y Romero assinalando, primeiro, que a ‘única diferença entre o processo judicial e o processo administrativo reside no fato de que o primeiro é constituído pela atuação dos tribunais judiciais, dos órgãos da jurisdição ordinária, ao passo que o processo administrativo se acha integrado por atuações de autoridades ou tribunais não judiciais, mas exclusivamente administrativos’ mostra depois que ‘uns e outros organismos são órgãos estatais, de caráter público, e, por isso, se a

---

<sup>21</sup> Como será desenvolvido em momento oportuno, a opção legislativa pela unificação do processo administrativo sob um mesmo diploma legal acabou por acarretar injustiças nos processos administrativos sancionadores, cabendo ao intérprete, mediante uma análise teleológica e vinculada ao ordenamento jurídico, reconhecer os contornos especiais inerentes a qualquer processo punitivo. O ponto será aprofundado no terceiro capítulo.

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 191.

<sup>23</sup> Sobre a fase instrumentalista pela qual passa o direito processual moderno, confira-se: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 45.

<sup>24</sup> Sobre a proximidade entre as funções executiva e judiciária e a teoria da separação de poderes, vide: 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, out. 1997, p.69-70.

diferença apontada é válida para distinguir ambos os processos como espécies do mesmo gênero, não o é quando com ela se pretende negar o cunho de verdadeiro processo ao conjunto de atuações mediante as quais a Administração dita sua resoluções, especialmente na medida em que estas afetam os direitos dos particulares.”<sup>25</sup>

Esse foi, aliás, o entendimento adotado pela Constituição Federal de 1988, que, em caráter pioneiro na história do constitucionalismo brasileiro, contemplou o devido processo legal no seu elenco de direitos e garantias fundamentais ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Ademais, consagrou expressamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao uso de recursos, “em processo judicial ou administrativo” (art. 5º, LV)<sup>26</sup>. Portanto, não apenas o uso do termo “processo”, mas todas as conseqüências daí advindas, são hoje reconhecidas no âmbito do Direito Administrativo.

Ao contrário do que possa parecer, entretanto, não é pacífico esse entendimento, uma vez que ainda é possível identificar na doutrina aqueles que refutam, por inadequada, a utilização do termo “processo” nas atividades administrativas, sob pena de resultar em confusão com a função jurisdicional<sup>27</sup>. Para esses autores, na função administrativa há, na verdade, meros procedimentos<sup>28</sup>. Como não é nosso objetivo adentrar a controvérsia, acreditamos razoável o posicionamento adotado por Lúcia Valle Figueiredo que, à luz do texto constitucional, reconhece a existência de verdadeiro

---

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

<sup>26</sup> Tais direitos e garantias fundamentais, que hoje se irradiam ao processo administrativo de forma categórica, serão desenvolvidos, com maior profundidade, no segundo capítulo do presente trabalho.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.435.

<sup>28</sup> Refutando esse entendimento, CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.: “Não têm razão os autores que afirmam ser errôneo falar-se em processo administrativo, em vez de empregar-se a exata expressão ‘procedimento administrativo’ (Frederico Marques, *Elementos...* cit., p. 384), em primeiro lugar, porque a primeira expressão é empregada também para designar os países em que existe o instituto do contencioso administrativo, em segundo lugar, porque a expressão processo administrativo, em sentido amplo, não designa apenas as composições de lide, mas a atividade dos órgãos do Estado, dirigida na concretização de relações jurídicas anteriormente estabelecidas pelo direito material”.

processo ao menos nos casos em que se podem identificar litigantes ou acusados, como é o caso dos processos administrativos sancionadores<sup>29</sup>.

A percepção de que há processo em todas as funções de Estado resulta, ainda que implicitamente, do reconhecimento de um núcleo comum, sem o qual não haveria processo propriamente dito. Apesar das evidentes peculiaridades inerentes ao processo administrativo (e, como salientamos, das especificidades das diferentes espécies de processo administrativo entre si), é possível apreender elementos sem os quais não se poderia reconhecer a presença de processualidade no âmbito da Administração Pública. Deve haver, portanto, um encadeamento sucessivo de atos conjuntamente direcionados para um mesmo fim, a cooperação entre múltiplos sujeitos em posições jurídicas passivas e ativas, a formação de vínculos jurídicos por direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades<sup>30</sup>.

Por fim, há quem entenda que é inerente a qualquer processo, e também ao processo administrativo, a garantia do contraditório. Sem contraditório não haveria verdadeiro processo, mas mero encadeamento sucessivo de atos, isto é, procedimento<sup>31</sup>. Sobre o tema, parece-nos esclarecedor o ensinamento dos renomados processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

“É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.”<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.436; CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 46.

<sup>30</sup> Para uma exposição mais detalhada, veja-se: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 192 e 193.

<sup>31</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193.

<sup>32</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 293.

Em sentido mais amplo, Suzani Andrade Ferraro e Manoel Messias Peixinho lecionam que não apenas o contraditório, mas todos os demais direitos constitucionais do administrado integram, na verdade, o próprio conjunto de objetivos perseguidos pela processualidade administrativa. Tal entendimento, que se coaduna com o nosso posicionamento de que o processo administrativo objetiva, em última instância, a implementação de garantias contra arbitrariedades da própria Administração, merece transcrição:

“O principal objetivo do processo é assegurar a efetiva proteção ao direito dos administrados em face da Administração. Além da uniformidade procedimental, através da sequência dos atos e a expressa menção dos deveres da Administração, é inegável a proteção dos direitos dos administrados previstos na Constituição Federal consubstanciados nos seguintes postulados:

- a) direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV);
- b) direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, “b”);
- c) direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”);
- d) direito à moralidade administrativa e à publicidade (art. 37, caput);
- e) direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), entre outros.”<sup>33</sup>

Remetemo-nos aqui à solução parcial que encontramos para a controvérsia indicada acima acerca da utilização do termo “processo” em âmbito administrativo, pois, ao menos nos processos em que haja litigantes ou acusados, parece-nos indispensável a garantia do contraditório, bem como de uma série de outros princípios, em decorrência de texto constitucional expresso. Portanto, para que se concretize em ato o *ius puniendi* estatal é fundamental a formação de autêntica relação jurídico-processual que, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, acarreta na necessária observância do contraditório e da ampla defesa como garantias fundamentais de qualquer acusado. Aprofundaremos o assunto em capítulo específico.

---

<sup>33</sup> FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. Processo administrativo previdenciário. In. *Direito previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 136.

## 1.2. Relação Processual Administrativa

Como entidade jurídica complexa, o processo comporta tanto os atos encadeados que determinam a sua progressão como as relações jurídicas progressivas estabelecidas entre os sujeitos que dele participam. Sintetiza, portanto, procedimentos e relações jurídicas, sendo estas últimas traduzidas em poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições<sup>34 35</sup>. Da mesma forma, coexistem no processo administrativo atos procedimentais e relações jurídicas estabelecidas entre administrados e Administração.

A compreensão da relação jurídico-processual administrativa é ponto imprescindível ao presente estudo, comportando controvérsias e, como nos parece, evoluções doutrinárias inevitáveis ante a aproximação conceitual entre os processos administrativos e os processos judiciais.

Tradicionalmente evitava-se falar em “partes” no âmbito do processo administrativo, preferindo-se designações como “interessados” ou “concorrentes”, sob pena de acarretar confusão com a função jurisdicional. Mais do que isso, costumava-se reservar a litigiosidade ao Poder Judiciário, o qual teria essa função própria de composição de pretensões resistidas. Em consequência, há quem ainda refute a existência de verdadeiras partes do processo administrativo, por entender que não se verificaria nessa relação processual uma postura de contraposição entre os seus sujeitos:

“O conceito de interessado é equivalente, em direito processual administrativo, ao conceito de parte, no direito processual judicial. No entanto, devem assinalar-se diferenças, pois em direito judicial à parte se opõe a contraparte e no direito processual administrativo não há nunca esta contraposição.”<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> A teoria dominante entre os processualistas brasileiros é aquela atribuída a Bülow, segundo a qual o processo não se reduz ao mero procedimento, ou mera sucessão de atos encadeados, mas encerra complexa ligação jurídica entre os sujeitos. Para aprofundamento do estudo das diferentes teorias sobre a natureza jurídica do processo, veja-se: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 285 e ss.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, Liebman em CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 39.

<sup>36</sup> VILLAR Y ROMENO apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

Não nos parece que esse entendimento se coaduna com a moderna concepção de processo administrativo, ao menos no Brasil, uma vez que o texto constitucional hoje vigente reconhece expressamente a existência de litígio nos “*processos judiciais e administrativos*” (art. 5º, LV), bem como todas as garantias que decorrem do devido processo legal. Há que se reconhecer, portanto, que tal como ocorre nos processos judiciais, os processos administrativos, ou ao menos alguns deles, envolvem interesses contrapostos.

A idéia de que nos processos administrativos não poderia haver litigiosidade decorre, em certa medida, da teoria da separação dos poderes a qual, como se sabe, pressupõe a diferenciação das funções estatais e sua distribuição em três órgãos distintos e independentes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>37</sup>. Ao Legislativo caberia produzir as leis; ao Executivo, executá-las, atuando em conformidade com o ordenamento jurídico (observância do princípio da legalidade estrita), e, ao Judiciário, caberia a função de interpretar as leis e aplicá-las ao caso concreto, decidindo e compondo litígios.

Ademais, em razão de um sistema de freios e contrapesos, os três órgãos estatais haveriam de ser independentes e autônomos, de forma a existir mútua fiscalização. Pelo postulado de autonomia dos poderes e impossibilidade de delegação de competências, ao Poder Executivo estaria vedado se negar a cumprir a lei por entendê-la inadequada ou injusta, pois sua função é executar a lei e não interpretá-la. Da mesma forma, se o Executivo atuasse na composição de litígios, aplicando a lei no caso concreto, igualmente se verificaria inadequada invasão de competência do Poder Judiciário.

A questão é que, conforme bem analisa Marçal Justen Filho, não há como se proceder a uma distinção material das funções estatais, nem definir um limite preciso entre os três poderes. Conforme salienta, aliás, a distinção

---

<sup>37</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, out. 1997, p. 68.

é ainda mais tênue entre os poderes Executivo e Judiciário, cuja diferenciação não era feita de modo absoluto nem mesmo no pensamento de Montesquieu<sup>38</sup>, que, ao contrário, lhes “atribui natureza semelhante”<sup>39</sup>.

Essa promiscuidade entre as funções administrativas e jurisdicionais foi ainda mais intensificada quando, ainda na gênese do Direito Administrativo, concebeu-se uma jurisdição administrativa, conferindo à Administração Pública o poder de julgar soberanamente seus litígios com os administrados<sup>40</sup>. Embora caibam discussões acerca da violação que a introdução do contencioso administrativo possa gerar na teoria da separação dos poderes<sup>41</sup>, e, portanto, da sua legitimidade, o fato é que hoje esse poder jurisdicional é amplamente utilizado no Brasil, havendo uma série de modalidades de processo administrativo que poderíamos caracterizar como litigiosas.

Assim, ainda que se admita a existência de processos administrativos em que a relação de contraposição não chega a se manifestar, não se pode negar atualmente que haja processos administrativos em que se estabelece verdadeira litigiosidade, sobretudo nos casos em que a relação processual administrativa se desenvolve no âmbito acusatório. Nestes casos, embora

---

<sup>38</sup> “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU apud ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Coord.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2002, v. 1, p. 173). “Montesquieu ressalta, aliás, a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas. Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente.” (ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Coord.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2002, v. 1, p. 119).

<sup>39</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, out. 1997, p. 70.

<sup>40</sup> 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, n. 239, p.1-31, jan./mar. 2005.

<sup>41</sup> 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, n. 239, p.1-31, jan./mar. 2005. p. 4.: “Note-se que tal circunstância subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. De fato, a atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas da legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e partilha de funções entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.”

seja possível inadequadamente desenvolver uma ficção de comunhão de interesses para o deslinde de uma controvérsia, é evidente que a Administração e o administrado, enquanto acusado ou indiciado, assumem posições contrapostas. Essa relação, aliás, é um ponto sensível de aproximação entre o processo administrativo e o processo penal:

“O processo administrativo, neste particular, aproxima-se do processo penal, no qual o Estado está ‘contra’ ou ‘adverso’ ao cidadão e num dos extremos da relação radica todo o aparelhamento estatal dirigido ao acusado. No processo penal e no processo administrativo, a relação não ocorre entre dois particulares, mas entre o Estado, praticamente o autor, *versus* o administrado, particular ou funcionário público, acusado ou indiciado.”<sup>42</sup>

No processo administrativo figuram, portanto, de um lado a Administração Pública, como gestora do interesse público, e de outro o administrado, particular ou funcionário. Aquela, em razão de uma solicitação da parte ou mesmo de ofício, comparece no processo para impor aos sujeitos passivos certas medidas, “resolver-lhes as solicitações, reclamações ou recursos, ou prestar um serviço público”<sup>43</sup>. E, no que tange aos processos sancionadores, promove investigações e instaura o processo, para, ao final, verificado o cometimento de uma determinada infração administrativa, impor ao administrado a sanção prevista em lei.

Ademais, a depender do tipo de processo administrativo estabelecido, poderá se manifestar relação de contraposição entre a Administração Pública e o administrado, como nos processos sancionadores, disciplinares, e até mesmo no contencioso tributário. Passaremos, portanto, a examinar genericamente as diferentes espécies de processos administrativos.

---

<sup>42</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 38.

<sup>43</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 38.



### 1.3. Modalidades

Embora se possa identificar um gênero “processo administrativo”, cujas espécies compartilham de um mesmo objeto imediato, qual seja a formação de um ato administrativo, parece-nos possível distingui-las, tendo em vista a finalidade de cada modalidade específica, bem como os bens jurídicos manejados em cada uma delas. Afinal, são igualmente bastante diversos os atos praticados pelo Poder Público e a natureza da intervenção nos direitos dos particulares.

Adotando a classificação proposta pelo professor Hely Lopes Meirelles<sup>44</sup>, podem-se identificar basicamente quatro espécies de processo administrativo: processo de expediente, processo de outorga, processo de controle e processo punitivo.

Os *processos administrativos de expediente* ou de mera tramitação<sup>45</sup> albergam as autuações que tramitam pelas repartições públicas, por provocação do interessado ou por determinação da própria Administração Pública. São, na verdade, meros expedientes (pedidos de certidões, apresentação de documentos para registros internos, planejamento de serviços, dentre outros procedimentos burocráticos), e não processos<sup>46</sup>, efetivamente, posto que sua função é a mera formalização das rotinas administrativas. Tramitam informalmente, sem procedimento e rito próprios. Ademais, não geram, alteram ou suprimem direitos de quem quer que seja, de forma que neles não iremos nos ater.

Os *processos de outorga* têm por objeto a declaração ou constituição de um direito ou situação individual perante a Administração Pública. Em geral, albergam relações negociais entre o particular e a Administração Pública, ou atividades sujeitas à fiscalização do Poder Público. São

---

<sup>44</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 693.

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p.781.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 693. O autor reconhece que o uso do termo “processo”, nestes casos, é indevida, atécnica, embora decorra da rotina.

exemplos dessa espécie os processos de licenciamento de edificações, de registro de marcas e patentes, dentre outros.

Note-se que, dentro dessa categoria de processos de outorga, estariam incluídos também os processos que, segundo a classificação sugerida por José dos Santos Carvalho Filho, têm objeto contratual, isto é, aqueles que antecedem a celebração de um contrato entre a Administração e o particular. É o caso dos contratos para os quais a lei exige processo de licitação, regulado pela Lei 8.666/93<sup>47</sup>.

Os *processos administrativos de controle* são aqueles “em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado e do servidor, com caráter vinculante para as partes”<sup>48</sup>. Sua finalidade é formar um ato administrativo que espelhe o resultado do controle efetuado pelo Poder Público, v.g. aprovando ou rejeitando contas apresentadas pelo administrado. São exemplos dessa categoria os processos de prestação de contas e o de lançamento tributário.

Como salienta Hely Lopes Meirelles, essa modalidade se aproxima do processo punitivo porque, em sendo apurada a ocorrência de uma irregularidade, instaura-se o processo contraditório, dando-se oportunidade para que o interessado se defenda das acusações que lhe são dirigidas. Neste caso, portanto, o processo de controle se encerra, iniciando o processo sancionador, com regras e princípios específicos, além de maior rigor formal para que se observem as garantias processuais e materiais do acusado.

Por fim, os *processos administrativos punitivos* ou sancionadores, como adiantamos, albergam todo processo promovido pela Administração Pública para apuração de faltas e imposição de penalidades por infrações à lei, regulamento ou contrato. Como reconhece a doutrina, tais processos

---

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p.782.

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 694.

observam princípios de Direito Penal<sup>49</sup>, tendo em vista a similitude entre ambas as relações jurídico-processuais travadas entre o particular e o Estado. O ponto será aprofundado em momento oportuno.

Novamente nos afastamos da classificação adotada para indicar que há autores que identificam outras modalidades processuais, como os processos administrativos de objeto revisional. Não nos parece, contudo, que haja de fato um processo administrativo revisional com características próprias, pois o pedido formulado pelo administrado sempre se aproximaria de alguma das modalidades já indicadas anteriormente. No entanto, por ser inerente aos recursos o pedido de reforma de algum ato público, parece-nos que, mesmo quando o ato administrativo tiver se constituído por processos não-litigiosos, emergiria, em uma fase recursal, a litigiosidade na relação entre o administrado e o órgão público editor do ato impugnado.

Não obstante a classificação apontada acima, bastante útil para proporcionar uma perspectiva abrangente dos processos administrativos em geral, parece-nos de maior relevo para o presente trabalho a classificação dualista proposta por José Santos Carvalho Filho<sup>50</sup>, que identifica dois grandes grupos de processos administrativos: os processos não-litigiosos e os processos litigiosos<sup>51</sup>.

Os *processos não-litigiosos*, por óbvio, não albergam conflito de interesses de qualquer espécie. São meros meios para que a Administração desempenhe suas funções ordinárias, de forma transparente e formal. É o caso, por exemplo, dos processos administrativos de expediente, cuja

---

<sup>49</sup> Hely Lopes Meirelles reconhece essa aplicação, embora repute-a meramente subsidiária, conferindo supremacia aos princípios clássicos de Direito Administrativo. Afirma o autor que “*Nesses procedimentos são adotáveis, subsidiariamente, os preceitos de processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes.*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 695).

<sup>50</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 779. O autor também adota como nós a classificação de Hely Lopes Meirelles, embora parcialmente, para diferenciar os processos pelos objetos específicos a que visam. Sua classificação dualista, contudo, é útil para o presente trabalho, pois estabelece dois grandes gêneros de processos administrativos: os litigiosos e os não-litigiosos.

<sup>51</sup> Essa distinção é importante para se examinar a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa, cuja observância em processos litigiosos em geral foi expressamente imposta pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LV. Examinaremos a aplicação desses princípios nos processos administrativos no segundo capítulo.

tramitação é mera formalização de rotinas administrativas, não tendo por finalidade interferir diretamente em direitos dos administrados.

Diferentemente, os *processos litigiosos* envolvem interesses em conflito. É o caso dos processos em que a Administração Pública e o administrado assumem posições contrapostas, como ocorre comumente em processos de natureza tributária e previdenciária. Da mesma forma, incluem-se nesta categoria os processos administrativos de cunho sancionador ou punitivo, nos quais o conflito de interesses se evidencia na finalidade da Administração de impor ao administrado uma determinada sanção.

Os processos administrativos litigiosos são aqueles que se aproximam, por semelhança, aos processos judiciais, inclusive formalmente. Afinal, em razão do conflito de interesses, exige-se maior rigidez quanto à observância dos princípios atinentes à garantia do devido processo legal. Diferem dos processos judiciais, contudo, pelo fato de caber à Administração simultaneamente as posições de parte e julgadora<sup>52</sup>, o que, como se sabe, é de todo inadmissível aos órgãos do Judiciário, como consequência natural da imparcialidade do Juízo.

Nosso foco, portanto, são os processos administrativos litigiosos e, mas especificamente, os processos sancionadores.

#### **1.4. Princípios norteadores dos processos administrativos**

Embora bastante heterogêneas as espécies de processos administrativos, principalmente em razão dos fins mediatos<sup>53</sup> a que visam, é

---

<sup>52</sup> Gustavo Binenbojn sugere uma contradição inerente ao contencioso administrativo, que prejudicaria a própria imparcialidade do julgamento. Vide: 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, n. 239, jan./mar. 2005. p. 4.

<sup>53</sup> Entendemos que, analogamente ao que ocorre no direito processual civil, o fim imediato de qualquer processo administrativo é a edição de um ato administrativo, de forma que a principal diferença entre as espécies conhecidas de processo administrativo repousaria no fim mediato de cada qual. Assim, enquanto no processo administrativo licitatório o fim mediato perseguido é a escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas, no processo administrativo sancionador objetiva-se a apuração de uma determinada infração administrativa e, se for o caso, a imposição da correspondente sanção legal.

possível identificar um tronco principiológico comum a todos, sem prejuízo de outros princípios particulares a cada uma<sup>54</sup>. A doutrina, contudo, não delimita de forma unânime esse núcleo comum, uma vez que o elenco de princípios do processo administrativo varia muito de acordo com as concepções de cada autor e, tendo em vista a doutrina internacional, segundo o direito positivo de cada país<sup>55</sup>.

A legislação brasileira apresenta um rol não taxativo de princípios a serem observados pela Administração Pública nos processos administrativos. Para tanto, confrontamos os artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e o artigo 2º, da Lei 9.874/99, sendo certo de que ambos são aplicáveis a qualquer espécie de processo administrativo, tal a generalidade atribuída aos princípios que consagram:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios gerais a serem observados pela Administração Pública na realização das atividades que lhe compete. Embora a doutrina estenda esse elenco a outros princípios, o estabelecido expressamente pelo texto constitucional é, como não poderia deixar de ser, matéria de consenso entre os autores. São os princípios de raízes constitucionais expressas. Outros princípios, por derivarem de uma interpretação lógica da ordem constitucional, são denominados princípios implícitos<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Como desenvolveremos no terceiro capítulo, aplicam-se, por exemplo, aos processos administrativos sancionadores princípios tradicionalmente relacionados ao direito penal material e processual.

<sup>55</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 198-199.

<sup>56</sup> A terminologia é adotada por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 92.

Embora não nos compita elaborar verdadeiro tratado acerca dos princípios que regem a atividade administrativa<sup>57</sup>, os princípios constitucionais da Administração, expressos e implícitos, serão considerados na presente exposição, pois, evidentemente, são de observância imperativa nos processos administrativos.

Além dos princípios inerentes à atividade administrativa, aplicam-se aos processos administrativos princípios relativos a direitos e garantias fundamentais, previstos dentre os incisos do artigo 5º, da Constituição Federal, e, portanto, de indubitável importância. São eles, além do princípio da legalidade, os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Finalmente, existem os princípios específicos dos processos administrativos, expressos no artigo 2º, da Lei 9.874/99, ou assim reconhecidos pela doutrina<sup>58</sup>. Formamos, assim, os três grupos de princípios<sup>59</sup> que dão arrimo aos processos administrativos em geral<sup>60</sup>.

O princípio capital da atividade administrativa no ordenamento constitucional brasileiro é, sem dúvida nenhuma, o *princípio da legalidade*. Isso porque o princípio da legalidade traduz e qualifica a própria noção de Estado de Direito, no qual todos, inclusive o próprio poder soberano, estão submetidos à lei. Confira-se o ensinamento do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à

---

<sup>57</sup> Para um estudo aprofundado dos princípios gerais de Direito Administrativo, confira-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 92; bem como MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

<sup>58</sup> Lembremos-nos que o rol de princípios do artigo 2º, da Lei 9.874/99, é meramente exemplificativo, de forma que a doutrina e a jurisprudência costumam conferir tal status a outros princípios, v.g. oficialidade, verdade material, pluralidade de instâncias e informalismo.

<sup>59</sup> Embora possa parecer que alguns princípios figuram em mais de um daqueles três grupos, v.g. o princípio da legalidade, assim não nos parece. Isso porque os princípios que representam garantias fundamentais têm maior relevância do que os demais, na hipótese de um conflito, seguido daqueles com status constitucional. Dessa forma, havendo aparente conflito entre os princípios do processo administrativo, este deverá ser solucionado de forma que a interpretação dos princípios tenha como referência aquelas garantias constitucionais fundamentais.

<sup>60</sup> Adotamos a organização de princípios de Nelson Nery Costa. Vide COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.”<sup>61</sup>

Mais do que expressar a sujeição à lei, o princípio da legalidade representa a vinculação da atividade administrativa à norma legal, uma vez que se traduz na garantia de que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Não há espaço para exacerbações personalistas dos agentes da Administração. Há, portanto, uma distinção entre a concepção de sujeição à lei dos particulares e aquela inerente à Administração: aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto esta só pode fazer o que a lei autorize antecipadamente.

Note-se, contudo, que esse sentido estrito do princípio da legalidade não pode ser desvirtuado de forma a promover abusos das autoridades públicas, como poderia ocorrer mediante a aplicação do sentido literal de determinadas normas ou da omissão legislativa em razão da inexistência de dispositivo legal expresso determinando a sua atuação. Há que se ter em mente que o princípio da legalidade é, em sua essência, uma garantia dos administrados em uma relação naturalmente desequilibrada, de forma a impedir manifestações autoritárias dos agentes do Estado. Portanto, embora vinculada à norma legal, a Administração Pública estará sempre subordinada, em primeiro plano, às normas legais constitucionais e aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.97.

<sup>62</sup> Como tratamos brevemente na introdução deste trabalho, essa releitura do princípio da legalidade estrita não é imune de controvérsias e decorre da constitucionalização do Direito Administrativo. Neste sentido, dentre outros: JUSTEN FILHO, Marçal. *Ampla defesa e*

Ressalte-se que há nesta afirmação uma importante ruptura com os paradigmas tradicionais do Direito Administrativo, que atribuía à lei o papel de cerne da vinculação administrativa à jurisdição<sup>63</sup>. Hoje, com o movimento de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, o princípio da legalidade, ou, como preferem alguns, da jurisdição, traduz verdadeira submissão da Administração Pública à Constituição Federal e aos seus valores fundamentais<sup>64</sup>.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade nunca poderá se opor a outras garantias fundamentais, como é o caso, no processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa. Tais garantias não podem ser afastadas em razão da legalidade estrita. São conquistas dos administrados contra o poder soberano, e imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.

A garantia da *ampla defesa e do contraditório* aos acusados em geral já era reconhecida antes da Constituição Federal de 1988, inclusive em processos administrativos. A Constituição vigente, contudo, tornou expressa a aplicação de tais garantias aos processos administrativos, além de estendê-las a todo processo em que haja litigantes, isto é, interesses contrapostos, concretizando o “fenômeno da processualidade administrativa”<sup>65</sup>.

Os princípios de contraditório e ampla defesa são garantias que decorrem do devido processo legal<sup>66</sup>. Consubstancia a exigência de um processo formal regular para que a liberdade ou os bens de quem quer que seja sejam atingidos, bem como a garantia de que nenhuma decisão gravosa

---

conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 25, out. 1997, p. 73.

<sup>63</sup> Neste sentido, 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, n. 239, jan./mar. 2005. p. 6 e ss.

<sup>64</sup> 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, n. 239, jan./mar. 2005, p.1-31. Ademais, sobre o controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo, confira-se 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, out. 1997, p. 68-79.

<sup>65</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 102.

<sup>66</sup> Neste sentido, confira-se FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 441.



a um dado sujeito será tomada sem que lhe seja oferecida oportunidade para se defender e expor argumentos próprios, inclusive para recorrer das decisões tomadas<sup>67</sup>.

Os contornos de um devido processo legal, bem como as garantias acima desenvolvidas, serão examinados com maior profundidade em capítulo específico.

Também se relaciona ao *due process of law* o *princípio da impessoalidade*, que se traduz no afastamento de inclinações ou interesses pessoais na formação do ato administrativo. Impessoalidade é, portanto, um princípio que, não obstante genérico para toda e qualquer manifestação administrativa, assume contornos específicos nos processos administrativos, enquanto garantia de que o processo será conduzido na mais estrita imparcialidade. Parece-nos, ademais, que, nos processos administrativos sancionadores, o princípio da impessoalidade encontra no princípio constitucional da presunção de inocência um natural desdobramento, sem o qual a sua observância não seria possível<sup>68</sup>.

A despeito do necessário preestabelecimento do *modus operandi* obrigatório para que o Poder Público exprima suas decisões, que decorre do devido processo legal, atribui-se tradicionalmente ao processo administrativo o *princípio do informalismo*, dispensando-se os ritos rigorosos e formas solenes utilizados, em regra, nos processos judiciais. É princípio que atende à economia processual e à celeridade, mas que não pode servir de fundamento para processos mal estruturados<sup>69</sup>, nem violar o necessário contraditório e ampla defesa<sup>70</sup>. Embora seja, em regra, mais

---

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 111.

<sup>68</sup> Sobre a aplicação de princípios tradicionalmente relacionados ao processo penal, vide terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>69</sup> GASPARINI, Diógenes *apud* COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

<sup>70</sup> Neste sentido COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.: “Por outro lado, os princípios do contraditório e da ampla defesa fazem com que os prazos para alegações, notificações dos sujeitos e outros atos não possam ser considerados excesso de formalismo, mas garantias dos administrados e servidores. Não obstante, nos processos fiscal e disciplinar deve prevalecer o princípio da relevância das formas jurídicas, em razão da natureza da discussão produzida nestes processos administrativos”.

informal, não se pode nunca olvidar do devido processo legal, o que, a depender do caso, pode exigir o cumprimento de um procedimento rígido e de formalidades específicas<sup>71</sup>.

Outro princípio de suma importância nos processos administrativos é aquele que garante *segurança jurídica*, expressamente elencado no artigo 2º, da Lei 9.874/99. A previsão legal expressa, contudo, é meramente exauriente, posto que a segurança jurídica decorre da essência do Direito e do Estado Democrático de Direito, enquadrando-se, portanto, dentre os princípios gerais de Direito<sup>72</sup>. Para garantir a segurança jurídica, bem como lealdade e boa-fé, firmou-se entendimento no sentido de ser vedada à Administração Pública, sem prévia publicação, modificar suas orientações com vistas a “sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegá-lhes pretensões”<sup>73</sup>.

Por fim, importa-nos o princípio clássico da *supremacia do interesse público* sobre o interesse privado, isto é, o primado do bem estar coletivo. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Melo, traduzindo a concepção tradicional, o

“princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum na Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”<sup>74</sup>.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público, embora carente de previsão constitucional expressa, sempre foi reconhecido com

---

<sup>71</sup> COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.: “Em razão das inúmeras e diversas situações que existem de fato, nas quais há a participação do Poder Público, surgem as diferentes formas de dar-se resposta a tais demandas, desde a mais simples até o procedimento rígido e formal presente no processo administrativo disciplinar”.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 118.

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 120.

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 93.

grande naturalidade, como pressuposto necessário para a construção do Estado e da Administração Pública<sup>75</sup>. Comumente confundido com as noções de impessoalidade e moralidade administrativa<sup>76</sup>, o princípio sempre traduziu, de forma pacífica, o comprometimento do administrador público com o interesse público, com o bem estar da coletividade, que gozaria de superioridade em relação a interesses privados e egoísticos.

No entanto, em meio à reconhecida crise atual dos paradigmas do direito administrativo, sobretudo em decorrência da sua constitucionalização, impõem-se a ponderação de interesses em face dos direitos e garantias fundamentais abrangidos pela Constituição Federal. A concepção clássica da supremacia do interesse público, portanto, é hoje colocado em xeque, multiplicando-se os defensores da “ponderação proporcional entre direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados”<sup>77 78</sup>.

Em linhas gerais, com destaque para um ou outro, são esses os princípios tradicionais mais importantes aplicáveis aos processos administrativos. A percepção de que vivemos um momento de quebra dos paradigmas clássicos, contudo, é de suma importância para que compreendamos a necessária flexibilização dos dogmas de Direito Administrativo em prol da necessária observância dos valores consagrados pela Constituição atualmente em vigor.

---

<sup>75</sup> Para aprofundamento da concepção tradicional do princípio da supremacia do interesse público, confira-se MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 93, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 103, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 68; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 23.

<sup>76</sup> 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, n. 239, jan./mar. 2005. p. 8 e ss.

<sup>77</sup> 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, n. 239, p.1-31, jan./mar. 2005. p. 8.

<sup>78</sup> Neste sentido: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005, p. 54; e BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006. p. 18.

Embora os princípios analisados sejam todos de importância incontestada, e deles não possamos olvidar, parece-nos fundamental para o prosseguimento dessa exposição o aprofundamento do exame sobre o devido processo legal e as garantias que lhe são relacionadas. Para que procedamos à adequada investigação acerca da possibilidade de se aplicar o princípio que veda a reforma para pior no sistema processual administrativo, passaremos, no próximo capítulo, a examinar os contornos da garantia de um devido processo legal, os seus significados, e os direitos materiais e processuais que decorrem dos princípios garantidores do exercício de ampla defesa e do contraditório, todos hodiernamente assegurados pela Constituição Federal.

## 2. O Devido Processo Legal Administrativo

### 2.1. O devido processo legal e o processo administrativo

Atribui-se a origem histórica do que séculos mais tarde seria denominado *due process of law* (devido processo legal) ao direito medieval anglo-saxão, proveniente de norma insculpida no artigo 39 da Magna Carta, datada de 1215, documento histórico considerado um dos principais antecedentes do constitucionalismo. Assim dispunha a referida norma:

*“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will be proceed with force against him, or send other to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.”*<sup>79</sup>

Tal restrição ao poder absoluto do soberano foi posteriormente assentada em lei editada pelo Parlamento inglês (*statute of Westminster of the Liberties of London*), no ano de 1354, com vistas a balizar os excessos do Rei Eduardo III<sup>80</sup>. A lei, de autoria desconhecida, veio a substituir o termo *per legem terrae*<sup>81</sup> (*by the law of the land*) pela hoje consagrada expressão *due process of law*<sup>82</sup>:

---

<sup>79</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 6-7.: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

<sup>80</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 152.

<sup>81</sup> Conforme registra Siqueira Castro, a Magna Carta foi escrita em latim, de forma que o seu artigo 39 foi originalmente redigido da seguinte forma: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”. Assim, o termo ao qual se refere a doutrina “law of the land”, se refere, no texto original da Magna Carta, a “legem terrae”, posteriormente substituído pela expressão “due process of law” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 7-9).

<sup>82</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 7.

*“None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law”*<sup>83</sup>.

Em sua origem, o instituto encerrava garantia de conteúdo meramente formal, garantindo aos barões feudais saxônicos a proteção da lei da terra (*law of the land*) em face do poder soberano<sup>84</sup>. Era, portanto, um princípio assecuratório da regularidade do processo<sup>85</sup>, não possuindo o conteúdo de garantia essencial dos direitos do homem posteriormente atribuída ao devido processo legal.

Diferentes contornos foram conferidos ao devido processo legal pelo constitucionalismo moderno, em evolução desencadeada pela sua incorporação formal ao direito Constitucional norte-americano, através da 5ª emenda, e sua posterior ampliação, através da 14ª emenda<sup>86</sup>, cujo texto é resgatado por Carlos Roberto Siqueira Castro:

---

<sup>83</sup> “Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será retirado de sua terra ou imóvel, nem preso ou encarcerado, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que lhe seja permitido defender-se através do devido processo legal”.

<sup>84</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 443; e MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 198.

<sup>85</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 29; e HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p. 207.: “Inicialmente o instituto representava uma garantia apenas de índole processual. Assegurava-se somente o direito a um procedimento ordenado. Posteriormente, foram asseguradas garantias processuais mínimas a serem obedecidas para que um processo fosse reconhecido como devido processo legal”.

<sup>86</sup> Conforme ensina Siqueira Castro, a 5ª emenda, uma das 10 emendas aditivas à Constituição da Filadélfia que compunham o *Bill of Rights*, consagrou expressamente o devido processo legal, incorporando-o ao ordenamento jurídico norte-americano. Na tradução do autor, estabelecia a 5ª emenda, dirigida aos Poderes e às autoridades da União Federal, que “Nenhuma pessoa será (...) privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 24). Após o término da guerra civil, e como consequência da abolição da escravidão, foram aprovadas mais três emendas (13ª, 14ª e 15ª), cujo objetivo era precisamente garantir os direitos e garantias dos cidadãos aos ex-escravos e seus descendentes. Ademais, teve a 14ª emenda também o efeito de estender o devido processo legal aos Estados da Federação, estabelecendo expressamente que: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 25 e 26).

“(...) para estender a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos a plenitude dos direitos de cidadania, proclamou a festejada 14ª Emenda, em sua primeira parte: *“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State where in there reside. No States shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”* A tradução vernacular dessa emenda constitucional pode assim ser redigida: *“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei.”*<sup>87</sup>

A partir daquele momento histórico, em que foi formalmente incorporada ao Direito Constitucional norte-americano, o devido processo legal se tornou um dos principais instrumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência norte-americana no processo de profundas transformações pelo qual passaria o Direito Constitucional dos Estados Unidos<sup>88</sup>, o qual resultaria na mutação do próprio sentido de devido processo legal.

Em seu desenvolvimento histórico, a garantia do devido processo legal experimentou importantes mutações, que culminaram, atualmente, na concepção de novas condições de relacionamento dos indivíduos e a sociedade civil com o Poder Público e as autoridades em geral. Nesta perspectiva, portanto, não se trata mais de garantia meramente processual, mas de princípio substancial<sup>89</sup> e limitador do próprio mérito das decisões tomadas pelo Estado<sup>90</sup>.

A doutrina registra que, em decorrência dessa evolução, o devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, mais próxima às raízes do seu desenvolvimento histórico, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e a segunda, já antecipada acima, de cunho

<sup>87</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 26.

<sup>88</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.27.

<sup>89</sup> HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p. 207.

<sup>90</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 26 e 27.

substantivo (*substantive due process*), por meio da qual se procede à apreciação da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral<sup>91</sup>.

Para que alcancemos os objetivos visados pelo presente estudo, interessa-nos destacar o conteúdo do devido processo legal em seu caráter processual, tendo em vista, em particular, os dois principais subprincípios em que se desdobra: a ampla defesa e o contraditório. Não podemos perder de vista, contudo, o seu aspecto substantivo, segundo o qual tanto a lei quanto os atos do Poder Público devem respeitar a Constituição e seus valores fundamentais<sup>92</sup>.

Conforme apontamos anteriormente, em caráter pioneiro na História do constitucionalismo brasileiro, a Constituição de 1988, expressamente contemplou o devido processo legal no seu elenco de direitos e garantias individuais ao dispor, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. No mesmo sentido, o constituinte igualmente previu expressamente os seus dois principais corolários, o contraditório e a ampla defesa, no artigo 5º, inciso LV, cujo texto assim dispõe:

“Art. 5º. (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Por meio dos dispositivos indicados, a Constituição Federal não apenas consagrou formalmente o devido processo legal, elevando-o ao grau de garantia fundamental, mas também registrou a sua necessária observância na formação de quaisquer atos que interfiram nos direitos de

---

<sup>91</sup> Para aprofundamento do tema, vide CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 29 e ss. O autor traça a evolução da garantia do devido processo legal, notadamente com base em estudo da evolução jurisprudência norte-americana. Também neste sentido, confira-se FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.443.

<sup>92</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.443



liberdade e propriedade. Como se verifica do texto constitucional, o devido processo legal é princípio que submete a autoridade pública em geral, configurando verdadeira garantia do cidadão contra arbitrariedades do Poder Público.

Com efeito, o texto constitucional proclamou que o devido processo legal, e, sobretudo as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não estão limitados ao trato com o Poder Judiciário, mas se aplicam também aos processos administrativos em geral. Tal como ocorreu nos processos judiciais, que absorveram tais preceitos originários do Direito Penal, as garantias integrantes do devido processo legal foram estendidas, pelo texto constitucional, à esfera administrativa, como forma de limitação do poder e de garantia dos indivíduos perante todas as manifestações do Estado, sobretudo em relações de natureza contenciosa<sup>93</sup>. Confira-se o ensinamento de Siqueira Castro neste sentido:

“Outro campo em que o instituto do devido processo legal reveste-se de magnânima utilidade para a salvaguarda da esfera jurídica dos administrados tem a ver com a garantia da ampla defesa nos processos administrativos. É certo, contudo, que os princípios do contraditório e da plenitude de defesa insculpidos nos art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição anterior são precipuamente destinados à instrução criminal, conforme entendimento originário do Supremo Tribunal Federal e de muitos de nossos doutrinadores. Hoje, porém, já não se pode duvidar quanto à extensibilidade de tais princípios às relações travadas na seara do Direito Administrativo, especialmente as de natureza contenciosa, que põe em confronto prerrogativas da Administração e interesses dos particulares”<sup>94</sup>.

Abra-se um parêntesis para ressaltar que, se é verdade que a garantia ao contraditório e à ampla defesa, hoje de aplicação abrangente, têm origem no âmbito do direito penal, em razão da sua natureza punitiva e das penas a que estão sujeitos os acusados nessa esfera, com maior razão são de observância imperativa nos processos administrativos de cunho punitivo. Afinal, embora não seja específica dessa modalidade de processo administrativo a litigiosidade, e, portanto, os necessários contraditório e

---

<sup>93</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 198 e ss.

<sup>94</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 354.

ampla defesa, é nos processos sancionadores que tais garantias se tornam ainda mais importantes e necessárias, de forma a conter eventuais arbitrariedades no exercício do *ius puniendi* estatal. Não é por acaso que, mesmo antes do regime constitucional hoje vigente, já se reconhecia o direito de defesa plena nos processos administrativos sancionadores, como registra Ada Pellegrini Grinover:

“E, sobretudo a partir de [a Constituição de] 1946, a recepção de princípios e regras do processo jurisdicional pelo processo administrativo punitivo levou ao reconhecimento, neste, do direito de defesa, pela interpretação dada ao § 15º do art. 141, argumentando-se, ainda, com a isonomia: em qualquer processo em que haja acusado, deve haver ampla defesa. A jurisprudência não se afastou desse entendimento.”<sup>95</sup>

Registro semelhante é feito por Sergio de Andréa Ferreira, em passagem que merece igual transcrição:

“Originariamente, numa interpretação estrita, a garantia em questão diria respeito, tão somente, ao processo judicial penal. A evolução tem mostrado, todavia, a ampliação da sua área de abrangência. Com efeito, não é, apenas, no processo judicial penal que há acusados; estes estão presentes, também, em processos administrativos, entre eles, o processo administrativo disciplinar.”<sup>96</sup>

Portanto, embora o reconhecimento do direito ao contraditório e à ampla defesa, ao menos em processos administrativos de cunho sancionador, já fosse reconhecido antes de 1988, hoje não há como tal aplicação ser questionada, tendo em vista a expressa previsão constitucional<sup>97</sup>. Além disso, a obrigatória observância dos princípios do

<sup>95</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 387, set./out. 2006, p.4-5.

<sup>96</sup> FERREIRA, Sergio de Andrea *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 355.

<sup>97</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 387, set./out. 2006, p. 5. No mesmo sentido: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30: “O princípio do contraditório aplica-se aos processos judiciais e administrativos, consoante o disposto no art. 5º, LV, da Constituição brasileira. As Constituições anteriores aludiam, apenas, à instrução criminal, ao definir o contraditório. A Lei Magna atual, traduzindo a concepção mais ampla que a doutrina atribuía ao princípio, refere-se a ‘processos judiciais’, além de estender-lhe o alcance aos ‘processos administrativos’. Assim, todo e qualquer processo que se instaure na órbita administrativa para tomada de decisões que sem a sua

contraditório e ampla defesa nos processos administrativos já decorre igualmente de normas infraconstitucionais, como a Lei nº 9.784/99 que, em seu artigo 2º, explicita que:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Também a jurisprudência é recorrente em afirmar a essencialidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos processos administrativos, sobretudo nas relações em que se objetive a averiguação de infrações e, eventualmente, a aplicação da sanção legal correspondente. Confira-se o seguinte trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal, tribunal máximo na interpretação do texto constitucional:

"O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina."<sup>98</sup>

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 garantiu a observância do devido processo legal e seus corolários contraditório, ampla defesa e isonomia a todos os acusados e litigantes, inclusive em processos administrativos. Por essa razão interessa-nos analisar, com maior profundidade, os contornos das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sobretudo quando aplicadas nos processos administrativos.

---

*abertura não possam ser emitidas, haverá de observar o contraditório. Tal é o caso, especialmente, dos processos disciplinares e dos processos administrativos fiscais.”*

<sup>98</sup> STF, AI 241201-AGR-SC, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 20 set. 2002.

## 2.2. Ampla defesa e contraditório

A análise dos direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório não é livre de dificuldades como pode parecer a uma primeira vista, uma vez que, tal como ocorre com a garantia do devido processo legal, não se manifestam de forma uniforme em qualquer situação. Basta notar que, mesmo entre os processos judiciais, o direito à ampla defesa apresenta diferentes contornos nos processos criminal e civil<sup>99</sup>. Ademais, também não apresenta conteúdo único em um mesmo sistema processual, como indicam os diversos procedimentos previstos para processamento das diferentes pretensões jurídicas.

Como se percebe, as legislações processuais específicas tratam de procedimentos distintos e, da mesma forma, de diferentes medidas assecuratórias do direito à ampla defesa e ao contraditório. Conclui-se, portanto, que cabe ao legislador definir o conteúdo específico da ampla defesa e do contraditório em cada espécie de procedimento, sem prejuízo, em um segundo momento, do dever atribuído ao órgão julgador responsável por identificar e aplicar no caso concreto as medidas que se façam necessárias para que tais garantias não sejam violadas no curso do processo.

Assim, o comando constitucional de observância do contraditório e da ampla defesa incide tanto sobre o legislador quanto sobre os órgãos processantes e julgadores, os quais deverão estabelecer, aquele no procedimento específico em abstrato, e este no processo em concreto, as medidas processuais necessárias para que tais garantias sejam plenamente asseguradas.

É evidente, contudo, que essa atividade é vinculada a um conteúdo essencial à ampla defesa e ao contraditório, sem o qual se estará legislando ou atuando em desconformidade com os preceitos da Constituição Federal.

---

<sup>99</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30.

A doutrina costuma apontar elementos diversos como essenciais à ampla defesa e ao contraditório. Em linhas gerais, é possível afirmar que a ampla defesa consiste em prerrogativa de oposição das defesas necessárias à “adequada resistência às pretensões adversárias”<sup>100</sup>. Trata-se de garantia de contestar acusações, acompanhar e participar de atos de instrução, produzir provas e interpor recursos<sup>101 102</sup>. Ademais, o direito à ampla defesa pressupõe, dentre outros: o direito ao contraditório, o direito à participação nas provas, a isonomia e a legalidade dos delitos e das penas, bem como a observância do princípio da publicidade<sup>103</sup>.

Reconhecem-se, também, como inerentes ao pleno exercício do direito de defesa, inclusive na esfera administrativa, a necessidade de defesa técnica e o seu caráter prévio em relação ao ato decisório, sobretudo nos processos administrativos sancionadores:

“A anterioridade da defesa recebe forte matiz nos processos administrativos punitivos, pois os mesmos podem culminar em sanções impostas aos implicados. No concernente ao exercício do poder disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa veda a imposição de penas, sem a intermediação de processo (que pode ser simples). A idéia de que o contraditório e a ampla defesa só devem

<sup>100</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

<sup>101</sup> Neste sentido, NERY JUNIOR, Nelson. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15. Veja também: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 201.

<sup>102</sup> Discute-se na doutrina a existência de um direito constitucional à interposição de recursos. Em sentido contrário à exigibilidade do duplo grau, confira-se: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 31: “Segundo o texto constitucional, a ‘ampla defesa’ deve ser observada, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5º, LV). O termo recurso está, aí, empregado na sua acepção comum, a significar os instrumentos ou faculdades com que deve contar o litigante para a defesa. Não implica, assim, a indispensabilidade do duplo grau de jurisdição, embora não falte quem vislumbre essa garantia no preceito constitucional referido”. Em favor da existência de um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição nos processos administrativos e judiciais, veja-se: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 364.: “Os processos administrativos, para poderem observar a garantia dos processos judiciais, como postulada constitucionalmente, deverão estar sujeitos a revisão (duplo grau)”. A despeito da controvérsia, o fato é que sempre que o legislador garantir ao interessado o direito de recorrer, tal instrumento passa a integrar os meios e recursos inerentes à ampla defesa.

<sup>103</sup> Siqueira Castro também reconhece como relacionado à ampla defesa o princípio da publicidade: “Para que o direito à ampla defesa seja exercido em plenitude, é necessário que o interessado tenha prévia ciência dos atos administrativos que intercedam direta ou indiretamente com sua esfera jurídica. Fala-se, aqui, do princípio da publicidade das decisões do poder público, que é também, corolário do devido processo legal” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 361).

existir para apuração de condutas passíveis de penas graves, enquanto outras penas seriam aplicadas sem processo, deixa de prevalecer à vista do disposto no inc. LV do art. 5º, da CF. Portanto, não há de se admitir a punição pelo critério da verdade sabida, em virtude do qual se conferia à autoridade o poder de aplicar, de imediato, penas leves (exemplo: repreensão e suspensão curta), quando tivesse conhecimento direto da falta cometida.”<sup>104</sup>

O contraditório, por sua vez, traduz “a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”<sup>105</sup>. Consoante a doutrina processualista clássica, é formado por dois elementos, quais sejam informação e reação<sup>106</sup>. Ademais, contribui para que se garanta a imparcialidade do julgador, através das manifestações antagônicas formuladas pelos interessados<sup>107</sup>.

Para o efetivo exercício desse direito, ao contraditório relacionam-se o direito à informação<sup>108</sup> adequada acerca do conteúdo do processo (fatos alegados, material probatório, atos processuais praticados, etc.) e, na mesma medida, a vedação ao uso ou invocação de elementos que não constem do processo, por não serem da ciência dos demais sujeitos da relação

<sup>104</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 201.

<sup>105</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

<sup>106</sup> Neste sentido, confira-se HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p.209; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 59: “*Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada, nos casos de direitos disponíveis). O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o periculum in mora, provê inaudita altera parte (CPC, arts. 929, 32, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo. Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.*”

<sup>107</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 387, set./out. 2006, p.5-6.

<sup>108</sup> Por essa razão, é necessária ao exercício do contraditório a observância dos princípios da publicidade e da transparência da Administração Pública. Tais princípios são inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois se o soberano pudesse ocultar informações acerca das suas atividades, não seria possível falar que o poder é detido pelo povo, ou seja, que há democracia. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Melo, “*na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, precitado, quando ‘imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado’*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.111).

processual. Também o direito a decisões motivadas tem arrimo no direito ao contraditório, bem como na necessária transparência administrativa<sup>109</sup>.

É interessante notar que, em sua aplicação nos processos administrativos<sup>110</sup>, o direito ao contraditório persiste mesmo nos casos em que se contrapõem a Administração Pública e o particular, embora, nestes processos, o Poder Público se manifeste simultaneamente como parte e julgador. Embora entendamos, a princípio, que essa assertiva possa comportar questionamentos, não iremos nos ater à discussão<sup>111</sup>, mas nos curvar ao ensinamento de Odete Medauar a respeito:

“(...) o contraditório não é exclusivo do processo jurisdicional. Cogitando-se de contraditório no processo administrativo, surge a questão de visualizá-lo fora da relação triangular de juiz e duas partes. O processualista Fazzalari expõe a diretriz adequada a respeito, pois ao mencionar os processos não jurisdicionais observa que neles ‘o contraditório se realiza às vezes entre particulares, às vezes entre o particular e um órgão da Administração; o que conta, nesta última hipótese, é que a Administração Pública é colocada pela norma em posição substancialmente igual à do particular, de modo que, nos limites determinados pela mesma norma, a participação dos dois sujeitos realiza aquele jogo de ações, reações e controles recíprocos, características justamente das garantias do contraditório. (...) Se na fase em que antecede a formação do ato um órgão da Administração não se coloca no mesmo plano que o sujeito, no tocante a direitos, ônus, ações e reações, inexistente contraditório.”<sup>112</sup>

Conclui-se, portanto, que, embora se possa reconhecer que ao legislador se confere certa discricionariedade para delinear as possibilidades, mais ou menos abrangentes, de manifestações das partes no âmbito de cada procedimento judicial ou administrativo, as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa possuem um

<sup>109</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199-200.

<sup>110</sup> FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. Processo administrativo previdenciário. In: *Direito previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 135.

<sup>111</sup> Como indicamos anteriormente, Gustavo Binbenojn sugere uma contradição no contencioso administrativo, que rompe com a idéia de separação entre o juiz e a parte, o julgador e o acusador. Veja-se: 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, n. 239, jan./mar. 2005. p. 8.

<sup>112</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 98.

conteúdo mínimo de observância obrigatória. Uma lei que se afaste desses elementos essenciais deverá ser, portanto, reputada inconstitucional.

Ademais, como afirmamos anteriormente, o comando constitucional dirige-se também ao órgão processante e julgador, repercutindo sobre a interpretação da legislação processual, se necessário afastando-a à luz dos princípios consagrados pela Constituição Federal. E, contrariamente ao que se possa afirmar, não apenas aos órgãos do Poder Judiciário cabe promover essa atividade interpretativa, mas também aos órgãos da Administração, vinculados que estão, precipuamente, às diretrizes constitucionais<sup>113</sup>. Portanto, também à Administração Pública incumbe assegurar o exercício de defesa plena, e o direito ao contraditório, nos processos administrativos, em um conteúdo mínimo que lhes é essencial.

Para que reste consolidado o entendimento desenvolvido até aqui, confira-se trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em sede de mandado de segurança impetrado contra processo administrativo do Tribunal de Contas da União (TCU), no qual não teriam sido observadas garantias inerentes ao devido processo legal. Enfrentando a questão dos contornos dos princípios do contraditório e da ampla defesa na seara administrativa, assim entendeu aquele tribunal:

“(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado

---

<sup>113</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, out. 1997, p. 73. Para um estudo mais aprofundado sobre a interpretação e aplicação da lei vinculada à Constituição, cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005, p. 43 e 54.: “O administrado pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da jurisdição, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”



e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

(...)

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (...).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...).<sup>114</sup>

Assim, as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, embora flexíveis quanto aos seus exatos contornos, possuem um conteúdo mínimo necessário, sem o que não se poderá falar em devido processo legal. Como vimos, ademais, tais garantias não se adstringem ao direito de manifestação do administrado no processo, albergando todos os meios e recursos que lhe sejam legalmente garantidos. O simples fato de a lei textualmente franquear ao administrado os necessários instrumentos para sua defesa, no entanto, não supre tais garantias, devendo-se cuidar para que, no caso concreto, os mesmos não sejam desvirtuados, afastando-se do sentido que os motivou.

De toda forma, identificado esse conteúdo mínimo essencial ao devido processo legal administrativo, e firmados os contornos dos seus principais desdobramentos, parece-nos oportuno direcionar o estudo à atividade sancionadora da Administração Pública. Afinal, como nos dispusemos a investigar os efeitos do exercício de certo mecanismo de defesa, os recursos, nos processos administrativos sancionadores, passaremos a tratar, de forma mais específica, dessa atividade

<sup>114</sup> STF, MS 24.268, Rel. (para acórdão) Ministro Gilmar Mendes, 17.set.2004

administrativa tão peculiar que, por tudo o que já se expôs, pressupõe a formação de uma relação processual própria.

### **3. A Atividade Sancionadora da Administração Pública**

#### **3.1. A sanção administrativa**

Conforme apontamos em capítulo anterior, a finalidade de todo processo administrativo é a produção de um ato administrativo específico, cuja edição é vinculada pelo ordenamento jurídica a uma série de atos encadeados e sucessivos, segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. Desta forma, o objeto imediato de qualquer processo administrativo é a formação de um ato administrativo, diferenciando-se as modalidades processuais pelos objetos mediatos a que visam.

Portanto, para que possamos compreender adequadamente o processo administrativo sancionador, parece-nos essencial analisar primeiramente o seu objeto final, o qual, a exemplo de qualquer processo, justifica os próprios atos estabelecidos e praticados em seu desenvolvimento. Mais do que isso, essa finalidade almejada delimita os próprios contornos do processo devido para a sua consecução, servindo como parâmetro das medidas adequadas à produção de um ato justo e das garantias a serem asseguradas às partes envolvidas. Com efeito, o objeto final do processo define mesmo o teor das relações processuais estabelecidas entre as partes.

Assim, como processo administrativo sancionador é o processo administrativo - conforme conceituado no primeiro capítulo desta obra - cujo objeto mediato é a averiguação de uma infração administrativa e a imposição da sanção legal correspondente, faz-se imprescindível examinar os contornos do ilícito e da sanção administrativa.

A finalidade dos processos administrativos sancionadores é, por óbvio, a produção de um ato administrativo repressivo, a *sanção administrativa*. A análise da sanção administrativa, pela diferenciação de outras formas de expressão do *ius puniendi* estatal e pela identificação de

elementos que lhe emprestem característica própria é, portanto, exercício fundamental para estudarmos o processo administrativo sancionador.

O conceito de sanção parece-nos objeto de estudo próprio da filosofia. Na amplitude do conceito, a sanção configura uma garantia assecuratória do cumprimento de uma regra, seja ela de ordem jurídica ou não<sup>115</sup>. É, portanto, gênero do qual a sanção jurídica é espécie. A sanção jurídica, por sua vez, é instituto da teoria geral do Direito, e objeto de estudo da filosofia do direito. Em sentido lato, alberga todos os meios de que se utiliza o legislador para assegurar a eficácia da norma. Em acepção mais técnica, configura a consequência danosa atribuída pelo ordenamento jurídico ao transgressor da norma jurídica<sup>116</sup>, seja mediante a imposição do dever de ressarcir os prejuízos por ele causados em decorrência do ato ilícito, seja retribuindo-lhe o mal praticado, prescrevendo-lhe uma determinada medida punitiva.

Como se percebe, portanto, embora qualquer sanção jurídica tenha como finalidade precípua assegurar o cumprimento de uma norma, desestimulando a prática de atos contrários à ordem jurídica, são diferentes os meios utilizados pelo legislador para atingir esse objetivo. Pode optar por prescrever ao transgressor da norma sanções de cunho ressarcitório, que têm por efeito o ressarcimento dos danos causados pela prática de conduta contrária ao Direito, impondo-lhe o dever de promover o restabelecimento do *status quo ante*. Em outra direção, pode prescrever-lhe sanções de natureza retributiva, objetivando alcançar um efeito punitivo ou, como defendem alguns, disciplinar e preventivo<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 72.

<sup>116</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 74 – 75.

<sup>117</sup> Discute-se muito a finalidade da pena na doutrina penal, o que implica em reflexos na questão das sanções administrativas retributivas. Neste sentido, confira-se o entendimento de Rafael Munhoz de Mello, para quem “reconhecer que a sanção administrativa retributiva esgota-se na imposição de um mal ao infrator não significa aceitar que a finalidade de tal medida seja a de punir. A finalidade da sanção retributiva, penal ou administrativa, é preventiva: pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 28.)

Com efeito, o conceito de sanção jurídica não pertence exclusivamente a qualquer dos diferentes ramos do Direito, embora comumente nos remeta à idéia de punição penal<sup>118</sup>. Afinal, o ordenamento jurídico também estabelece sanções de natureza civil, e, conforme veremos nesse estudo, sanções administrativas.

As sanções civis se aproximam da opção que indicamos pelo ressarcimento dos danos causados pela prática de ato contrário ao Direito. Destinam-se ao restabelecimento do *status quo ante*, às custas do autor de um ato ilícito, impondo-lhe o dever de indenizar ou mesmo desconstituindo um benefício por ele auferido, como se opera na anulação de atos praticados ou no reconhecimento de um vício de nulidade.

Em sentido oposto, aproximam-se as sanções penais do caráter punitivo, por lhes ser inerente o efeito aflitivo. Objetivam castigar o infrator e, em certa medida, prevenir que novas infrações ocorram, pois, ao demonstrar que a norma é eficaz, afastam da sociedade o sentimento de impunidade, que é propício a encorajar que outros cometam o mesmo delito.

As sanções administrativas, por sua vez, podem apresentar caráter ressarcitório ou retributivo<sup>119</sup>, aproximando-se ora das sanções civis, ora das sanções penais. Por exemplo, há sanções administrativas que consistem no dever de ressarcimento do erário público, mais afeitas, portanto, aos princípios de direito civil. Outras, contudo, guardam finalidade efetivamente punitiva, como é o caso daquelas a que visam os processos administrativos sancionadores. Tendo em vista o objetivo almejado por este trabalho, interessa-nos o estudo das sanções administrativas punitivas, que serão analisadas com maior profundidade. Assim, passaremos a utilizar a

---

<sup>118</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 75.: “Em sentido técnico, a sanção ou pena é sempre um meio indireto sobre o qual o legislador se apóia para conseguir a observância de uma lei (Guido Zanobini, *Lê Sanzioni Amministrative*, p.1). Sanção típica, mas não única, é a pena.”

<sup>119</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 28.

expressão *sanção administrativa* para designar apenas as sanções administrativas de caráter retributivo.

Para compreender a sanção administrativa no universo de manifestações do poder punitivo estatal<sup>120</sup>, necessário que partamos de uma análise dos seus elementos próprios<sup>121</sup>. Na verdade, são basicamente três os elementos que caracterizam essa modalidade específica de sanção, um de ordem subjetiva, outro de cunho objetivo e, por fim, um elemento teleológico.

O *elemento subjetivo* das sanções administrativas consubstancia-se no fato de que as mesmas são cominadas por órgãos da Administração Pública e não pelo Poder Judiciário. A sanção administrativa, portanto, teria como característica própria, alheia às demais sanções jurídicas, a natureza da entidade aplicadora da penalidade. Esse caráter das sanções administrativas fica evidenciado na lição dos professores Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>122</sup>:

“Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho (...). Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales.”<sup>123</sup>

Assim, sanção administrativa seria, em uma primeira análise, aquela que pode ser imposta pela Administração Pública, diretamente, sem a necessidade de, ao menos em um primeiro momento, recorrer ao Poder Judiciário. No mesmo sentido, tendo como parâmetro o Direito Administrativo francês, entende George Dellis que, em um sentido estrito, o elemento subjetivo é inerente às sanções administrativas:

<sup>120</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.: “podemos afirmar que, em nossos dias, o Estado continua sendo a entidade detentora por excelência da sanção organizada e garantida”

<sup>121</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 55.

<sup>122</sup> Catedráticos da *Universidad Complutense de Madrid*.

<sup>123</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 161.

“a sanção administrativa possui uma definição *stricto sensu* quando ligada à presença de uma autoridade administrativa. Seriam, por essa perspectiva estrita, sanções administrativas aquelas medidas repressivas, sem natureza necessariamente disciplinar, impostas por organismos da administração ativa, comportando grande variedade de espécies”<sup>124</sup>

Não obstante a importância desse primeiro elemento caracterizador como critério distintivo das sanções administrativas, tendo em vista que, ao menos quando aplicada pela autoridade administrativa terá a sanção essa natureza<sup>125</sup>, não ignoramos as controvérsias existentes na doutrina. Com efeito, há autores que alertam para o fato de que, notadamente no direito brasileiro, há sanções administrativas passíveis de aplicação pelo Poder Judiciário<sup>126</sup>, de forma que a figura da autoridade administrativa não configuraria elemento indissociável da sanção administrativa<sup>127</sup>. Apesar desse entendimento, o elemento subjetivo é o principal e mais seguro critério apontado pela doutrina para distinguir as sanções administrativas das sanções judiciais penais, estas últimas monopolizadas pelo Poder Judiciário.

O *elemento objetivo* da sanção administrativa configura o efeito aflitivo da medida, isto é, o fato de que a cominação de uma sanção administrativa tem por essência a imposição de um castigo, privando o sancionado de direitos, restringindo-lhe a liberdade ou impondo-lhe

<sup>124</sup> DELLIS, George *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

<sup>125</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 817; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000, p. 128.

<sup>126</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 57 e 62.: “Em realidade, creio que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um de seus pólos a Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares. (...) No direito brasileiro, está consagrada a idéia de que os Juízes podem impor sanções administrativas, ainda que no desempenho de atividades jurisdicionais, desde que habilitados pelo Legislador.” Para o autor, conceitua-se a sanção administrativa a partir do âmbito de incidência do direito administrativo, formal e material.

<sup>127</sup> Para aprofundamento do debate, inclusive com referência à doutrina estrangeira, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 57 e ss.

deveres<sup>128</sup>. É como, aliás, já antecipavam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández na definição de sanção administrativa acima transcrita, ao apontarem que a sanção é um mal infligido que “*consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho*”<sup>129</sup>.

Há que se destacar que esse caráter aflitivo da sanção é elemento comum entre sanções penais e sanções administrativas<sup>130</sup>. Tanto as sanções penais, apenas aplicáveis pelo Poder Judiciário, segundo regras bastante rígidas, quanto as sanções administrativas, têm por efeito a cominação de um mal ao sancionado, como punição pelo cometimento comprovado de um ilícito (penal ou administrativo, conforme o caso)<sup>131</sup>.

Por fim, há nas sanções administrativas aqui tratadas uma finalidade punitiva, que compõe o seu *elemento teleológico*. Composto com o elemento objetivo acima indicado, as sanções administrativas têm, portanto, não apenas o caráter aflitivo de privação de direitos, restrição de liberdades e imposição de deveres como objeto, mas a punição como finalidade perseguida<sup>132</sup>. Esse, aliás, é um importante critério de distinção em relação a outras medidas administrativas que, embora aplicadas pela Administração

<sup>128</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 74.

<sup>129</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 161.

<sup>130</sup> Lembramos que nem todas as sanções administrativas têm caráter retributivo, de forma que essa proximidade com as sanções penais não ocorre sempre. Há formas de sanção que se aproximam das sanções de natureza civil, embora tais sanções não sejam o foco desse estudo. Neste sentido, vide OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 74.: “Apesar do caráter aflitivo das sanções administrativas e das sanções penais (elemento comum a ambas), nem todas sanções administrativas apresentam íntimo parentesco com as sanções criminais. Veja-se, por exemplo, a multa administrativa. Esta parece muito mais próxima do direito civil do que do direito penal.”

<sup>131</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 31.: “A sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator. Trata-se de medida de simples retribuição pela prática da infração, sem qualquer pretensão de ressarcimento do dano causado pela conduta delituosa, ou de restauração do status quo ante”.

<sup>132</sup> Fabio Medina Osório, em crítica à definição de sanção administrativa proposta por Jose Suay Rincón, aponta que, de um modo geral, o elemento teleológico não se encerra em uma “finalidade puramente repressora”, pois haveria também um fim corretivo ou pedagógico. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 78.)



(elemento subjetivo), e igualmente limitativas de direitos (elemento objetivo), não têm por finalidade a imposição de uma punição<sup>133</sup>.

Ademais, tal como o caráter aflagrante, a finalidade punitiva evidencia a intimidade existente entre sanções de natureza penal e as sanções administrativas punitivas, ambas expressões do poder punitivo do Estado. Afinal, tanto sanções penais quanto sanções administrativas objetivam a punição do transgressor de uma norma jurídica, sendo, portanto, muito próximas quanto à finalidade a que visam. Nada obstante, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández identificam nesse elemento teleológico um critério de distinção entre sanções administrativas e sanções penais, que, a nosso ver, antes de contrariar a conclusão de similitude entre ambas, na verdade demonstra que é, quando muito, bastante tênue a distinção:

“También el fin de las penas judiciales y de las sanciones administrativas es distinguible. Aquéllas (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática”,<sup>134</sup>

Portanto, concluímos que para se caracterizar a sanção administrativa, há que se verificar, primeiramente, a presença da Administração Pública, seja como autoridade aplicadora da pena, seja como parte lesada em um processo judicial. Ademais, deve-se identificar uma medida aflagrante, consistente em um mal infligido como consequência de

<sup>133</sup> As chamadas medidas de polícia, por exemplo, embora impliquem em restrição de direitos dos particulares, não se confundem com as medidas sancionadoras. Isso porque não há nas medidas de polícia o efeito aflagrante direcionado a uma finalidade intimidatória e repressiva, mas uma intervenção no domínio econômico para manutenção ou consecução da ordem no uso de bens e serviços públicos. Com efeito, as medidas de polícia comumente são aplicadas previamente ao descumprimento de uma norma e, quando posterior, tem por consequência desconstituir o ato perturbador da ordem, procedendo, assim, ao controle de legalidade. Sobre a distinção, veja-se: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 83 e ss. Percebemos, portanto, que as medidas de polícia se relacionam e justificam pela noção de supremacia do interesse público, que possibilita à Administração Pública intervir na atividade dos particulares em prol do interesse da sociedade e pela manutenção da ordem.

<sup>134</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ª ed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 164.

uma conduta ilegal, com finalidade punitiva, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Examinando as sanções administrativas, ademais, constatamos que profundas são as suas semelhanças com as sanções decorrentes de ilícitos penais, pois ambas compartilham de essência e finalidade muito semelhantes<sup>135</sup>. Apesar de quaisquer tentativas de distinção precisa, sanções penais e administrativas têm por objeto a cominação de um mal, um castigo, consistente na privação de direitos, restrição de liberdades ou imposição de deveres, com a finalidade de punir o infrator pela prática de um ato ilícito. Essa evidente proximidade será aprofundada a seguir, quando examinaremos a tese por muitos defendida de que haveria uma verdadeira unidade na pretensão punitiva do Estado.

### 3.2. A unidade do poder punitivo do Estado

A percepção de que ilícitos penais e ilícitos administrativos são ambos essencialmente lesão, potencial ou efetiva, a um interesse protegido pela ordem jurídica não é nova. São violações a deveres jurídicos e, portanto, juridicamente reprovados. Da mesma forma, há tempos se busca inferir, sem êxito, quais as distinções qualitativas que separariam um do outro<sup>136</sup>.

Com efeito, tornou-se uníssona a doutrina em negar que haja uma distinção substancial entre ilícitos penais e ilícitos administrativos, uma vez que ambos consistem em uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico. Ademais, não há um critério qualitativo que diferencie essas duas infrações,

---

<sup>135</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 27.: “Logo, é o elemento objetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal: “o que as aparta”, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”. Trata-se de posição pacífica na doutrina nacional e estrangeira.”

<sup>136</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 1, 1945. p. 24-31.

mas, quando muito, uma distinção de grau, ou mera opção legislativa. É como nos ensina Nelson Hungria, em clássico registro sobre o tema:

“Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeição 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.

(...)

O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo.

(...)

Identidade essencial: - A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que ‘existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo’ (...). A disparidade entre um e outro – repita-se – é apenas quantitativa.”<sup>137</sup>

De fato, diante dessa identidade essencial inferida por Nelson Hungria, reputa-se comumente a diferenciação entre ilícitos penais e ilícitos administrativos em considerações quantitativas, acerca da gravidade objetiva representada pelo ilícito ou da violação mais ou menos direta ao interesse público<sup>138</sup>. Infrações mais graves, que reclamem maior severidade do ordenamento jurídico seriam, assim, albergadas na esfera criminal, recebendo por resposta a sanção penal. Ilícitos de menor entidade que, embora essencialmente idênticos aos demais, não exijam uma resposta jurídica tão rigorosa, seriam penalizados por sanções administrativas. A diferença entre ilícitos e sanções administrativas e penais repousaria, portanto, na gravidade da lesão a um bem jurídico<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 1, 1945. p. 26.

<sup>138</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 1, 1945. p. 27.

<sup>139</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.464.: “Deveras, a diferença fundamental entre as sanções administrativas e penais está apenas na gravidade da infração. Enfatizamos que as sanções administrativas têm caráter repressivo, porém para infrações consideradas pelo legislador como potencialmente menos agressivas”. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Hugo de Brito. Ilícito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 709, nov. 1994, p. 293: “A distinção seria apenas valorativa. A sanção penal seria reservada aos que praticam ilícitos mais graves, que mais seriamente ofendem os interesses sociais. A distinção residiria na gravidade da violação da ordem jurídica.”

As diferenças entre infrações e sanções de natureza penal ou administrativa decorreriam de considerações acerca do grau de reprovabilidade da conduta na sociedade, que vem a se manifestar no ordenamento jurídico através da atividade legislativa discricionária e soberana. Essa discricionariedade conferida ao Legislador para que repute um ilícito como penal ou administrativo, no entanto, pode ser considerada, na prática, como uma evidência de que não há entre tais infrações uma distinção essencial. Mais do que isso, repousaria quase que integralmente na opção legislativa o caráter penal ou administrativo de um dado ilícito, posto que mesmo o critério quantitativo comumente indicado pela doutrina também não se presta rigorosamente a diferenciar esses dois ilícitos:

“Na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas, haveria uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o Legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses dois ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais.”<sup>140</sup>

Ora, se ilícitos penal e administrativo não apresentam distinções substanciais, da mesma forma não o poderiam apresentar as respostas jurídicas direcionadas a cada qual. Portanto, é de se negar igualmente que haja uma distinção substancial entre sanções penais e sanções administrativas, conforme já nos sugeria o exame dos seus elementos comuns. Não há um critério qualitativo que se preste a promover a diferenciação. Da mesma forma, como apontamos, a análise quantitativa é, por vezes, insuficiente.

A identidade essencial entre sanções administrativas e sanções penais decorre do fato de que ambas são retribuições jurídicas motivadas por ilícitos substancialmente semelhantes. Ademais, como verificamos ao

---

<sup>140</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 104.

analisarmos os seus elementos caracterizadores, ambas compartilham de finalidade punitiva similar e mesma essência privativa de direitos, restritiva de liberdades ou impositiva de deveres como resposta à prática de um ato ilícito. O entendimento de Nelson Hungria sobre o tema é clássico e merece ser transcrito:

“Pena administrativa e pena criminal: - 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, pôsto 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.”<sup>141</sup>

Partindo dessa premissa, formulou-se a tese de unidade da pretensão punitiva do Estado, largamente aceita e difundida pela doutrina européia. A percepção de que as diferenças entre as sanções penais e as sanções administrativas não são ontológicas, sugeriria que, na verdade, a pretensão punitiva do Estado é apenas uma, sendo, pois, indevido conferir-lhes tratamentos essencialmente diversos<sup>142</sup>. Ademais, a submissão da Administração Pública às leis, como é intrínseco ao Estado de Direito, impediria que se reconhecesse como objeto de proteção do Direito Administrativo um ordenamento interno particular da Administração, alheio ao ordenamento social. Por essa razão, começou-se a derrubar a tese tradicional de que a atividade sancionadora teria por objeto a proteção desse ordenamento interno da Administração, enquanto o Direito Penal protegeria o ordenamento externo ou social<sup>143</sup>.

Com efeito, a análise histórica dessa manifestação do *ius puniendi* estatal nos revela que, em princípio, a função sancionatória e repressiva era

<sup>141</sup> HUNGRIA, Nelson, *Ilícito Administrativo e ilícito penal*, Revista de Direito Administrativo n. 1, p. 27.

<sup>142</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 165.: “*El mismo ius puniendi del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa.*”

<sup>143</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 102-103.

uma só, concentrada nas mãos do governante, como manifestação do Direito de Polícia<sup>144</sup>. Após a Revolução Francesa, a queda dos regimes absolutistas europeus, e com a construção da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu, parte dos poderes punitivos do Estado foram transferidos ao Poder Judiciário, embora tenha a Administração preservado alguns poderes sancionadores próprios<sup>145</sup>, mantendo o Direito sancionador de polícia, instituição preservada do Antigo Regime. Todos esses poderes, contudo, tinham a mesma origem e o mesmo caráter punitivo, como meio jurídico de assegurar o cumprimento de uma norma jurídica.

Ocorre que, em tendo havido essa separação, operou-se no Direito Penal uma série de transformações fundamentais que, impulsionadas pelo pensamento de Beccaria<sup>146</sup>, no século XVIII, limitariam o poder punitivo estatal, prevenindo arbitrariedades, e possibilitariam ao acusado amplas garantias de proteção aos seus direitos, sobretudo quanto ao exercício da defesa contra a força do Estado. A partir deste momento histórico, começa o trabalho de construção dos mais caros princípios de Direito Penal, tão íntimos dos atuais pressupostos de um Estado de Direito. Em paralelo, contudo, remanesce alheio a todas essas transformações o direito sancionador administrativo, como um núcleo de Direito repressivo pré-beccariano<sup>147</sup>. Apesar de algumas evoluções em seu desenvolvimento, o processo administrativo mantinha vivos conceitos e técnicas arcaicas, progressivamente desmontadas, desde a Revolução Francesa, no âmbito do Direito Penal, dentre as quais, a autorização de *reformatio in pejus*:

<sup>144</sup>ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 165.

<sup>145</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 59.

<sup>146</sup> O italiano Cesare Beccaria é reconhecido como o grande pensador do Direito Penal moderno ou, mais adequadamente, do sistema repressivo como um todo. Influenciado pelas obras dos iluministas Rousseau, Diderot e Buffon, refutou os paradigmas tradicionais do sistema jurídico de sua época, estabelecendo conceitos fundamentais essenciais para as legislações que o sucederam, tais como: a necessária relação de proporcionalidade entre as penas e as infrações e a rejeição da tortura como instrumento de obtenção da prova de confissão. Sua principal obra "*Dos delitos e das penas*", do ano de 1764, é invocada até hoje como grande marco na reformulação do pensamento jurídico-repressivo, com grande influência no Direito Penal e Processual Penal atuais.

<sup>147</sup>ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 165.

“Pero aun la disposición estructural típica de un proceso administrativo dejaba en pie viejas técnicas del viejo Derecho de policía que habían sido desmontadas desde la Revolución Francesa en el Derecho Penal y en el proceso que lo se aplica: presunción de verdad de la decisión administrativa frente a presunción de inocencia del imputado, (...) de las pruebas por presunciones, de los recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción (*solve et repete*) o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la imprescriptibilidad de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las sanciones, de la inaplicación de técnicas correctivas como la de concurso de delitos, o de penas, o de causas de exclusión y modificación de la responsabilidad, etc.”<sup>148</sup>

Essa situação, em grande parte decorrente da evolução histórica independente deste poder administrativo sancionador, como mero instrumento de efetividade coercitiva, resultou, portanto, em um regime jurídico arcaico e arbitrário, o qual se buscou corrigir mediante a transposição dos princípios básicos desenvolvidos na esfera penal. Para tanto, foi desenvolvida a tese da unidade do poder punitivo estatal.

A doutrina reputa ao Tribunal Supremo espanhol<sup>149</sup> a formulação da tese de unidade do poder punitivo do Estado, elaborada com vistas a reconhecer ao direito administrativo sancionador certos princípios constitucionais limitadores do *ius puniendi* estatal, tradicionalmente arraigados ao Direito Penal. Em razão da proximidade atribuída às sanções penais e administrativas, e da inexistência de diferenças ontológicas entre as mesmas, formulou-se a idéia de que haveria também princípios comuns que, embora construídos no bojo da doutrina e jurisprudência penalistas, seriam, na verdade, limitações a esse poder punitivo geral detido pelo Estado. Consolidando tudo o que se vem de expor até aqui, vale transcrever trecho de decisão exemplificativa, prolatada pelo Tribunal Supremo espanhol:

<sup>148</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p.

<sup>149</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 106. Sobre a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, vide ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 166.

“El Derecho Penal y el Administrativo, en este aspecto, no son compartimentos estancos y, por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones, cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado. (...) Una vez promulgada la Constitución, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. En tal sentido, resulta expresiva y concluyente la Sentencia de 8 junio 1981 (RTC 1981\18), en la cual el Tribunal Constitucional afirma 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, tal y como refleja la propia Constitución y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas y penales”<sup>150</sup>

Portanto, na linha da tese em exame, o fato de essa pretensão punitiva do Estado manifestar-se como sanção administrativa e não penal, não justifica que princípios constitucionais inerentes à função sancionadora sejam afastados, nem que direitos fundamentais do acusado lhe sejam negados. Parece-nos, aliás, curioso que, em não havendo diferenças substanciais entre ilícitos penais e administrativos, mas quando muito de grau, se arvorasse a bandeira dos direitos fundamentais apenas em benefício dos acusados por crimes, mas se reduzissem as garantias em relação aos acusados por infrações administrativas, em regra menos graves. Seria esse reforço das garantias fundamentais, portanto, a principal consequência da percepção de que sanções penais e administrativas são, na verdade, manifestações de uma mesma pretensão sancionadora:

“O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas consequências, e, paradoxalmente, parte de algumas das situações que lhe servem de premissa. A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais.”<sup>151</sup>

<sup>150</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 107.

<sup>151</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 102.



Note-se que, embora não ignoremos as controvérsias e críticas existentes acerca da tese de unidade do poder punitivo estatal<sup>152</sup>, que enfrenta alguns opositores, o fato é que hoje é praticamente pacífico o entendimento de que o direito administrativo, em sua dimensão sancionatória, compartilha com o direito penal os mesmos princípios gerais de aplicação de suas normas, ainda que adequados às particularidades de cada qual. Afinal, havendo ou não essa unidade punitiva, é evidente a proximidade entre ambos, sobretudo porque hão de se submeter a princípios constitucionais que norteiam, genericamente, o poder punitivo estatal<sup>153</sup>.

Ademais, reconhecida a semelhança entre sanções penais e administrativas, há que se concluir também pela proximidade entre os meios e procedimentos jurídicos necessários para que se concretizem. Por essa razão, em se tratando de processos administrativos sancionadores, inclusive no processamento de recursos, deve-se reconhecer a aplicação dos princípios essenciais de Direito Penal e Processual Penal. Seja nos processos em que se visa aplicar sanções, seja naqueles em que se objetiva a revisão de uma sanção imposta ao administrado, devem ser aplicados aqueles princípios essenciais, inerentes à atividade sancionadora, como conclui Lúcia Valle Figueiredo em passagem que merece transcrição:

“Entretanto assinalemos: quando se tratar de processos em que haja ‘acusados’ aplicam-se também alguns dos princípios do processo penal e, se houver litigância, os do processo civil.

(...)

Os procedimentos chamados de segundo grau, à maneira de Giannini, e, por isso, de processos em sentido estrito, por nós, em face do texto constitucional,

---

<sup>152</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 109 e ss. Veja-se, ainda, Edilson Pereira Nobre Júnior, para quem, embora ambas as sanções penais e administrativas tenham diferenças essenciais, aplicam-se às últimas os princípios do direito penal: “*Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado. Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas.*” (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. 128).

<sup>153</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 135

englobam os revisivos por provocação, quer seja do interessado, quer seja de qualquer administrado, como também, por meio do direito de petição, os sancionatórios e os disciplinares.

Sem dúvida, devem todos eles respeito aos princípios já arrolados, mas, também, aos peculiares de cada um deles. De conseguinte, se estivermos diante de processo revisivo de atos administrativos não punitivos, aplicaremos os princípios do Direito Processo Civil. Porém, se diante quer da aplicação de sanções, quer de revisão de ditas sanções, deveremos aplicar princípios de Direito Penal.”<sup>154</sup>

A jurisprudência brasileira, aliás, reiteradas vezes se utiliza de princípios e regras penais para resolução de litígios que envolvem normas administrativas punitivas, reconhecendo ao acusado garantias tradicionalmente relacionadas ao processo penal. Em consonância com os ensinamentos doutrinários acima desenvolvidos, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a proximidade entre as sanções penais e as sanções administrativas, concluindo pela aplicação de princípios do direito penal nos processos em que se objetiva apurar infrações administrativas. Em razão da afinidade estrutural e teleológica entre ambas, já foi decidido, por exemplo, que se aplicam aos processos administrativos sancionadores a regra da continuidade delitiva, estabelecida pelo artigo 71, do Código Penal<sup>155</sup>:

“ADMINISTRATIVO - SUNAB - LEGITIMIDADE PARA EXECUTAR MEDIDAS RELATIVAS A LEGISLAÇÃO SOBRE ABUSO DO PODER ECONÔMICO – LEIS DELEGADAS 4 E 5/1962 - INFRAÇÕES CONTINUADAS - CODIGO PENAL (ART. 71).

I - O ordenamento jurídico recepcionou a legislação que reprime o abuso do poder econômico, inclusive a lei delegada 4/1962, que confere a união o poder de intervir no domínio econômico e a lei delegada 5/1962 que atribui a SUNAB a execução das medidas pertinentes.

**II - A punição administrativa guarda evidente afinidade estrutural e teleológica com a sanção penal. É correto, pois, observar-se em sua aplicação, o princípio consagrado no art. 71 do Código Penal.**

<sup>154</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 442.

<sup>155</sup> CP, art. 71: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

III - Na imposição de penalidades administrativas deve-se tomar como infração continuada, a série de ilícitos da mesma natureza, apurados em uma só autuação.” (grifo nosso)<sup>156</sup>

Conclui-se, portanto, que não apenas as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa aplicam-se ao processo administrativo sancionador, mas também alguns de seus desdobramentos mais importantes que, embora desenvolvidos para aplicação na esfera penal, operam, na verdade, a limitação do poder punitivo do Estado. Embora se possa argumentar que se submetem a regimes jurídicos distintos, os princípios gerais hão de ser comuns, uma vez que processo penal e processo administrativo guardam entre si indiscutíveis semelhanças, que decorrem de uma mesma finalidade punitiva e/ou preventiva. À luz dessa evidente identidade, passaremos a examinar os contornos específicos do devido processo legal no processo administrativo sancionador, analisando alguns princípios nucleares à atividade administrativa repressiva.

### **3.3. Princípios de Direito Penal e o devido processo legal sancionador**

Como salientamos anteriormente, da proximidade entre o direito penal e o administrativo sancionador decorre a conclusão de se lhes aplicarem princípios comuns, que resultariam do caráter sancionador e da necessária limitação do poder punitivo estatal<sup>157</sup>, como preceito de um Estado de Direito. Essa aplicação comum, ademais, deve ser reconhecida como decorrência natural do brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito) que tanto é verdadeiro hoje como o fora em suas origens distantes. Fato é que, em sendo ambos expressões da pretensão punitiva do Estado, justificados pela prática de atos

<sup>156</sup> STJ, REsp 39555/PE, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, 28.mar.1994

<sup>157</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 31.: “*Tais princípios integram o núcleo do regime jurídico punitivo, aplicável a toda manifestação do ius puniendi estatal, seja ele exercido pela aplicação de sanções penais, seja ele exercido pela imposição de sanções administrativas retributivas.*”

contrários à ordem jurídica, é imperativo que se lhes reconheçam regras comuns, para a adequada formação da vontade sancionadora estatal.

Não ignoramos que para muitos autores não se poderia promover a simples e integral transferência dos princípios penais, com seus contornos próprios, aos processos administrativos sancionadores, posto que os regimes jurídicos Penal e Administrativo são autônomos e distintos entre si<sup>158</sup>. Por essa razão, sempre que a questão se colocar, iremos nos ater àquele núcleo comum necessário para que qualquer sanção de cunho punitivo se materialize em conformidade com a ordem jurídica. Em conformidade com o nosso raciocínio, confira-se a lição de Rafael Munhoz de Melo:

“Não se trata de aplicar acriteriosamente os princípios do direito penal no campo do direito administrativo sancionador, mas sim de reconhecer que ambos os ramos jurídicos têm um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da opção constitucional por um Estado de Direito. Tais princípios devem ser observados em qualquer manifestação do poder punitivo estatal, seja ele exercido pelo Poder Judiciário, através da imposição de sanções penais, seja ele exercido pela Administração pública, através da imposição de sanções administrativas.”<sup>159</sup>

Partindo dessa premissa, passaremos a examinar os contornos particulares do devido processo legal na formação de sanções administrativas. Vale lembrar que a necessária observância do devido processo legal e seus desdobramentos nos processos administrativos em geral foi detidamente examinada no segundo capítulo desta obra. Não obstante, considerando as evidentes diferenças entre as espécies de processos administrativos e as particularidades de cada uma, é importante que aprofundemos o estudo, direcionando-o às especificidades dos

<sup>158</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 134. No mesmo sentido, o Tribunal Superior espanhol, embora reconheça a incidência de princípios comuns à atividade sancionatória, salienta que a aplicação ocorre com certos matizes, como registra ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 166-167.

<sup>159</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 25.

processos sancionadores. E, para tanto, é imprescindível conjugá-las com aqueles princípios consagrados na esfera criminal.

Primeiramente, enquanto relacionados ao próprio princípio da legalidade que orienta as atividades administrativas em geral, identificamos na função sancionadora a necessária submissão aos princípios da reserva legal e da tipicidade. Trata-se de garantias fundamentais e limitadoras do poder punitivo estatal, que derivam de preceito constitucional, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Embora a norma positiva se refira apenas a “crimes”, parece-nos que a relevância dos referidos princípios não se coaduna com uma interpretação tão restritiva. Ademais, ambos os princípios relacionam-se à própria atividade punitiva, de forma que, como concluímos, embora tradicionalmente vinculados ao Direito Penal, devem ser observados na aplicação de sanções administrativas. Sendo assim, também valeria para a atividade punitiva administrativa a máxima de que não há infração sem lei anterior que a defina, ou sanção que não seja previamente estipulada por lei<sup>160</sup>.

Em conformidade com essa conclusão, já decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de atos normativos emitidos pelo IBAMA que, sem lei que o autorizasse, estabeleceu sanções a serem imputadas aos administrados em caso de descumprimento. A decisão reconheceu, assim, a necessária observância da legalidade estrita na aplicação de sanções administrativas, nos seguintes termos:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº. 113, DE 25.09.97, DO IBAMA.

---

<sup>160</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.131.: “Fixando-se no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, que nos interessa de perto, ao exprimir a máxima, reinante no direito ocidental, de que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, sugere-se, de logo, mais uma necessária indagação: a reserva de lei em sentido estrito - já agora indene de dúvidas tanto em face de seu caráter especial, ora pelo lastro em secular tradição - abrange apenas as infrações criminais, ou, além destas, investe-se também no campo das punições administrativas? Penso que a solução ampla é a que melhor se coaduna com o nosso ordo juris.”

Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e **estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir.** Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida.” (grifo nosso)<sup>161</sup>

Reconhecida a necessidade de que infrações e sanções administrativas estejam expressamente previstas por lei, incide também sobre a atividade sancionadora administrativa o princípio da tipicidade<sup>162</sup>. Este, ademais, é evidente, uma vez que a Administração Pública nada pode fazer senão aquilo que a lei a autorize. Portanto, se é exigida lei específica definindo infrações e cominando sanções, da mesma forma não é dado à Administração aplicar penalidades, senão aquelas previstas em lei.

Não obstante, tal como ocorre em certa medida na esfera penal, o *quantum* da punição fica a critério do órgão julgador, e deve ser apurado no curso do processo administrativo, atendendo ao princípio que impõe a proporcionalidade entre o delito e a penalidade. Ainda que se aplique sanção prevista em lei, a utilização imoderada do poder punitivo é ilegítima, inclinando-se para a arbitrariedade<sup>163</sup>. Por essa razão, atualmente se reconhece até mesmo a possibilidade de redução de uma sanção administrativa abusiva por ato do Poder Judiciário, não a reputando ilegítima ou invasora de competência, e nem mesmo como um ato violador do princípio da separação de Poderes do Estado<sup>164</sup>.

Outro princípio de observância necessária nos processos administrativos sancionadores é aquele que determina a proporcionalidade entre a sanção e o ilícito que se visa punir. Afinal, como a sanção consubstancia um mal imposto ao administrado, que lhe afeta a esfera

<sup>161</sup> STF, ADI-MC 1823/DF, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, Brasília, 30 abr. 1998.

<sup>162</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 206.

<sup>163</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.144.

<sup>164</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.145.

jurídica negativamente, sua cominação deve ser ponderada, nunca excessiva e desproporcional<sup>165</sup>. Por essa razão, a exemplo do que ocorre na esfera penal, a intensidade da sanção deve corresponder à gravidade da conduta ilícita praticada<sup>166</sup>.

Ademais, o *princípio da proporcionalidade*, em perspectiva mais ampla, decorre do dever da Administração Pública de não atuar com abuso de poder, utilizando-se de sua competência em descompasso com os seus objetivos e com as medidas adequadas para alcançá-los. O ato estatal deve ser adequado ao fim pretendido (princípio da adequação), causando o menor gravame possível aos particulares (princípio da necessidade). Trata-se, portanto, não apenas de um princípio de Direito Penal, mas de corolário do Estado de Direito, a ser observado em todas as atividades administrativas.

Em consequência da necessária observância da proporcionalidade, aplica-se também ao Direito Administrativo sancionador o princípio que veda as *sanções perpétuas*, uma vez que consideradas excessivamente graves. Uma sanção administrativa perpétua limitaria os direitos do administrado permanentemente, por toda a sua vida, como retribuição por uma conduta ilícita pontual. Por essa razão, aplica-se a tais medidas sancionadoras a regra insculpida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, conforme entendem os nossos tribunais superiores<sup>167</sup>

<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> STJ, MS 8845/DF, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6.fev.2006: “2. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades da espécie.”

<sup>166</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 35.

<sup>167</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* - A&C. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 37.

<sup>168</sup> STF, RE 154134/SP, Rel. Ministro Sydney Sanches 29.out. 1999: “No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, e, XLVII, b, e § 2º da C.F.”

Outro desdobramento do princípio da proporcionalidade, reconhecido por alguns doutrinadores<sup>169</sup>, é a exigência de que a sanção administrativa retributiva seja aplicada apenas às condutas em que se verifiquem os elementos volitivos dolo ou culpa<sup>170</sup>. Para esses autores, a culpabilidade teria fundamento constitucional e decorreria das garantias que limitam o *ius puniendi* estatal. Neste sentido, ao contrário do que ocorre na seara civilista, não se admitiria a responsabilidade objetiva por ilícitos administrativos, vigendo o *princípio da culpabilidade*<sup>171</sup>.

Com efeito, sabe-se que a culpa é, para o Direito Penal, elemento constitutivo do crime. Só há crime se a conduta for prevista em lei (tipicidade), contrária ao ordenamento jurídico (ilicitude) e culpável. Assim, naquele regime jurídico exige-se para a configuração do crime que a conduta seja praticada de modo voluntário e consciente (dolo) ou ao menos sem observância de um dever genérico de cuidado (culpa em sentido estrito).

No Direito Administrativo sancionador brasileiro, contudo, não é pacífica a vinculação da idéia de infração com um juízo de culpabilidade. Embora a culpa deva ser impreterivelmente considerada para fins de dosimetria da sanção, a responsabilização sem culpa é aceita, sendo, por vezes, adotada na própria legislação. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 20 da Lei nº. 8.884/94<sup>172 173</sup>, que prevê infrações à ordem econômica,

<sup>169</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 312-338; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p.141; e ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 175-177.

<sup>170</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 38.

<sup>171</sup> Para um estudo de direito comparado, confira-se ENTERRÍA p. 175-176.: “*Se pretendió en tiempos que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios del Derecho Penal al Derecho sancionador administrativo que recibió respaldo constitucional en el artículo 25 tantas veces citado. Uno de esos principios es justamente el de culpabilidad, que supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable.*”

<sup>172</sup> “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”



independentemente de culpa, as quais são reprimidas com sanções administrativas. Assim, embora nos pareça que a idéia de sanção retributiva e preventiva não se coaduna com a responsabilidade objetiva, não podemos olvidar das discussões que ainda circundam o tema.

Como não é nosso objetivo adentrar o debate deste tema específico, que demandaria um trabalho monográfico próprio, basta-nos concluir que, ao menos quando não prevista expressamente em lei, a responsabilidade sem culpa não deve ser admitida para fins de cominação de sanções administrativas, sendo necessária a verificação do elemento subjetivo doloso ou culposos da conduta ilícita.

Embora também não seja indene de ressalvas e controvérsias, também se aplica aos processos administrativos sancionadores o *princípio da presunção de inocência*. A regra consagrada no Direito Penal, vinculada às garantias de ampla defesa, contraditório e isonomia, encontra, na esfera administrativa, o obstáculo imposto pela presunção de veracidade das declarações emitidas pela Administração Pública e, por essa razão, é comumente aplicado de forma mais restrita aos processos administrativos sancionadores.

Não obstante, há quem atribua maior relevância à presunção de inocência na esfera administrativa, como, por exemplo, a respeitada doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>174</sup>, com acolhida na jurisprudência e legislação espanholas hodiernas<sup>175</sup>. Confira-se o registro dos ilustres doutrinadores:

*“El Tribunal Constitucional así lo ha declarado de manera constante: “El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que deb entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución tanto*

---

<sup>173</sup> O dispositivo foi impugnado por ação direta de inconstitucionalidade, em curso no Supremo Tribunal Federal. Houve julgamento do pedido liminar, no qual a questão da culpabilidade não foi enfrentada com profundidade. Para exame do acórdão proferido no julgamento do pedido liminar, veja-se: STF, ADI-MC 1094, Rel. Ministro Carlos Velloso, 21 set.1995.

<sup>174</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 177-180.

<sup>175</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 352-353.

*administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos” (S. 8 marzo 1985).”<sup>176</sup>*

Por fim, entendem alguns autores que se aplica aos processos administrativos sancionadores o princípio que veda a *reformatio in pejus*, de ampla difusão no Direito Penal. Confira-se, neste sentido, o ensinamento de Odete Medauar, que, dentre os princípios de Direito Penal aplicáveis aos processos administrativos sancionadores, identifica o princípio de *non reformatio in pejus*<sup>177</sup>:

“Nos processos disciplinares ou sancionatórios há aplicação dos princípios do Direito Penal: a) verdade material; b) indisponibilidade; c) impossibilidade de *reformatio in pejus*; d) retroatividade da legislação benigna; e) necessidade de defensor ad hoc; f) direito de estar presente aos depoimentos; g) duplicidade de instâncias ou direito de reexame.”

A impossibilidade de *reformatio in pejus* no Direito Penal é textualmente previsto no artigo 617, do Código de Processo Penal brasileiro. No entanto, embora possa parecer tipicamente de índole procedimental, uma vez que sua previsão na norma positivada ocorre através de um estatuto processual, a diretriz possui, igualmente, índole substantiva<sup>178</sup>, intimamente vinculada a direitos constitucionais do recorrente. Ademais, como veremos, o princípio decorre de outras fontes jurídicas, inclusive de preceitos constitucionais, sendo cabível investigar sua aplicação na atividade administrativa sancionadora.

Antes, porém, parece-nos pertinente examinar o princípio de *non reformatio in pejus* mais detidamente, inclusive quanto à sua aplicação nas esferas civil e penal. A esse exercício nos ocuparemos no capítulo subsequente.

<sup>176</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 178.

<sup>177</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 458.

<sup>178</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p.148.

## 4. O Princípio de *Non Reformatio in Pejus*

### 4.1. Introdução ao tema

Partindo das bases do tema, a palavra recurso, do latim *recursus*, significa, segundo a etimologia, um caminho de retorno ao estado anterior. No sentido jurídico-processual, é um remédio jurídico, com assento constitucional, que visa ao reexame de uma decisão, seja ela jurisdicional ou administrativa. Pode se direcionar ao próprio órgão prolator da decisão, para que reveja seu entendimento, ou a órgão de hierarquia superior, com poderes para examinar aquela decisão.

Por óbvio, qualquer recurso tem em vista a reforma de uma decisão em benefício do recorrente<sup>179</sup>. Tal assertiva decorre da lógica de que a ninguém interessa utilizar dos meios jurídicos e mover a máquina estatal em prejuízo próprio, para impor a si mesmo uma restrição de direitos e liberdades. Juridicamente falando, ninguém pode mover ação sem interesse de agir, ou interpor recurso sem interesse recursal.

Ora, em termos gerais, se o recurso não pode ter como finalidade a reforma de uma decisão para piorar a situação do próprio recorrente, não pode o órgão revisor, sem que haja recurso da outra parte, agravar aquela decisão voluntariamente. Afinal, como prevalece nos processos judiciais, o juiz não age de ofício, sem provocação das partes.

O princípio da vedação de *reformatio in pejus* (reforma para pior) traduz essa impossibilidade de que a situação da parte recorrente seja agravada sem que haja um recurso da parte contrária pleiteando esse agravamento. É uma garantia de que, pela simples interposição de um recurso, não se estará abrindo ao órgão julgador a possibilidade de rejulgar

---

<sup>179</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005.: “Não se pode conceber que o recorrente seja prejudicado pelo seu próprio recurso, pois ninguém tem interesse em prejudicar a si mesmo. Se a parte contrária não recorreu, é porque se conformou com a decisão. A reformatio in pejus é contrário ao modelo constitucional de processo, às aspirações por uma Administração mais democrática, que respeite aos direitos e garantias individuais, que seja leal aos cidadãos, que lhes dê segurança jurídica”.

integralmente a controvérsia, entendendo, eventualmente, por alterar a decisão recorrida em prejuízo daquele que interpôs o recurso.

Em uma perspectiva mais ampla, parece-nos que o princípio que veda a *reformatio in pejus*, decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito, e tem origem na transposição do sistema penal do modelo inquisitivo para um modelo acusatório. Confira-se a lição do eminente penalista Paulo Rangel:

“Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A *contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.”<sup>180</sup>

Conforme registra a doutrina em geral, o sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e teve notável desenvolvimento e aperfeiçoamento do âmbito do direito canônico, sendo adotado em quase todas as legislações européias nos séculos XVI, XVII e XVIII. Desenvolve-se como uma tentativa de fortalecimento dos governantes com vistas a esvaziar o sistema acusatório privado, através da concentração do poder de reprimir a prática de delitos<sup>181</sup>. Seu esplendor, contudo, se deu através dos tribunais eclesiásticos de inquisição, instituídos com o fim de investigar e punir crimes contra a fé católica, durante a Idade Média.

Um sistema inquisitorial é marcado por algumas características ontologicamente distintas daquelas presentes nos sistemas acusatórios. A primeira que nos atrai a percepção, mesmo porque muito próxima do que ainda se verifica em processos administrativos sancionadores atuais, é a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de um único ente<sup>182</sup>. O mesmo órgão que investiga e acusa é aquele que julga e

---

<sup>180</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 49.

<sup>181</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 50.

<sup>182</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 59-60.

pune, o que, evidentemente, compromete a imparcialidade do julgamento. Essa é, talvez, a principal característica própria desse sistema punitivo.

Além disso, não há nos processos inquisitivos a observância da publicidade, uma vez que os atos são praticados em sigilo, sem o conhecimento da sociedade. O sigilo, aliás, diferentemente do que se admite ainda hoje, de forma restrita a alguns casos e para proteção da parte, operava efeitos também em relação ao acusado, que não tinha direito a exercer sua defesa de forma ampla e sob o crivo do contraditório. Nesses processos, o acusado é mero objeto do processo, e não sujeito de direitos, ficando completamente à mercê do órgão processante.

Por fim, para o conhecimento da verdade real, o sistema acusatório confere ao órgão processante amplos poderes de investigação e produção de provas, inclusive mediante práticas de torturas, sendo a confissão a “rainha das provas”<sup>183</sup>. Ademais, como indicamos acima, não é aberta ao acusado a oportunidade de conhecer e contraditar as provas produzidas, que são recolhidas secretamente.<sup>184</sup>

Como facilmente se conclui, o processo inquisitivo é totalmente incompatível com as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, com os pressupostos de um devido processo legal e com os direitos fundamentais hoje consagrados pela Constituição Federal. Não há ampla defesa nem contraditório, e, por concentrar funções de acusação e julgamento, ao órgão julgador é atribuído o “domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases”. Em consequência, em um sistema punitivo inquisitivo a admissão da *reformatio in pejus* é plenamente coerente.

Ao contrário, parece-nos que o mesmo não ocorre em um sistema acusatório, no qual as garantias do acusado são plenamente asseguradas. Neste sistema o acusado tem direito de exercer sua defesa fazendo uso de

---

<sup>183</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 60.

<sup>184</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 51.

todos os meios e recursos legalmente admitidos e de apresentar o seu próprio ponto de vista, contraditando os elementos que lhe sejam opostos. Para tanto, prevalece a publicidade e o direito de informação sobre o processo, com acesso aos autos e provas produzidas. Por fim, há nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar, em prol de um processo imparcial<sup>185</sup>. Por essa razão, o juiz, em regra, não atua de ofício. Confira-se o ensinamento de Joan Verger Grau:

“O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo. No fundo, a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgados *supra partes*. (*La Defensa del imputado y el Principio Acusatorio*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 23)”<sup>186</sup>

O sistema acusatório, conforme se prega, é aquele vigente no direito pátrio atual<sup>187</sup>. Como se verifica no processo penal, há hoje uma grande preocupação com a consecução de um processo moldado pelo sistema acusatório, no qual os direitos do acusado são assegurados em um processo adequado e imparcial. Assim, mesmo para os que entendem que o nosso sistema acusatório hodierno não é puro, apresentando traços de uma tradição inquisitiva<sup>188</sup>, é inequívoca a vedação de *reformatio in pejus*, como princípio de fundamental importância para a plena observância de um devido processo legal, no qual o direito de defesa, inclusive de interpor recursos, é plenamente assegurado.

Em razão de sua origem e desenvolvimento dever-se ao Direito Penal, o estudo do princípio de *non reformatio in pejus* tem no processo penal um ponto de partida indispensável, sem o qual não se poderia compreender plenamente o instituto. Não obstante, tão logo delineados os

<sup>185</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

<sup>186</sup> GRAU, Joan Verger *apud* RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 53.

<sup>187</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 60.

<sup>188</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 57.

contornos do princípio na seara criminal, enfrentaremos a sua aplicação do processo civil, ainda que respaldada em outras bases. Esse estudo é imperativo para que, futuramente, se pense o instituto nos processos administrativos, como nos aventuraremos a fazer em capítulo subsequente.

#### 4.2. Aplicação no processo penal

A exemplo do ocorrido com as demais garantias decorrentes do devido processo legal, também a vedação à *reformatio in pejus* teve guarida e desenvolvimento no âmbito do Direito Penal, como uma das diversas limitações impostas ao poder punitivo estatal. Surge como resultado direto dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como necessário à eficácia dos meios de defesa utilizáveis pelo acusado no curso de processo investigativo e punitivo. Ademais, decorre diretamente do sistema acusatório e da necessária separação entre órgãos acusador e julgador, como desenvolvemos anteriormente.

Por esses motivos, sequer seria necessária sua previsão no Código de Processo Penal<sup>189</sup>, embora de todo pertinente a sua consagração expressa no artigo 617, daquele diploma legal:

“Art.617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Tanto é verdade que o princípio decorre do próprio sistema processual penal moderno, e de suas características intrínsecas, que, embora o mencionado artigo só se refira expressamente ao recurso de apelação, há que se reconhecer a sua ampla aplicação a todos os recursos existentes em âmbito penal, como ocorre com os recursos em sentido estrito ou os embargos infringentes. Assim, quando só houver interposição de recurso

---

<sup>189</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª edição, Campinas, Millenium, 2000, v. IV, p 317-318.

pelo acusado, vedada está a reforma da decisão para agravar a sanção que lhe foi imposta<sup>190</sup>. O ponto é pacífico na doutrina processual penal:

“Vejam que o legislador proíbe a agravação da pena, ou seja, a piora da situação processual do réu e, ao mesmo tempo, quando somente ele houver apelado, pois se houver recurso do Ministério Público é porque há pedido para se agravar a situação do réu. A proibição da *reformatio in pejus* é a consagração da vedação do julgamento *ultra e extra petita* (...) Por último, devemos salientar que qualquer gravame na situação do réu, havendo recurso exclusivo, é vedado.”<sup>191</sup>

“Está proibida, assim, a *reformatio in pejus*: recorrendo o réu, não é possível haver reforma da sentença para agravar a sua situação; recorrendo a acusação em caráter limitado, não pode o Tribunal dar provimento em maior extensão contra o apelado.”<sup>192</sup>

Portanto, em termos gerais, a *reformatio in pejus* é veementemente rejeitada nos processos penais, seja em razão da sua expressa vedação no artigo 617, do Código de Processo Penal, seja como decorrência dos pressupostos de um processo acusatório, instruído conforme os parâmetros do devido processo legal. Vigê, assim, a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, inerente ao efeito devolutivo dos recursos em geral, inclusive na esfera civil, de que o reexame se adstringe ao conteúdo do pedido recursal.

É bem verdade, contudo, que alguma controvérsia se verifica quanto à aplicação da chamada *reformatio in pejus* indireta, em grande medida por faltar-lhe a segurança conferida pela expressa menção no texto legal. Trata-se de hipótese na qual o órgão revisor, ao julgar o recurso exclusivo do réu, anula a sentença, determinando a remessa dos autos para que o Juízo a quo profira nova decisão. Neste caso, indaga-se se o juiz de primeira instância

<sup>190</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005. p. 66: “Apesar de o artigo 617 se referir apenas à agravação da pena, segundo abalizada doutrina, o princípio da *non reformatio in pejus* impede também que se imponha qualquer outro gravame contra o réu.”

<sup>191</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 747.

<sup>192</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 682.



poderia prolatar sentença agravando a sanção aplicada na primeira decisão, reformando para pior indiretamente.

Essa possibilidade, embora real e suscetível de ocorrer como consequência da interposição de um recurso, não é prevista e, portanto, solucionada expressamente pelo Código Processual Penal. Não obstante, mesmo nesta hipótese não prevista pela legislação, é majoritário o entendimento de que é vedado o agravamento da sanção, uma vez que o princípio de *non reformatio in pejus* tem fundamento em garantias constitucionais, bem como no próprio sistema acusatório. Por essa razão, dever-se-ia rejeitar essa hipótese de reforma para pior, tal como ocorre no caso contemplado pela legislação, sob pena de se afrontar o direito constitucional do acusado à ampla defesa<sup>193</sup>. Não obstante filiar-se ao entendimento minoritário<sup>194</sup>, confira-se o registro do professor Paulo Rangel sobre essa corrente adotada pela maior parte da doutrina:

“Parte majoritária da doutrina entende que o juiz estará proibido de prolatar uma sentença com condenação superior à que foi dada no primeiro julgamento. Pois, se assim agir, estará, por via oblíqua, coarctando o direito de ampla defesa do réu que, ao tomar ciência da decisão, se soubesse que, exercendo um direito constitucional de ampla defesa, sua situação poderia se agravar, não teria recorrido. Haveria uma *reformatio in pejus* indireta.”<sup>195</sup>

Sem adentrar o mérito da controvérsia na seara penal, parece-nos que os mesmos fundamentos acima indicados apontam para a vedação da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores. Afinal, conforme verificamos, o princípio tem bases em direitos fundamentais atribuídos pela Constituição Federal aos acusados em geral, seja em processos judiciais como administrativos. Decorre, ademais, da essência de

---

<sup>193</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 683.: “Também é vedada a denominada **reformatio in pejus indireta**. Anulada uma decisão em face de recurso exclusivo da defesa, não é possível, em novo julgamento, agravar a sua situação. 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.”

<sup>194</sup> Sobre os fundamentos do entendimento minoritário, vide RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 749 ss.

<sup>195</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 748.

um processo acusatório, o qual, ainda que não plenamente alcançado, é modelo que deve servir de norte para todo processo que tenha em vista a investigação de fatos delituosos e a correspondente imposição de uma punição legal, de forma justa e imparcial.

Embora, em razão da proximidade existente entre processo penal e processo administrativo sancionador, em princípio nos bastasse essa análise da vedação à *reformatio in pejus* em âmbito penal, parece-nos pertinente promover breve análise da sua aplicação do Direito Processual Civil. Afinal, do estudo do princípio nos dois principais sistemas processuais existentes, acreditamos obter elementos para a formação de uma conclusão mais segura no que tange aos processos administrativos.

#### 4.3. Aplicação no processo civil

No âmbito do processo civil, a vedação à *reformatio in pejus* é igualmente reconhecida<sup>196</sup>, como uma decorrência direta do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz depende, na instrução da causa, das provas e alegações disponibilizadas pelas partes<sup>197</sup>. Como se sabe, em regra, não é dado ao Juízo agir de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), concedendo prestação jurisdicional a quem não a requereu. A prestação jurisdicional está adstrita ao pedido formulado pela parte, nos termos fixados na petição inicial, não se admitindo sentença que conceda objeto diverso daquele pleiteado (*extra petita*), ou em quantidade distinta (*ultra petita* ou *infra petita*), sob pena de abuso de poder<sup>198</sup>.

Na fase recursal, a matéria impugnada é devolvida ao órgão *ad quem*, para que a conheça e proceda a sua revisão. Trata-se do efeito devolutivo dos recursos, manifestação direta do princípio dispositivo, uma

---

<sup>196</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v.I – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 611.

<sup>197</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 65.

<sup>198</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 429.

vez que, na fase recursal, verifica-se a formulação de um novo pedido, qual seja o pedido de nova decisão, reformando ou anulando a sentença recorrida. E essa pretensão recursal fixa os limites e a esfera de devolutividade do recurso, conforme o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>199</sup>.

Assim, em linhas gerais, no processo civil o juiz só atua mediante e nos limites da postulação das partes, não havendo espaço para que reforme uma decisão em prejuízo do único recorrente. Como o interesse da parte ao interpor o recurso é o de melhorar a sua situação, reformando a decisão em seu benefício, este é o objeto do seu pedido, ao qual o juiz fica adstrito<sup>200</sup>. Uma decisão que, nesta situação, procedesse a *reformatio in pejus*, seria *ultra* ou *extra petita*, o que não se coaduna com a estrutura do processo civil brasileiro<sup>201</sup>.

Ademais, a exemplo do que ocorre no processo penal, nem mesmo se o recorrente formular pedido em seu próprio prejuízo poderia ocorrer a *reformatio in pejus*. No caso, embora haja uma provocação do Juízo no sentido de reformar para pior uma decisão, falta ao recorrente o necessário interesse recursal, e ao recurso um requisito fundamental para a sua admissão:

“José Carlos Barbosa Moreira acrescenta que, caso fosse admitida a *reformatio in pejus*, o recurso da parte seria inadmissível, por ausência de requisito de admissibilidade recursal; melhor explicando: a parte não teria interesse recursal, pois este decorre da utilidade prática do recurso em tese, que não se apresentaria no caso, tendo em vista a possibilidade de a nova decisão ser menos vantajosa.”<sup>202</sup>

Portanto, nem mesmo no processo civil é admitida a reforma para pior, como consequência do princípio devolutivo, que vincula a decisão do

<sup>199</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 429.

<sup>200</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 67.

<sup>201</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, v.I – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 44ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 611.

<sup>202</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 67.

juiz ou Tribunal ao pedido formulado pela parte. A aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* é reconhecida na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores. Confira-se, exemplificativamente, trecho de acórdão em que se discutia a data inicial de incidência de juros, no qual, embora constatada uma irregularidade na decisão recorrida, não se procedeu à sua reforma, que prejudicaria o único recorrente:

“Direito civil. Ação de indenização por danos morais decorrentes da inscrição indevida do nome do autor em cadastros de inadimplência. Pedido julgado procedente. Execução do julgado. Discussão a respeito do *dies a quo* para a fixação dos juros. Hipótese de ato ilícito, e não de ilícito contratual.

(...)

A hipótese dos autos, porém, apresenta uma peculiaridade. O acórdão recorrido fixou o *dies a quo* para a incidência dos juros na data da citação para o processo de conhecimento. O recurso especial interposto a fls. 121 e ss., foi manejado apenas pela instituição financeira. O objetivo era do modificar o julgado para que, de duas, uma: ou se fixasse a incidência dos juros a partir do momento da citação na ação de execução; ou que eles fossem fixados a partir do trânsito em julgado do acórdão que estabeleceu a condenação. **Importante notar que não há recurso da parte contrária** visando adaptar o acórdão recorrido à orientação contida na Súmula nº. 54/STJ.

**Ora, sendo assim, não é possível aplicar integralmente a orientação contida na súmula, sob pena de prover-se *reformatio in pejus*.**” (grifo nosso)<sup>203</sup>

Concluímos, assim, que, a exemplo do que ocorre no processo penal, a *reformatio in pejus* não é admitida no processo civil. Ressalte-se, aliás, que tal vedação não decorre de qualquer dispositivo expresso da legislação, mas da estrutura do sistema processual e da própria lógica recursal. De toda forma, analisado o princípio de *non reformatio in pejus* nesses dois grandes sistemas processuais, parece-nos adequado passar ao seu exame nos processos administrativos e, em particular, naqueles de índole sancionatória.

<sup>203</sup> STJ, REsp 660459/RS, Rel. (para o acórdão) Ministra Nancy Andrighi, 20 ago. 2007

## **5. *Reformatio in Pejus* nos Processos Administrativos Sancionadores**

### **5.1. Introdução ao tema**

Questão controvertida, cujo exame é precisamente o objetivo final da presente exposição, consiste na aplicabilidade do princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos. Interessa-nos, particularmente, a incidência do referido princípio nos processos que objetivam a imposição de uma sanção administrativa, enquanto garantia de que do recurso administrativo não decorrerá o agravamento da penalidade imposta ao recorrente.

Os recursos administrativos são instrumentos de controle interno dos atos administrativos, manejados por provocação dos administrados<sup>204</sup>. Consistem em pedidos formais de reexame dos atos administrativos, devolvendo-os à reapreciação da autoridade sob seus aspectos de legalidade e mérito<sup>205</sup>. Consistem, portanto, em mecanismos de controle interno de legalidade e de legitimidade dos atos da Administração Pública, caso se voltem para o reexame de mérito (motivo e objeto discricionários) ou de legalidade (elementos vinculados e aspectos discricionários contrastantes com a ordem jurídica)<sup>206</sup>.

Não obstante, os recursos administrativos são também um direito do administrado que, ao menos quando legalmente assegurados, decorre da norma constitucional que assegura a processualidade na esfera administrativa, estendendo aos processos administrativos as garantias conferidas em processos judiciais. Neste sentido, diferenciam-se comumente os recursos em matéria sancionatória e aqueles que não

---

<sup>204</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.361.

<sup>205</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.568.

<sup>206</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.565.

possuem tal característica, de forma que para os primeiros vigorem garantias de processo penal, e para os segundos as de processo judicial civil. Confira-se a lição de Lúcia Vale Figueiredo:

“Com efeito, a Constituição da República inova, substancialmente, no pertinente ao “processo” administrativo (art. 5º, inciso LV), pois a este pretende sejam dadas as mesmas garantias do processo judicial.

(...)

Deveras, se os recursos forem interpostos de decisões emanadas em procedimentos administrativos (nominados ou inominados), que não relativos a punições disciplinares ou sanções administrativas, devemos entender que as garantias deverão ser as do processo judicial civil. Enquanto que para os últimos (os disciplinares e sancionatórios) deverão vigor as garantias do processo judicial penal”.<sup>207</sup>

Tendo em mente esse efeito da processualidade no que tange aos recursos administrativos, examinamos, no capítulo anterior, a questão da reforma para pior como consequência de recursos nas esferas civil e penal. Como vimos, a vedação à *reformatio in pejus* se verifica, ainda que com diferentes contornos e fundamentos, nos processos civis e penais, como uma garantia decorrente dos pressupostos para a consecução do decido processo legal. No entanto, em sendo nosso foco os recursos administrativos em matéria sancionatória, parece-nos de todo pertinente, por tudo o que se expôs no decorrer dessa obra, que nosso estudo tenha se voltado mais detidamente à reforma para pior nos processos criminais.

Não obstante, a mera aplicação direta de princípios e garantias inerentes ao processo penal no processo administrativo sancionador, a despeito da proximidade essencial entre ambos, não é pacificamente aceita. Já apontamos, em momento oportuno, que, embora se reconheça a semelhança, há quem entenda que, por se tratar de regimes jurídicos distintos, a comunhão de princípios e garantias deve ser examinada com cuidado, sob pena de ignorar as especificidades de cada qual. Neste sentido, faz-se imperativo o exame detido e cuidadoso do princípio de *non reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores.

---

<sup>207</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 362.

Ademais, embora o conhecimento acumulado no decorrer dos capítulos anteriores advogue pela vedação da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, como uma consequência da necessária observância de princípios e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, parece-nos fundamental analisar as diferentes correntes existentes acerca do tema, posto que todas muito bem representadas e fundamentadas em argumentos pertinentes. Além disso, não se poderia olvidar de certas especificidades de enfrentamento necessário, sob pena de simplificar por demais questão amplamente discutida, cujas incertezas ainda geram dúvidas no curso dos processos administrativos.

## 5.2. Delimitação da controvérsia

Para fins didáticos, é possível agrupar os diversos posicionamentos existentes acerca do tema em três correntes principais, dentre as quais duas diametralmente antagônicas e uma terceira intermediária, que busca conciliar os princípios clássicos da Administração Pública com as garantias fundamentais a serem observadas nos processos judiciais e administrativos. Embora se verifique uma tendência de repúdio à *reformatio in pejus* dentre os administrativistas mais modernos, principalmente em razão da valorização dos princípios e da irradiação dos valores constitucionais aos demais ramos do Direito, é profunda a divergência quando examinada a doutrina administrativista mais tradicional, tendo em conta os princípios que informam o regime jurídico da Administração Pública.

Com efeito, sustentam alguns autores clássicos que a *reformatio in pejus* é amplamente admitida nos processos administrativos em geral, com fundamento, basicamente, nos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da oficialidade e da verdade material<sup>208</sup>. Para essa corrente, a possibilidade de reforma para pior decorreria, na verdade, da

---

<sup>208</sup> Nesse sentido, defendendo a possibilidade da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo em geral, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 674.

liberdade conferida à Administração Pública de rever os seus próprios atos, o que lhe autorizaria modificá-lo ou invalidá-lo segundo critérios de conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa), ou mesmo para corrigir uma ilegalidade cometida (atividade vinculada)<sup>209</sup>. Passemos a examinar esses argumentos detidamente.

Conforme exposto com maior profundidade anteriormente, a Administração Pública deve atuar de forma vinculada, em razão do sentido específico assumido pelo princípio da legalidade quando dirigido ao administrador. Diferentemente do particular, cuja relação com a lei é preponderantemente restritiva de direitos e liberdades, a lei para a Administração estabelece as suas prerrogativas. Por isso se diz que ao particular é dado fazer tudo o que a lei não lhe vede, enquanto à Administração atuar apenas nos limites autorizados pela lei.

Neste sentido, o atuar da Administração é, em grande medida vinculado aos requisitos expressos na lei<sup>210</sup>, o que resulta, ademais, no dever de autotutela de seus próprios atos, podendo a Administração anulá-los quando eivados de ilegalidade.

A estrita observância da legalidade, tradicionalmente traduzida neste atuar vinculado ao texto legal, também autorizaria a reforma para pior em decorrência da aplicação do dispositivo expresso da Lei 9.784/99, que, em seu artigo 64, teria admitido a hipótese:

“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>209</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 674.

<sup>210</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 117.



Da mesma forma, a idéia de supremacia do interesse público<sup>211</sup> obriga os agentes administrativos a agirem em prol do interesse coletivo, de acordo com os fins legais, não podendo deles se afastarem. Em sua concepção clássica, representa a superposição do interesse público sobre quaisquer interesses privados, e, nos processos administrativos, impõe a busca da verdade real como forma de consecução desses fins públicos.

Essa busca da verdade material, também objetivada nos processos judiciais criminais, autorizaria a Administração, a qualquer tempo, a rever o processo como um todo, reapreciando provas ou mesmo produzindo provas novas, não estando adstrita aos elementos encerrados nos autos. Por perseguir essa verdade material, poderia a Administração, em fase de recurso, entender pelo agravamento da situação do recorrente, caso verificasse razão para tanto.

Finalmente, permitiria a reforma para pior o princípio administrativo da oficialidade, ou livre impulsão. Tal princípio, também presente nos processos penais em geral, decorre da indisponibilidade dos interesses em jogo, e determina que, instaurado o processo, ainda que por provocação do particular, cabe à Administração movimentá-lo até o seu deslinde final<sup>212</sup>. Ademais, como decorrência do dever de impulsão oficial e da observância da legalidade, cabe à Administração proceder à correição de atos administrativos viciados de ilegalidade. Neste sentido, permitimo-nos a remissão ao autor espanhol, Agustín Gordillo, e à sua lição sobre o princípio da oficialidade:

---

<sup>211</sup> Sobre a crise por que passa o princípio da supremacia do interesse público e a noção de um interesse público abstrato e contrário aos indivíduos e seus direitos, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005

<sup>212</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. tomo: La defensa del usuario y del administrado. 5ªed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. IX – 38.: “*En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde prácticamente en todos los casos a La administración. Ello es así porque en La actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente in interés individual sino también un interés colectivo y El propio interés administrativo.*”

“Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga y no está obligada a ceñirse únicamente a los puntos reclamados por el particular o usuarios; si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por los recurrentes, debe también revocar el acto por esos vicios.”<sup>213</sup>

Adstritos, portanto, aos princípios clássicos dos processos administrativos e da Administração Pública, defende essa primeira corrente a ampla liberdade dos órgãos públicos para rever atos administrativos de sua competência, o que, evidentemente, autorizaria a reforma de uma decisão administrativa para agravar a situação do administrado, mesmo nos casos em que somente este interpôs recurso. Como a Administração não estaria vinculada às razões de recurso, mas sim à lei e ao interesse público, seu julgamento assume contornos consideravelmente vastos.

Ademais, como o artigo 64, da Lei 9.784/99, sujeita o agravamento da situação do administrado à prévia ciência e abertura de prazo para defesa, há autores que entendem que a reforma para pior, realizada conforme previsto na lei, não violaria as garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Conferindo superioridade a outro grupo de princípios, consagrados como garantias fundamentais pela Constituição Federal de 1988, uma segunda vertente doutrinária defende a impossibilidade da *reformatio in pejus* em processos administrativos, com fundamento no devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica<sup>214</sup>. Com efeito, além de incidentes em quaisquer processos judiciais ou administrativos, por força do texto constitucional, os referidos princípios também são expressamente

---

<sup>213</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. tomo: La defensa del usuario y del administrado. 5ªed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. IX-40.

<sup>214</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.455.

previstos pelo artigo 2º, da Lei nº. 9.784/99, que estabelece as normas gerais do processo administrativo federal<sup>215</sup>.

Como expusemos aprofundadamente no segundo capítulo, a Constituição Federal expandiu expressamente a garantia de um devido processo legal aos processos administrativos, conferindo a todos os litigantes e acusados os direitos de defesa ampla e exercício do contraditório, com todos os meios e recursos correspondentes.

Assim, como o recurso encerra uma garantia do particular em face da superioridade do Estado, de forma a proteger-se de eventuais arbitrariedades, nenhum sentido jurídico teria a possibilidade de o superior hierárquico, ou órgão colegiado competente ao apreciar e julgar o recurso, promover o agravamento da situação do agravado e, no caso de processos sancionadores, da pena imposta em primeiro grau.

Com base nesses argumentos há doutrinadores que, embora apegados aos princípios clássicos da Administração e inclinados a reconhecerem a possibilidade de reforma para pior em recursos administrativos, entendem por vedá-la em processos em que se verifique uma relação litigiosa, sobretudo se relacionados à imposição de uma sanção. Neste caso, traçando um paralelo com o processo penal, e identificando em ambos uma natureza investigativa e punitiva, não se poderia deixar de aplicar aos processos administrativos sancionadores o princípio de *non reformatio in pejus*<sup>216</sup>. Esse posicionamento restritivo de aplicação do princípio em processos “quase contenciosos” é defendido, dentre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujo ensinamento merece destaque:

“Igualmente, a *reformatio in pejus* não é interdita ao Direito Administrativo, sob pena de frustrar ação fiscalizadora ou diretora dos órgãos de controle e

---

<sup>215</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>216</sup> Defendendo a possibilidade da *reformatio in pejus* ao menos no âmbito do processo administrativo sancionador, vejam-se: SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005, p. 75; Helena Marques Junqueira, “A *reformatio in pejus* no processo administrativo”. In: Lucia Valle Figueiredo (coord.), *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 111-112.

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 do próprio interessado em processos quase contenciosos.”<sup>217</sup>

Identificados os principais posicionamentos existentes na doutrina, agrupados para melhor exame, e esmiuçados os argumentos que lhes servem de sustentação, resta-nos desenvolver as razões pelas quais, ao menos nos processos administrativos sancionadores, há que se reconhecer a aplicação do princípio de *non reformatio in pejus*, que, em sua essência, encerra necessária limitação ao poder punitivo estatal, além de efetivamente garantir ao administrado a utilização de todos os meios processuais e recursos existentes para se defender das acusações que lhe tenham sido dirigidas.

### **5.3. Vedação da *reformatio in pejus* no processo administrativo sancionador**

Como nos parece, a aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores decorre logicamente de todo o exposto no decorrer deste trabalho, conforme procuraremos evidenciar a seguir.

Com efeito, admitir-se a *reformatio in pejus* provocada por recurso do acusado consiste em defender a violação dos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório, os quais devem ser observados nos processos administrativos e, com maior razão, nos processos de cunho punitivo. Ademais, acarretaria franca afronta aos princípios inerentes aos processos administrativos, sobretudo à segurança jurídica e ao dever de boa fé, que impõe ao Poder Público, em última medida, a obrigação de corresponder à legítima expectativa dos particulares.

---

<sup>217</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *apud* 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. 149.

A admissão da *reformatio in pejus* ofende, em primeiro lugar, o direito fundamental do acusado à ampla defesa, assegurado, junto ao direito de contraditório, pela Constituição Federal, em dispositivo cuja transcrição nunca é excessiva:

“Art. 5º. (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Os litigantes e acusados, inclusive em processos administrativos, têm, portanto, a garantia de utilização de todos os “meios e recursos” inerentes à ampla defesa, isto é, de todos os instrumentos legais cabíveis para demonstrar que não praticou as infrações que lhe sejam imputadas, ou que, em as tendo praticado, deve ser reduzida a sanção que se lhe pretenda impor. Garante-se, assim, que ao acusado serão conferidos todos os instrumentos e oportunidades para se defender adequadamente.

Neste particular, ressalte-se que há quem defenda a existência de um efetivo direito constitucional ao recurso, como decorrência da interpretação do dispositivo acima transcrito. Assim, tendo a Constituição Federal garantido aos litigantes e acusados o uso dos meios, e também dos recursos, como instrumentos inerentes à ampla defesa, teria sido consagrado um direito ao duplo grau, ao menos em processos litigiosos.

Para os fins da presente obra, contudo, basta perceber que, independentemente de se entender ou não pela existência de um direito constitucional ao recurso, fato é que, nos processos em que o recurso é legalmente previsto, este passa a integrar o conjunto de meios de defesa garantidos à parte. Portanto, em sendo prevista uma fase recursal, surge ao acusado o direito de se utilizar do recurso para promover a sua defesa e buscar a reforma de uma decisão que lhe tenha sido prejudicial. O recurso existe em benefício da parte recorrente.

Ora, admitir que o órgão revisor, judicial ou administrativo, ao apreciar um recurso, reforme uma decisão em prejuízo do recorrente, significaria aceitar que do exercício de um meio de defesa pudesse resultar um prejuízo para a situação do particular. Seria admitir que os instrumentos de defesa garantidos ao acusado poderiam valer para prejudicá-lo, o que invalida, ao menos parcialmente, a própria essência do instituto.

Ademais, se acolhida a possibilidade de *reformatio in pejus*, esta funcionaria como evidente desestímulo à utilização dos recursos legalmente previstos<sup>218</sup>, causando no acusado, cujos direitos e liberdades estão sob ameaça no processos sancionador, a insegurança de não saber se de um instrumento de defesa que lhe é garantido irá resultar o agravamento de uma sanção que lhe foi imposta. Se assim entendido, poderíamos dizer que o ordenamento jurídico concederia um direito com uma mão e o tiraria com a outra, esvaziando e reduzindo o instituto a uma mera previsão legal formal e ineficaz.

Há que se lembrar que as garantias fundamentais conferidas aos acusados existem e tiveram notável maturação no Direito Penal justamente porque, a despeito do transcendentalismo que por vezes afeta o pensamento teórico, as instituições e os órgãos julgadores são compostos por homens e, portanto, suscetíveis à falibilidade. Estivéssemos lidando com uma justiça ideal e utópica, em que a verdade real fosse sempre revelada e a pena a justa medida da punição necessária, sequer seria necessário falar em recursos. No entanto, na medida em que a atividade processante e julgadora, embora parcialmente vinculada, é também imbuída de grande dose de subjetividade e discricionariedade, é inadequado relegar a fatores pessoais e ânimos momentâneos a completa decisão sobre a situação jurídica de alguém. Essa é uma das razões que justificam, a nosso ver, os recursos, isto é, a prevenção de falhas ou arbitrariedades.

---

<sup>218</sup> JUNQUEIRA, Helena Marques, *A reformatio in pejus no processo administrativo*. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p 111.

No entanto, tudo isso cairia por terra se fosse permitido ao órgão recursal revolver todo o processo, reformando para pior sem que haja um recurso qualquer pleiteando essa providência. Dentro do campo de discricionariedade e avaliações subjetivas, ainda que respaldadas pela figura do interesse público, se estaria conferindo ao órgão revisor um poder sancionador direto, o qual não passa pelo crivo de qualquer meio de controle. Diferentemente da primeira decisão, que pôde ser impugnada por recurso, admitir-se-ia uma decisão que, analisando diretamente os fatos e fundamentos, sem qualquer limitação, não estivesse mais sujeita a recurso. Além disso, liberdade literária concedida, seria como buscar socorro a alguém cuja identidade, se anjo ou demônio, não fosse previamente conhecida.

Mais do que isso, a ampla defesa restaria violada<sup>219</sup> porque, salvo se reconhecida alguma ilegalidade no processo administrativo, essa decisão de segunda instância administrativa que entendeu discricionariamente pelo agravamento da sanção, não estaria submetida a qualquer controle administrativo ou judicial. O próprio recorrente, utilizando-se de um meio de defesa, estaria oferecendo à Administração Pública a oportunidade de, em um momento cronológico evidentemente mais distante daquele em que ocorreram os fatos investigados, reavaliar totalmente o seu primeiro julgamento, inclusive para, eventualmente, castigá-lo com maior veemência.

Parece-nos, assim, que a *reformatio in pejus* seria uma prerrogativa promotora de arbitrariedades e injustiças, ainda que, em alguns casos, possa permitir à autoridade aproximar-se da verdade. O risco de arbitrariedades, contudo, é o quanto basta para que entendamos pela sua vedação, tal como

---

<sup>219</sup> HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p. 210.: “O princípio da ampla defesa seria obstativo da *reformatio in pejus*, pois a CF assegura o direito de recorrer como uma extensão do direito à ampla defesa. A permissão da reforma em prejuízo implicaria um desestímulo ao direito de recorrer e, conseqüentemente, ao exercício do direito de defesa, que não poderia ser tolerado pelo sistema constitucional brasileiro.”

ocorre nos processos criminais, igualmente pautados pela indisponibilidade dos interesses, e pela busca pela verdade material.

Parece-nos, ainda, que a *reformatio in pejus* representa afronta direta ao princípio do contraditório, igualmente previsto pela Constituição Federal e examinados no terceiro capítulo desta obra.

Como tivemos a oportunidade de conceituar em oportunidade anterior, o contraditório traduz a garantia de manifestação de argumentos próprios, sendo formado, consoante a doutrina processualista clássica, pelos elementos informação e reação. O contraditório é um dos principais instrumentos existentes para que se garanta a imparcialidade do julgador, que terá a oportunidade de ponderar pontos de vista antagônicos livremente manifestados no processo.

Ocorre que, admitindo-se a *reformatio in pejus*, se estaria ferindo todos esses elementos, uma vez que, em não havendo recurso da acusação pleiteando a reforma para pior, faltaria ao acusado o prévio conhecimento das razões da decisão. Ademais, os fundamentos para o agravamento de sua situação não teriam sido por ele contraditados, posto que sequer lhe seria possível vislumbrar a hipótese no momento da interposição de seu recurso. Tomando ciência do agravamento de sua sanção no momento da decisão do recurso por ele interposto, o administrado não teria podido contraditar os pressupostos daquela decisão, o que, em certa medida, também nos remete à violação à ampla defesa<sup>220</sup>.

Contrariando o que se expôs, há autores que admitem a *reformatio in pejus*, contanto que, antes de proferida a decisão final, seja aberta ao recorrente a oportunidade de se defender das razões da reforma. Essa, aliás, parece ser a opção legislativa, conforme uma análise perfunctória do artigo

---

<sup>220</sup> HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p.209.: “O princípio do contraditório é formado por dois elementos: a) informação; b) reação. (...) Esse princípio é aplicável ao processo administrativo em virtude do que dispõe o inc. LV, do art. 5º da CF e serve de óbice à reforma em prejuízo. É que a *reformatio in pejus* aniquila por completo ambos 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 elemento porque a ausência de informação inviabiliza qualquer reação antes da decisão final, o que piora a situação jurídica do recorrente.”



64, e parágrafo único, da Lei 9.784/99. Não obstante, parece-nos que a notificação prévia do agravamento da sanção e abertura de prazo para defesa não suprem as exigências impostas pelo devido processo legal<sup>221</sup>, pois, mesmo nessas circunstâncias, não poderia o acusado exercitar sua defesa em igualdade de condições, de forma ampla e sob o crivo do contraditório.

De fato, com a *reformatio in pejus*, se estaria autorizando a autoridade julgadora do recurso, segundo suas próprias convicções<sup>222</sup>, a agravar a situação do acusado. Não haveria a figura de um terceiro acusador, pois inexistente o recurso pleiteando a reforma da decisão para pior. Portanto, órgãos julgador e acusador se confundiriam em um mesmo ente público, rompendo com a imparcialidade do julgamento e, evidentemente, com a paridade de armas que deve existir em qualquer processo acusatório. Aberta a oportunidade de manifestação prévia sobre a reforma para pior, as razões de defesa do acusado, se contraporiam às razões e convicções do próprio ente julgador do recurso, de forma que ampla defesa e contraditório não estariam sendo efetivamente assegurados senão na letra fria da lei<sup>223</sup>.

“(...) a mera oportunidade para que o administrado seja ouvido antes da decisão de agravamento não é suficiente para garantir o direito de ampla defesa e tem o

---

<sup>221</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005 p 70 citar “Para estes autores, portanto, não há violação da ampla defesa e do contraditório, caso a Administração, ao prever a possibilidade de agravamento da situação do administrado, no julgamento de seu recurso, conceda prazo para nova manifestação. Data venia da opinião dos eminentes professores, entendemos que este novo prazo não remedeia a violação da ampla defesa, não deixa de inibir o uso do direito ao recurso, pois não impede que a iniciativa do administrado leve ao agravamento de sua própria situação.”

<sup>222</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 772. O autor faz interessante distinção entre controle de legalidade por parte da Administração Pública sobre atos administrativos e substituição de sanções por critérios meramente subjetivos.

<sup>223</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 772.: “Trata-se de violação da ampla defesa e do contraditório, pois funciona como uma ameaça velada ao direito de recorrer, inibe a reação do administrado. A concessão de uma nova oportunidade de manifestação, prévia à reforma para pior, não remedeia a violação acima, porque não impede que a iniciativa do administrado leve ao agravamento da sua própria sanção.”

sério inconveniente de, ao permitir a *reformatio in pejus*, poderá causar um desestímulo à utilização do constitucional direito de recurso.”<sup>224</sup>

A outra razão que vislumbramos pela qual a *reformatio in pejus* não deve ser admitida em processos administrativos sancionadores repousa no princípio da segurança jurídica e no dever de boa-fé da Administração Pública em face da legítima expectativa dos administrados. Afinal, cabe à Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, zelar pela manutenção de um ambiente de previsibilidade e segurança em suas relações com os particulares.

Embora não constem expressamente do texto constitucional, segurança jurídica e boa-fé sempre foram consideradas princípios constitucionais implícitos, aplicáveis ao Direito Administrativo. São, na verdade, da essência do Estado de Direito, e fins perseguidos pelo próprio Direito. A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello merece transcrição:

“Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

(...)

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.”<sup>225</sup>

Assim, pelos princípios da segurança jurídica e boa-fé, não pode a Administração Pública mudar um entendimento ou orientação firmada com vistas a sancionar o administrado por fatos já ocorridos. Para que mude seu entendimento, deve fazê-lo segundo os ditames da publicidade, e este só se aplicará a casos futuros. Aos casos pretéritos deverá ser aplicada a antiga

<sup>224</sup> JUNQUEIRA, Helena Marques, *A reformatio in pejus no processo administrativo*. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 111-112.

<sup>225</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 120.

orientação, sob pena de ferir uma legítima expectativa do administrado, confiscando-lhe a previsibilidade sobre os próprios atos. É, aliás, por essa razão, que, em processos administrativos, não pode a Administração alterar, no curso de um processo, entendimento consolidado por reiterados julgamentos já realizados, com vistas a sancionar ou agravar a situação do administrado. Essa mudança de interpretação só terá aplicação a processos futuros.

Parece-nos que, no mesmo sentido, se proferida uma decisão administrativa dela não recorrem os órgãos administrativos de acusação para buscar o agravamento da sanção cominada, consolida-se a segurança do administrado quanto à sua situação, posto que conhece a exata punição que lhe foi imposta. É, aliás, com base nesta mesma sanção, em seus fundamentos e em sua gravidade, que o acusado formulará as suas razões recursais, como mecanismo de defesa contra um ato administrativo que lhe é prejudicial. A partir deste momento, o que se espera da acusação é a defesa do ato administrativo sancionador contra o recurso do acusado, com vistas a manter o ato, impedindo sua reforma ou invalidação. Da mesma forma, não seria de se esperar que, restando a acusação inerte, pudesse a sanção administrativa ser agravada<sup>226</sup>.

Parece-nos, ademais, que esses contornos atribuídos aos princípios constitucionais se coadunam com a proximidade que apontamos anteriormente entre as sanções penais e as sanções administrativas. Se no processo penal pós-beccariano se construiu a garantia de que não se reformará para pior em decorrência de recurso interposto pelo réu<sup>227</sup>, com fundamento nos ditames de um devido processo legal e como um dos

---

<sup>226</sup> Neste sentido, confira-se HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p. 210.: “Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz afirmam que “o princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição”. Essa dimensão que assume o princípio da segurança jurídica serve para impossibilitar a *reformatio in pejus*. É que a permissão da reforma em prejuízo teria por condão gerar instabilidade jurídica em virtude de manifestações contraditórias por parte da Administração Pública.”

<sup>227</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 165.

desdobramentos da percepção de que o poder punitivo do Estado carecia de limitações, o mesmo deve ser reconhecido às outras manifestações desse *ius puniendi*. Se as sanções penais e sanções administrativas não são ontologicamente distintas, e sabedores de que hoje é corrente o entendimento de que aos processos administrativos sancionadores aplicar-se-ão os princípios de Direito Penal, o mesmo deverá ocorrer com o princípio de *non reformatio in pejus*, consagrado e indiscutível na seara criminal. Confira-se o clássico ensinamento do jurista José Maria Quirós Lobo, neste sentido:

“É um princípio geral de nosso Direito no âmbito sancionador, tanto penal como administrativo, que nas segundas ou sucessivas instâncias, qualquer que seja a natureza do recurso utilizado, ordinário ou extraordinário, não se pode agravar a condenação do recorrente acima do que havia imposto a sentença impugnada, salvo se a parte contrária - em suma, o acusador - tiver recorrido independentemente, ou se aderir a recurso já formulado. Isto acarreta a vinculação do Juiz ad quem ou superior pelos limites subjetivos e objetivos que hajam marcado a acusação e a defesa, neste último grau jurisdicional.”<sup>228</sup>

Entre nós, confira-se a lição de Helena Marques Junqueira:

“Ocorre, porém, que, justamente pela natureza punitiva que lhe é predominante, figuram os servidores ou administrados na posição de ‘acusados’, devendo prevalecer o fiel cumprimento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A real obediência a esses princípios se dará com a efetiva possibilidade de defesa e produção de provas pelos ‘acusados’ e, também, à possibilidade de recurso, quando a decisão não lhe for favorável.

Desse modo, é consenso entre a maioria da doutrina a total proibição da *reformatio in pejus*, para os processos disciplinares ou sancionatórios.”<sup>229</sup>

Pioneiros no entendimento de que a pretensão punitiva do Estado é una e, como consequência, na identificação de princípios constitucionais inerentes a qualquer manifestação de poder punitivo, comuns ao Direito

<sup>228</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p. 150.

<sup>229</sup> JUNQUEIRA, Helena Marques, *A reformatio in pejus* no processo administrativo. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 108.

Penal e ao Direito Administrativo sancionador<sup>230</sup>, doutrina e jurisprudência espanholas enfrentam com naturalidade a impossibilidade de que se proceda a *reformatio in pejus* nos processos administrativos punitivos, com a mesma veemência com que o faz a doutrina pátria na seara criminal. O registro conjunto dos autores Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández acerca do desenvolvimento do princípio de *non reformatio in pejus* nos processos administrativos em geral, sobre aquele ordenamento jurídico alienígena, é exemplar e merece destaque:

“Un cierto sector de la doctrina (GUAITA, MENDOZA) y alguna jurisprudencia (...) creyó ver en el tenor literal del artículo 119 LPA (...) una cobertura formal para la posibilidad de reformar *in pejus* los actos administrativos objeto de un recurso de esta clase.

(...)

Esta conclusión era, evidentemente muy grave, por lo que nos opusimos enérgicamente a ella en ediciones anteriores de esta obra, con tanta mayor razón cuanto que el citado artículo 119 LPA, que no la consagraba expresamente, era susceptible de una interpretación distinta, más razonable y más acorde también con la esencia de la institución.

(...)

Esta tesis fue finalmente acogida por la jurisprudencia en una importante Sentencia de 10 de abril de 1972, a la que luego siguieron otras muchas (de 24 de enero y 15 de febrero de 1973, 16 de abril de 1975, 21 de mayo de 1977, 7 de febrero de 1980, 7 de julio de 1982, 8 de octubre de 1984, 14 y 31 diciembre de 1990, 14 de mayo de 1998, etc.), todas ellas contrarias, como regla general, a la posibilidad de *reformatio in pejus*.<sup>231</sup>

Conforme registram os autores espanhóis, a celeuma que se havia estabelecido na doutrina e jurisprudência, posteriormente solucionada pelos tribunais espanhóis em sucessivos julgados, foi posteriormente formalmente resolvida, com a promulgação da nova lei de processo administrativo na Espanha. Alterado o dispositivo que causava discórdia e interpretações incoerentes com a finalidade dos recursos administrativos<sup>232</sup>, a vedação à

<sup>230</sup> A tese da unidade da pretensão punitiva do Estado foi examinada no terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>231</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. p. 532.

<sup>232</sup> Dispunha o artigo 119, da LPA, que o órgão competente estava autorizado a decidir “*cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados*”, o que foi entendido por muitos como uma cobertura formal para que se procedesse à reforma para pior. Posteriormente, o artigo 113.3, da LPC, de 1999, em compasso com a construção jurisprudencial espanhola, solucionou a questão sobre a *reformatio in pejus*, ficando estabelecido que a decisão

*reformatio in pejus* nos processos administrativos passou a ser expressamente prevista pela norma legal, consoante já proclamava a jurisprudência desde longa data:

“La *reformatio in pejus* queda así formalmente proscrita, sin otra excepción posible que la existencia de recursos cruzados, de signo contrario, interpuestos por interesados con pretensiones diferentes, en cuyo caso, claro está, la posible agravación de la situación inicial de uno de ellos no resultaría de la iniciativa de la Administración, sino, más bien, de la acción impugnatoria de sus eventuales adversarios.”

No Direito brasileiro, por sua vez, a aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* nos processos administrativos encontra opositores de peso, tais como Hely Lopes Meirelles e Carlos Ari Sundfeld<sup>233</sup>. Conforme indicamos anteriormente, a opinião dos eminentes professores é a de que a reforma para pior estaria albergada e seria consequência natural da liberdade conferida à Administração Pública de rever os seus próprios atos. Ademais, respaldam seu entendimento nos princípios materiais e processuais administrativos da legalidade, oficialidade, verdade material, indisponibilidade e supremacia do interesse público. Assim, contudo, não nos parece.

Examinando cuidadosamente tais argumentos, nos ocorre, primeiramente, que os princípios da verdade material<sup>234</sup>, oficialidade e indisponibilidade também informam o processo penal, para não mencionar a necessária observância da legalidade. No entanto, a evolução do processo penal consagrou a regra de vedação de reforma para pior, porque necessária

---

deve ser congruente com os pedidos formulados pelos recorrentes, sem que seja agravada a situação inicial, salvo havendo pedido da parte oposta neste sentido.

<sup>233</sup> HARGER, Marcelo, O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004. p. 211.

<sup>234</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005 p 70 : “[...] o princípio da verdade material também informa o processo penal, e nem por isso está autorizada a *reformatio in pejus*, que é vedada, inclusive, por disposição expressa do Código de Processo Penal. O processo administrativo disciplinar e sancionatório possuem a mesma natureza punitiva do processo penal, ambos estão informados pelos mesmos princípios da ampla defesa e do contraditório. Não há nada que justifique tratamento diferenciado, pois os direitos a serem resguardados são os mesmos, assim como a proteção conferida pela Constituição.”

ao exercício da ampla defesa, com todos os instrumentos disponibilizados pela lei. Ora, se esses princípios, embora com diferentes matizes, têm aplicação comum em processos penais e administrativos sancionadores, seria incongruente invocá-los como fundamento para a *reformatio in pejus* apenas na seara penal. Ademais, parece-nos contrário à essência de um Estado Democrático de Direito a busca pela verdade real a qualquer custo, ainda que em prejuízo dos ditames de um devido processo legal.

“Adicione-se, por fim, que o princípio da verdade material, ou verdade real, também informa o Direito Processual Penal, e nem por isso chega esse ramo do Direito a recepcionar a *reformatio in pejus*. Valendo, também, acrescentar que o próprio princípio da verdade material, tendo como lídimo objetivo sufocar a verdade formalmente presumida para, em seu lugar, fazer predominar a verdade real comprovada dos fatos, não traz, como consequência natural e necessária, o signo autorizador da *reformatio in pejus*.

Em conclusão, podemos asseverar que a *reformatio in pejus*, consoante a compreensão resultante da boa lógica jurídica que norteia o relacionamento existente entre as normas e os princípios que constituem o nosso *jus positum*, não encontra o menor eco na nossa processualística disciplinar.”<sup>235</sup>

Além disso, os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público passam hodiernamente por uma releitura, ao lume dos princípios constitucionais fundamentais do nosso ordenamento<sup>236</sup>. Embora presenciemos um momento de crise desses paradigmas clássicos, e não se possa afirmar com certeza os contornos que serão conferidos a esses dos princípios basilares do Direito Administrativo, parece-nos que a tendência é que se caminhe para a ponderação dos princípios em conflito, vinculando a legalidade ao cumprimento das diretrizes constitucionais e impondo maior respeito aos direitos individuais básicos do indivíduo, albergados pela máxima proteção à dignidade da pessoa humana.

<sup>235</sup> COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 4ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 69-70.

<sup>236</sup> Conforme adiantamos na introdução dessa obra, os contornos dos princípios da legalidade estrita e supremacia do interesse público, dentre outros, tem sido alvo de larga discussão, à luz da corrente constitucionalista. Neste sentido, vejam-se: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006, p. 18 e ss; BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005, p. 54.

Assim, a legalidade, que, aliás, também orienta o processo penal, deve ser hoje interpretada como uma vinculação à jurisdição, e, em primeira medida, à Constituição Federal e aos princípios regedores do nosso ordenamento. A concepção de uma legalidade atrelada ao texto expresso de lei remonta a uma tradição positivista hoje desprestigiada<sup>237</sup>, e, a nosso ver, autoriza um ente do Estado a tomar atitudes porventura inconstitucionais, desde que haja uma lei viciada que lhe dê arrimo. Da mesma forma, a concepção genérica e imprecisa atribuída tradicionalmente ao princípio da supremacia do interesse público<sup>238</sup> não pode ser invocada para afastar um direito tão indispensável ao exercício da ampla defesa e do contraditório, sobretudo em processos sancionadores<sup>239</sup>. Ademais, parece-nos que o interesse público de que o infrator de uma norma jurídica seja devidamente punido não afastaria o interesse igualmente público de que essa punição seja imposta de forma adequada, por meio de um processo corretamente instituído e desenvolvido.

Neste sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em julgado cuja ementa merece transcrição:

“ADMINISTRATIVO. SERVENTUÁRIO DE CARTÓRIO. PENA ADMINISTRATIVA. *REFORMATIO IN PEJUS*. MANDADO DE SEGURANÇA. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO E PODER PUNITIVO DO ESTADO-SOCIEDADE. DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE, EM AMBAS AS HIPÓTESES, DE SE APLICAR PENA

<sup>237</sup> Para aprofundar o tema, vide: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out./dez. 2005. p. 25.: “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (...) O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita”

<sup>238</sup> Sobre o tema, veja-se: 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, n. 239, p.1-31, jan./mar. 2005.

<sup>239</sup> HARGER, Marcelo. O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004. p. 216.: “Os processos sancionadores não admitem a *reformatio in pejus*. Nestes casos, o interesse da coletividade em punir os infratores de acordo com a lei cede espaço ao direito à recorribilidade, que é uma extensão da garantia de ampla defesa. Prepondera, portanto, aqui a segunda série de princípios (devido processo legal, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica).”



NÃO MAIS CONTEMPLADA PELA LEI E AGRAVAR A SITUAÇÃO DO DISCIPLINADO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

II - O "poder disciplinar", próprio do Estado-administração, não pode ser efetivamente confundido com o "poder punitivo" penal, inerente ao Estado-sociedade. A punição do último se faz através do poder judiciário; já a do primeiro, por meio de órgãos da própria Administração. Ambos, porém, não admitem a '*reformatio in pejus*', e muito menos a aplicação de pena não mais contemplada pela lei.

III - Recurso ordinário conhecido e provido.”<sup>240</sup>

Portanto, por tudo o que se expôs, entendemos que, ao menos nos processos administrativos sancionadores, há que se repudiar a possibilidade de se reformar uma decisão para pior, quando somente se está a examinar recurso interposto por parte do administrado. Se assim não fosse, admitir-se-ia que o recurso, como meio de defesa, interposto em benefício do recorrente, pudesse acarretar a agravamento de sua própria situação, o que, em última medida, gera grave incerteza ao acusado quanto aos instrumentos adequados que lhe são disponibilizados para promover a sua defesa. Em resumo, a *reformatio in pejus* consubstancia ameaça velada ao direito legal do acusado de recorrer da decisão proferida em seu prejuízo, de forma que, ao menos nos processos administrativos sancionadores e nos disciplinares, não deve ser admitida<sup>241</sup>.

#### 5.4. Interpretação do artigo 64, da Lei 9.784/99

Demonstrado que a reforma para pior é incompatível com a sistemática recursal, notadamente em processos sancionadores, nos quais maiores garantias hão de ser conferidas aos acusados, passamos ao necessário enfrentamento do tratamento que o direito positivo brasileiro confere ao tema. Afinal, havendo dispositivos legais expressos admitindo ou rejeitando a possibilidade de se agravar a sanção imposta ao acusado, em

<sup>240</sup> STJ, RMS 3252/RS, Rel. (para acórdão) Ministro Adhemar Maciel, Brasília, 30 nov. 1994.

<sup>241</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005.

sede de recurso administrativo, faz-se fundamental examiná-los e confrontá-los com as conclusões até então alcançadas.

Como já apontamos anteriormente, a lei federal que regula os processos administrativos, a Lei 9.784/99, dispõe sobre a *reformatio in pejus* basicamente em dois artigos consecutivos, os quais, para melhor exame, transcrevem-se abaixo:

“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.”

“Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.”

Da análise dos dispositivos acima destacados decorre uma primeira e imediata conclusão: o parágrafo único do artigo 64 e o parágrafo único do artigo 65 parecem se contrapor, uma vez que o primeiro admite que da reforma decorra o agravamento da situação do recorrente, ao passo que o segundo veda expressamente a reforma para pior. Em uma análise perfunctória, portanto, a lei emite ao intérprete orientações díspares, diametralmente opostas, as quais deverão ser analisadas mais detidamente para adequada compreensão.

Em sua interpretação literal, não há dúvidas de que o artigo 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99, admite a possibilidade de o recurso administrativo resultar em *reformatio in pejus*, agravando-se a situação do recorrente, desde que lhe seja permitido formular alegações antes da decisão final.

Deve-se atentar que se trata de dispositivo genérico, que não distingue as espécies de processos administrativos, nem é explícito em

apontar que o recurso indicado no *caput* do artigo seria exclusivo do particular. Como salientamos no primeiro capítulo desse trabalho, quando estudamos os processos administrativos em geral, parece-nos por vezes inadequado o tratamento que a lei federal confere aos processos administrativos, indevidamente suprimindo as especificidades inerentes a cada uma de suas modalidades de forma a impor-lhes uma unidade incorrente. Aliás, quando buscamos um conceito comum aos processos administrativos, esbarramos na dificuldade imposta pela grande quantidade de interesses e objetos manejados pelo Poder Público, que demandam processos muito distintos entre si, embora ligados por um núcleo comum ainda pouco definido. De toda forma, ao tratar de recursos nos processos administrativos em geral, o artigo 64, da Lei 9.784/99, parece admitir a *reformatio in pejus* em todas as suas espécies, inclusive nos processos sancionadores e disciplinares.

Ora, na linha das conclusões alcançadas até aqui, essa interpretação literal do dispositivo conflita com direitos constitucionais assegurados aos litigantes e acusados em geral, pois suprime o exercício da ampla defesa e do contraditório, além de frustrar uma expectativa legítima do recorrente fundada no uso de um instrumento processual que lhe serve de defesa. Os recursos existem como meios legais de defesa, e com esse objetivo legítimo são utilizados. Por essa razão, o agravamento de penalidades trai uma expectativa do administrado e fere os ditames da segurança jurídica e da boa-fé.

Ademais, como já desenvolvemos em momento anterior, a notificação prévia do agravamento da situação do recorrente e a conseqüente abertura de prazo para apresentação de alegações de defesa não remedia a violação da ampla defesa e do contraditório. Afinal, continuaríamos observando situação na qual do uso de um direito de defesa decorre prejuízo para o recorrente, o qual não teria ocorrido se o administrado tivesse deixado de recorrer. Neste sentido, ensina Helena Marques Junqueira que

“A crítica que se pode fazer é, apenas, na permissão legal de agravamento da situação do administrado, quando da propositura de recurso. Deveria a lei ter adotado a proibição da *reformatio in pejus*, em atendimento aos princípios constitucionais, ou, pelo menos, ter ressalvado a especial situação dos processos de natureza punitiva, nos moldes do que determinou para a revisão.

(...)

A nova lei do processo administrativo federal, apesar de privilegiar o obediência aos princípios constitucionais atinentes ao processo administrativo, pecou ao permitir a *reformatio in pejus*, no caso de recurso por parte do administrado”<sup>242</sup>

Por essa razão, acompanhando o entendimento de diversos autores importantes<sup>243</sup>, acreditamos que o legislador pecou ao elaborar o artigo 64, da Lei 9.784/99, cuja inconstitucionalidade é patente, se interpretado literalmente<sup>244</sup>. Sua redação, que se coaduna com a liberdade conferida à Administração Pública para rever os próprios atos, não poderia ser tão abrangente, indistintamente albergando todas as espécies de processos administrativos. Afinal, ao menos os processos administrativos sancionadores, pelas inúmeras razões já desenvolvidas, deveriam ter sido excepcionados dessa regra geral<sup>245</sup>.

Em socorro ao dispositivo sob análise, opera-se a sua interpretação sistemática<sup>246</sup>, confrontando-o e integrando-o com os demais dispositivos

<sup>242</sup> JUNQUEIRA, Helena Marques, A *reformatio in pejus* no processo administrativo. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 111-112.

<sup>243</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 71; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 455-456; JUNQUEIRA, Helena Marques, A *reformatio in pejus* no processo administrativo. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 111-112.

<sup>244</sup> HARGER, Marcelo. O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 371, jan./fev. 2004, p. 217.: “Nem mesmo a lei pode afrontar essa garantia. Qualquer lei que pretendesse instaurar a reforma em prejuízo nos processos administrativos sancionadores seria inconstitucional por afrontar os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.”

<sup>245</sup> FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 207p.: “Conquanto assim seja, a hipótese em comento (que se reporta à proibição da *reformatio in pejus* em sede recursal), salvo melhor juízo, não admite deslinde diverso do sugerido, sob pena, repita-se, de o recurso, enquanto manifestação concreta do devido processo legal, se apresentar como uma longínqua faculdade que, via de regra, deixará de ser idoneamente utilizada pelo receio do agravamento da sanção. Daí afirmarmos que o art. 64 da Lei 9.784, de 1999, não se aplica aos processos sancionadores, sob pena de manifesta inconstitucionalidade”.

<sup>246</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p 150.: “Torna-se

da Lei 9.784/99, notadamente o artigo 65, e seu parágrafo único. Ora, como já verificamos, em posição diametralmente oposta ao que se verifica da leitura do artigo 64, esse dispositivo veda expressamente a *reformatio in pejus*, no caso de revisão posterior do processo.

É verdade que o instituto da revisão não se confunde com a do recurso administrativo. A revisão é cabível após o término do processo administrativo sancionador para que, em sendo reunidos novos elementos de prova favoráveis ao sancionado, seja reaberto o processo e revista a punição cominada. No entanto, quando comparada com os recursos, em processos administrativos sancionadores, verificamos que ambos os institutos se assemelham, pois consubstanciam medidas de defesa contra a sanção imposta pela Administração Pública.

Ora, se a reforma para pior a todos os processos administrativos se justificasse pela observância aos princípios da legalidade, verdade material, supremacia do interesse público e indisponibilidade, pela mesma razão deveria ser admitida na hipótese de revisão. Tal como nos recursos administrativos em processos punitivos, na análise de documentos novos pode-se admitir que a Administração Pública concluísse pela necessidade de agravar a penalidade imposta o que, se apenas observados aqueles fundamentos, justificaria a *reformatio in pejus* no processo de revisão. Para uma mesma razão deve haver uma mesma resposta jurídica.

No entanto, não é isso que ocorre. Na verdade, percebemos que, quando trata de processos administrativos em geral, a Lei 9.784/99 admite a *reformatio in pejus*, indiscriminadamente. Por outro lado, ao tratar do instituto da revisão, inerente e exclusivo aos processos sancionadores, a *reformatio in pejus* é expressamente vedada. Alguma razão parece haver para tanto.

Neste sentido, entendemos que, analisando o artigo 65, é possível identificar na lei de processo administrativo uma orientação diferenciadora

---

*necessário, para que o dispositivo citado possa se harmonizar com a Constituição, que a sua aplicação se dê nas hipóteses em que não se discuta a imposição de penalidade”.*

dos processos administrativos sancionadores, pois, quando trata desta espécie expressamente, a excepciona da regra geral insculpida no artigo 64<sup>247</sup>. Tal como ocorre na revisão, também os recursos em processos sancionadores devem ser considerados imunes à *reformatio in pejus*.

Aliás, também aponta para essa orientação diferenciadora o artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei 9.784/99, que disciplina de forma particular os processos administrativos sancionadores. O dispositivo garante expressamente ao acusados nos processos punitivos instrumentos para o exercício da ampla defesa e do contraditório, inclusive o direito à interposição de recursos:

“Art. 2º. (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;”

Portanto, a interpretação sistemática da norma estabelecida pelo artigo 64, da Lei 9.784/99, sugere que se excetuem os processos administrativos sancionadores. Primeiro porque, se assim não se entender, o referido dispositivo incorreria em franca violação a direitos e garantias constitucionais dos acusados, indo de encontro a tudo o que se expôs no presente trabalho. Segundo porque, pela própria análise daquela lei federal de processos administrativos, por diversas vezes se confere tratamento especial aos processos administrativos sancionadores, inclusive resguardando-o da *reformatio in pejus* no caso de revisão posterior do processo.

Nesta linha, confira-se trecho do voto do Ministro Ubiratan Aguiar, da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU) que, anos após a

---

<sup>247</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 460.

edição da Lei nº 9.784/99 e de seu artigo 64, reconheceu, em sede administrativa, a vedação da *reformatio in pejus*:

“(...)Deixo de acompanhar a sugestão do representante do *parquet* especializado no sentido de incluir a alínea “b” do art. 16 da Lei nº 8.443/92 no fundamento legal da condenação do responsável. O Acórdão recorrido fundamentou-se tão-somente na alínea “a” do referido dispositivo (irregularidade em decorrência de omissão no dever de prestar contas). Qualquer inclusão de novas irregularidades nesse fundamento representa *reformatio in pejus*, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.”<sup>248</sup>

Assim, apesar do que possa sugerir a interpretação literal do artigo 64, da Lei 9.784/99, imperativa é a rejeição da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores. A vedação da reforma para pior, além de decorrer de princípios constitucionais fundamentais do acusado, é corroborada por uma interpretação sistemática da lei de processo administrativo federal, de aplicação aos processos administrativos em geral.

### **5.5. *Reformatio in pejus* e controle da legalidade dos atos administrativos**

Para o adequado exame do tema proposto, parece-nos indispensável, por fim, enfrentar um último ponto. Com efeito, é passível de causar algum incômodo o fato de em razão da vedação da *reformatio in pejus* se impedir a Administração Pública de rever os próprios atos e proceder ao controle de legalidade dos mesmos. Afinal, tradicionalmente se confere à Administração esse dever, derivado dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Na doutrina, entretanto, identificam-se autores de peso distinguindo as hipóteses, isto é, afirmando que *reformatio in pejus* não se confunde com controle de constitucionalidade. Isso porque, embora se deva rejeitar veementemente a reforma para pior, como reapreciação de mérito, nos processos sancionadores, não se poderia negar à Administração Pública o

---

<sup>248</sup> TCU, acórdão 1674/2007, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 26 jun. 2007.

poder de proceder ao juízo de legalidade do ato, eventualmente anulando-o, ainda que em prejuízo do recorrente<sup>249</sup>. O juízo de legalidade seria, assim, um dever do administrador público, que não se confunde com *reformatio in pejus*. Confira-se o entendimento de alguns dos eminentes professores:

“E, nesta hipótese, fala-se impropriamente em *reformatio in pejus*. Houve, na verdade, ato de controle de legalidade, por importar nulidade do procedimento; caso assim não se procedesse, estaria a Administração agindo *contra legem*.”<sup>250</sup>

“Há *reformatio in pejus* quando a Administração reavalia conveniência e oportunidade, em sede recursal, para agravar a situação do recorrente. Se, por meio de recurso, a Administração toma conhecimento de ilegalidade, tem o dever de rever seus atos, mesmo prejudicando o recorrente. Nesse caso, não haverá *reformatio in pejus*, mas controle de legalidade, que deve ser admitido, pois a Administração não pode agir *contra legem*. Esta invalidação administrativa deve se realizar, entretanto, por meio de um processo administrativo revisivo, com ampla defesa e contraditório, já que o administrado pode ter interesse na manutenção do ato, considerado ilegal pela Administração”<sup>251</sup>

Neste sentido, entende a doutrina majoritária que a Administração Pública tem o dever de proceder ao controle de legalidade dos seus próprios atos, o que, ademais, é um dos fundamentos de existência dos recursos administrativos. Nesta hipótese, se admitiria um prejuízo ao recorrente. No entanto, em caso de reforma para pior sustentada em reapreciação de mérito, esta seria vedada. Não poderia o recorrente ficar sujeito a parâmetros subjetivos do órgão revisor, mutáveis segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração, que agravem a sua situação como decorrência do uso de um instrumento de defesa. Confira-se o entendimento da doutrina a respeito:

“Há flagrante diferença entre as hipóteses. No primeiro caso, o ato punitivo originário é realmente ilegal, porque contrário ao mandamento da lei. No

<sup>249</sup> JUNQUEIRA, Helena Marques, *A reformatio in pejus no processo administrativo*. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 105.: “O ato administrativo é emanado no interesse público e no exercício da função administrativa. Se eivado de vício insanável, principalmente por inobservância dos princípios constitucionais que o regem, deverá ser anulado, mesmo que em prejuízo de quem iniciou o processo de revisão.”

<sup>250</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 455.

<sup>251</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo*. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p 72.



segundo, todavia, o ato não é rigorosa e objetivamente ilegal; há apenas uma variação nos critérios subjetivos de apreciação dos elementos processuais. Por isso, ali pode dar-se a correção do ato, e aqui se daria apenas uma substituição, o que nos parece vedado.”<sup>252</sup>

“Se o recurso administrativo for considerado sob ângulo subjetivo, como instrumento de defesa de direitos e interesses do indivíduo ou de grupos, a Administração seria obrigada a apreciá-lo nos termos em que foi interposto, não podendo agravar a situação do recorrente. Sob prisma objetivo, o recurso configura um meio de assegurar a legalidade e correção da atividade administrativa, cabendo à autoridade apreciar, não só as alegações do recurso, mas reexaminar, no seu conjunto, as circunstâncias do ato impugnado; o recurso desencadeia controle, mas não condiciona a extensão do controle.”<sup>253</sup>

Portanto, haveria *reformatio in pejus* propriamente dita apenas quando a Administração Pública faz uma reavaliação dos fatos, reapreciando o mérito da controvérsia sob sua análise. Tal análise, imbuída de alta dose de discricionariedade, não pode ser admitida em grau de recurso sem que haja pedido neste sentido, sob pena de se relegar à subjetividade do entendimento de um novo julgador todo o julgamento da questão. Entretanto, caso a Administração Pública, em sede recursal, venha a tomar conhecimento de uma ilegalidade no processo administrativo, eivando de vício insanável a decisão recorrida, não se lhe poderia vedar a revisão do ato, sendo seu dever proceder ao controle de legalidade dos atos administrativos<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 772.

<sup>253</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 451.

<sup>254</sup> SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo*. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005. p 72.

## **Conclusão**

Vivemos um momento de grande efervescência promovida pela constitucionalização do Direito, com importante influência sobre os processos administrativos sancionadores. Afinal, com a Constituição Federal de 1988, as garantias fundamentais dos litigantes e acusados em geral foram expressamente estendidas aos processos administrativos, consagrando, naquela seara, os mesmos princípios que há longo tempo já tutelam as relações entre o Estado e os acusados na esfera penal. A previsão de um devido processo legal administrativo, orientado pela garantia de defesa ampla e do exercício do contraditório, incute no Direito Administrativo o fenômeno da processualidade, protetor dos administrados contra o uso arbitrário e ilimitado do poder.

Nos processos administrativos sancionadores, por sinal, não fazia sentido algum que assim não fosse. A ausência de diferenças ontológicas entre as sanções de natureza penal e aquelas cominadas pela Administração Pública impõe semelhante tratamento jurídico a ambas. Conforme constatamos, séculos de desenvolvimento da relação entre o Estado e o acusado na esfera criminal foram, por muito tempo, rechaçados pela atividade sancionadora administrativa, sob o crivo de princípios que, sem olvidar da importância que ostentam, legitimavam práticas há muito rejeitadas pelo ordenamento jurídico. A vinculação da Administração à legalidade e o seu compromisso com o interesse público eram desvirtuados para fortalecê-la em uma seara na qual gozava de inúmeros privilégios, materiais e processuais. Qual a garantia que poderia ter um acusado pela prática de infração administrativa em face de uma Administração cujas declarações presumem-se verdadeiras, e, mais do que isso, são por ela mesmo julgadas? Qual a segurança que lhe é conferida em um processo que, além de carente das garantias existentes nos processos judiciais, forma decisão cujo mérito é considerado intangível pelo controle do Poder Judiciário?

Com o reconhecimento de um devido processo legal administrativo, operou a Constituição Federal importantes transformações. Consagrou princípios fundamentais de observância obrigatória nos processos administrativos, impondo ao intérprete o desafio de promover a adequada ponderação e adequação dos antigos princípios, pilares do regime administrativista. Certamente não se devem rechaçar os princípios clássicos, de grande valia garantista contra abusos de poder. O que se espera é que, do confronto entre princípios, os mesmo sejam revisitados e reinterpretados, acomodando-se com as necessárias garantias para que um processo seja imparcial e justo.

Uma das garantias de fundamental importância para que se confira ao acusado o direito de se utilizar de todos os instrumentos de defesa a ele disponibilizados é, como pudemos verificar, o princípio de *non reformatio in pejus*, concebido o desenvolvido no Direito Penal. Trata-se de princípio estreitamente vinculado ao exercício pleno dos instrumentos de defesa disponibilizados pelo ordenamento jurídico e, portanto, da consecução de um devido processo legal. Se a lei confere a alguém o direito de interpor recursos, como instrumento de defesa contra uma decisão que lhe seja desfavorável, espera-se que, do exercício dessa prerrogativa não decorrerá um gravame da situação do recorrente. Afinal, se o agravamento da sanção fosse possível, admitir-se-ia até mesmo que o órgão revisor, para desestimular o uso de recursos, ou mesmo por intentos corporativistas ou políticos, pudesse entender, dentro de sua esfera de discricionariedade, pelo agravamento da sanção cominada ao recorrente. Seria um contra senso e, em última medida, uma brecha para a promoção de arbitrariedades.

Por essas razões, permitir a *reformatio in pejus* nos processos administrativo sancionadores significaria violar um direito de defesa, além de uma afronta ao princípio do contraditório. Afinal, ainda que seja concedida ao recorrente a oportunidade de se manifestar sobre essa intenção da Administração de agravar-lhe a sanção original, seus argumentos não

mais se manifestam em um processo devido e imparcial, uma vez que a acusação que lhe é dirigida emana do próprio ente julgador.

Ademais, admitir essa discricionariedade ampla para que o órgão revisor possa piorar a situação do recorrente em fase recursal é entendimento que rompe com qualquer noção de boa-fé e segurança jurídica. As razões de recurso foram elaboradas com base em uma sanção determinada, da qual a Administração não recorreu nem mesmo de ofício, não sendo de se esperar que esse instrumento de defesa gere efeitos prejudiciais ao recorrente. Em última análise, a *reformatio in pejus* desestimularia o uso de recursos, ameaçando a utilização de um instrumento válido de defesa.

Portanto, tal como se vislumbrou no Direito Penal, também ao Direito Administrativo sancionador há que se reconhecer a aplicação do princípio de *non reformatio in pejus*, ao contrário do que poderia sugerir uma interpretação superficial da lei de processo administrativo federal. Trata-se de garantia de cunho substantivo, fundada em princípios dos mais caros à atividade sancionadora, e nem mesmo a lei pode suprimi-la. Como vimos, aliás, uma interpretação sistemática do artigo 64 da Lei nº. 9.784/99 é o quanto basta para que se verifique o descabimento de uma reforma para pior em processos punitivos.

Concluimos, assim, pela vedação da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, com base em duas análises interconectadas. Primeiro porque a semelhança entre infrações penais e infrações administrativas impõe semelhantes respostas jurídicas e, da mesma forma, garantias materiais e processuais correlatas. Segundo porque, para a consecução de um devido processo legal administrativo sancionador, é imperativa a observância dos princípios de contraditório e de ampla defesa, estreitamente ligados à vedação da *reformatio in pejus*. Tais princípios, portanto, prevalecem aos paradigmas clássicos do Direito Administrativo, nos processos administrativo sancionadores.

Por fim, entendemos que não se trata de inadvertidamente transpor regras de processo penal aos processos administrativos sancionadores, sem analisar as particularidades de cada qual. A proximidade entre ambas as expressões do *ius puniendi* estatal sugerem a formação de relações jurídicas semelhantes, mas não basta para o nosso convencimento. Na verdade, o reconhecimento da aplicação do princípio de *non reformatio in pejus* decorre, principalmente, da percepção de que se faz necessária uma revisão cuidadosa das estruturas de um processo administrativo que se depara com novas exigências, oriundas da processualidade e, em última medida, da constitucionalização do Direito Administrativo.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhaon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (Coord.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2002, v. 1, p. 111-185.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005.

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

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. 953p.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº. 9.784 de 29/1/1999*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. 343p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, 250p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 367p.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 4ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 211p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2005. 765p.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 7ªed. Madrid (Espanha): Civitas, 2001. 732p.

FERRARO, Suzani Andrade; PEIXINHO, Manoel Messias. Processo administrativo previdenciário. In. *Direito previdenciário em debate*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 131-139.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 207p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 711p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo, 2. tomo: La defensa del usuario y del administrado*. 5ªed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. 718p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 387, p.03-22, set./out. 2006.

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

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

JUNQUEIRA, Helena Marques, A *reformatio in pejus* no processo administrativo. In: Lucia Valle Figueiredo (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91-113.

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.

MACHADO, Hugo de Brito. Ilícito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 709, p. 287- 294, nov. 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2000, v4.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 512p.

\_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. 167p.



MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 261p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 831p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 1057p.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 22, p.25-57, out./dez. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2007, 818p.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 418p.

NERY JUNIOR, Nelson. *Processo administrativo e suas espécies*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 276p.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 698p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. 14ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. 667p.

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.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 426p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. I*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 718p.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, 938p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 391p.

SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. *A reformatio in pejus e o processo administrativo*. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Porto Alegre, n. 30, p. 59-76 mar./abr. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. I*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 815p.