

FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JÉSSICA TONIAL LUZZI

**A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
SANCIONADORES: uma análise das garantias do administrado
face às prerrogativas da Administração Pública**

Porto Alegre

2014

JÉSSICA TONIAL LUZZI

**A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
SANCIONADORES: uma análise das garantias do administrado
face às prerrogativas da Administração Pública**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Yuri Restano Machado

Porto Alegre

2014

JÉSSICA TONIAL LUZZI

**A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
SANCIONADORES: uma análise das garantias do administrado
face às prerrogativas da Administração Pública**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Me. Yuri Restano Machado - PUCRS

Porto Alegre

2014

*À Cleunilce e Onório, grandes responsáveis pela minha
formação, que sempre me apoiaram, incentivaram,
compreenderam e, acima de tudo, amaram.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Me. Yuri Restano Machado, brilhante orientador, de inestimável sabedoria, sem o qual não teria sido possível a realização desta pesquisa, tanto pelo aporte intelectual, quanto pelo incentivo moral.

RESUMO

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

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

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	12
2.1	DELIMITAÇÃO DO TEMA	12
2.2	TEORIA DA UNIDADE DO <i>IUS PUNIENDI</i> : DESENVOLVIMENTO E CRÍTICAS	17
2.3	SANÇÃO PENAL E SANÇÃO ADMINISTRATIVA: IDENTIDADE ONTOLÓGICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS	23
2.3.1	Princípio da legalidade	29
2.3.2	Princípio da tipicidade	31
2.3.3	Princípio da culpabilidade	33
2.3.4	Princípio da proporcionalidade	34
2.3.5	Princípio da presunção de inocência	35
3	O DEVIDO PROCESSO LEGAL	38
3.1	HISTÓRICO EVOLUTIVO	38
3.2	DIMENSÕES	41
3.2.1	Devido processo legal substancial	41
3.2.2	Devido processo legal formal	43
3.3	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	46
3.4	O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO	48
4	O PRINCÍPIO DA <i>NON REFORMATIO IN PEJUS</i>	54
4.1	INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO	54
4.1.1	Origem histórica	54
4.1.2	Conceito e fundamentos	56
4.2	APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	58
4.3	<i>A REFORMATIO IN PEJUS</i> NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES	61
4.3.1	Fundamentos para a inaplicabilidade do princípio	63
4.3.2	Fundamentos para a aplicação do princípio nos processos administrativos	67

4.3.3	Corrente mista	72
5	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O Estado, detentor do *ius puniendi*, é o responsável por processar, julgar e punir seus cidadãos pela prática de transgressões a dispositivos legais, o que pode ser exercido por duas vias distintas: a via judicial e a via administrativa, de acordo com o regime jurídico que orienta a aplicação da sanção cabível, podendo se tratar do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador. Este último verifica-se ter surgido modernamente como um desdobramento do Direito Administrativo, o qual, nas palavras de Ferreira¹, consiste basicamente:

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

Desse modo, ao se tratar de Direito Administrativo Sancionador, tal qual ao se falar de Direito Penal, também se está tratando de acusados, o que demanda uma análise mais detida das garantias que lhes são asseguradas constitucionalmente e dos seus reflexos perante a atividade do Estado, que é revestida de diversas prerrogativas com o fim de atingir e realizar o interesse público.²

Nesse sentido, destaca-se como principal garantia do acusado a observância do devido processo legal, bem como de seus principais consectários – contraditório e ampla defesa – igualmente nos processos administrativos, assim como nos

¹ FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da atividade estatal. In: **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul/dez 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/167/280>> Acesso em: 29 mar. 2014, p. 176.

² Sobre este aspecto, ressalta Meirelles que: “Os *fins da administração pública* resumem-se num único objetivo: o *bem comum da coletividade administrada*. Toda a atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade”. Seguindo com sua explanação, ao abordar o tema do princípio da impessoalidade ou finalidade, o autor aduz que “a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por *desvio de finalidade* [...]”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93). [grifo do autor].

processos judiciais, tendo em vista a expressa previsão constitucional do artigo 5º³, incisos LIV e LV, garantindo-se, assim, um resultado (mais) justo sempre que se instaurar um litígio entre o Estado e o particular, principalmente quando esse litígio importar na imposição de sanções de qualquer natureza ao administrado.

A importância da extensão dessas garantias ao processo administrativo se revela na medida em que, historicamente, verifica-se que o Estado cometia notáveis arbitrariedades ao impor suas prerrogativas em detrimento de qualquer direito do administrado, albergado pela busca constante dos interesses da coletividade. Atualmente, não é mais possível se conviver com tal premissa de maneira absoluta, mormente se tratando de processos que importem em restrições de direitos essenciais dos indivíduos, como é o caso dos processos punitivos em geral. Nesse sentido, destaca-se que os de regime jurídico administrativo não acompanharam a evolução dos processos penais, ficando os acusados a eles sujeitos com menos garantias do que os acusados criminalmente.

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

De outra banda, no que concerne aos princípios informadores do Direito Administrativo, este é regido, dentre outros – como é o caso da supremacia do interesse público – especialmente pelo princípio da legalidade⁴, de acordo com o qual a Administração Pública tem o *dever* de fazer tudo o que estiver legalmente

³ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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**. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988). [grifo nosso].

⁴ 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 e, também, ao seguinte: [...]. (*Ibid.*).

previsto, ao contrário do imposto aos particulares, que estão autorizados a adotarem qualquer conduta, desde que esta não possua proibição legal expressa.⁵

Tomando-se como base o princípio da legalidade estrita, observa-se que o artigo 64⁶, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, traz consigo, *a priori*, a conclusão da possibilidade irrestrita da *reformatio in pejus* no âmbito dos recursos administrativos, ainda que interpostos unicamente pelos administrados, lembrando-se que pode ou não se tratar da aplicação de uma sanção administrativa, pois, os processos administrativos tratam de amplas matérias e o dispositivo mencionado não faz qualquer distinção a esse respeito. O que há no diploma legal, expressamente previsto no artigo 65⁷, parágrafo único, é a proibição à reforma prejudicial da decisão decorrente dos casos de *revisão*⁸ de processos administrativos sancionadores, restringindo a proibição a essa hipótese.

Traçando-se uma analogia, por força da semelhança das infrações e respectivas sanções, entre o disposto no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, e o artigo 617 do Código de Processo Penal, aquele seria completamente oposto a este, que traz vedação expressa à reforma para pior da decisão recorrida quando houver recurso interposto somente pela defesa, assim dispondo: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.⁹

⁵ MEIRELLES, 2008, p. 89.

⁶ 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. (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 1999, p. 1).

⁷ 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. (*Ibid.*).

⁸ De acordo com Carvalho Filho: “Revisão é o recurso administrativo pelo qual o interessado reivindica a reapreciação de certo ato punitivo em virtude do aparecimento de novos fatos não analisados à ocasião do processo anterior”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 332). Frise-se, porém, que a revisão administrativa não se trata de recurso propriamente dito, mas de um processo autônomo que visa à revisão da decisão proferida no processo anterior, já findo. Nesse sentido, ver: VICHÍ, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 257-8.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

Perceba-se, como inicialmente destacado, que tanto no processo penal, como no processo administrativo sancionador, o Estado está exercendo seu *ius puniendi*, ainda que por vias distintas e peculiares, mas sempre restringindo direitos dos indivíduos. Assim, impõe-se a questão: em se tratando de processos administrativos que imponham sanções aos particulares, aos moldes do que ocorre no processo penal, seria válida a possibilidade da *reformatio in pejus*?

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

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

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

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

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tratando-se de Direito Público, verifica-se que este “tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, *quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo [...]*”.¹⁰ [grifo do autor].

No presente trabalho, importam três ramos pertencentes à área do Direito Público (interno): o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Isso porque, em tais áreas da práxis jurídica se pode visualizar o exercício por parte do Estado do *ius puniendi*, do qual é o único detentor, podendo-se falar aqui no chamado Direito Punitivo ou Direito Sancionador, em sentido mais amplo.¹¹

Sabe-se que o Direito Administrativo, diversamente do Direito Penal, não se ocupa exclusivamente de fiscalizar as condutas praticadas pelos particulares, a fim de prevenir e/ou reprimir aquelas que forem contrárias às normas vigentes, aplicando ao infrator as penas respectivamente previstas no ordenamento jurídico, mas igualmente possui tal prerrogativa, a fim de assegurar o interesse público.¹²

Importante para fins de compreensão mencionar o conceito de Direito Administrativo formulado por Osório¹³:

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.13. v. 1. Ademais, conforme a lição de Meirelles (2008, p. 38), o Direito Público se divide entre interno, sendo este aquele que “visa a regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual”, e externo, o qual “destina-se a reger as relações entre os Estados Soberanos e as atividades individuais no plano internacional”. Como facilmente se percebe, tanto o Direito Administrativo quanto o Direito Penal e Processual Penal estão abrangidos pelo Direito Público Interno.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

¹² Sobre a atuação punitiva do Estado em âmbito administrativo: “Através do Direito Administrativo, nos sistemas predominantemente influenciados pela tradição da chamada *civil law*, ou cultura romano-germânica, o Estado, além de desempenhar inúmeras funções, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares. Nos mais diversos tipos de relações sociais, aí estará o Estado, regulando, condicionando, limitando o exercício de direitos e liberdades, não raro valendo-se do instrumento das sanções, além das medidas coercitivas cautelares ou persuasivas”. (*Ibid.*). Ainda nesse sentido, destaca-se a lição de Alessi (1960 citado por OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 53): “[...] Também à Administração, portanto, normalmente compete o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade sobre aquela dos particulares individualmente, no que, substancialmente, concretiza-se afinal o poder de império”.

¹³ OSÓRIO, *op. cit.*, p. 78.

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

Estabelecida a definição de Direito Administrativo, passa-se à análise do Direito Administrativo Sancionador, que surge como um desdobramento do Direito Administrativo, voltado para a análise de casos que tratem do exercício do poder punitivo do Estado, onde estejam envolvidas relações de sujeição dos administrados e agentes públicos perante a Administração.¹⁴

O Direito Administrativo Sancionador tem origem no período pós-industrial, especialmente após a Revolução Francesa, uma vez que antes desse período sequer havia a separação dos poderes do Estado, não havendo que se falar em sanções *administrativas* propriamente ditas, haja vista, que o Estado como um todo exercia o poder punitivo sem qualquer distinção de sua natureza.¹⁵

Dessa forma, o Direito Administrativo Sancionador surgiu como uma válvula de escape do Direito Penal, que era fonte das mais bárbaras arbitrariedades, tendo em vista a largueza de sua utilização pelo Estado e a ausência de garantias fundamentais aos acusados submetidos aos processos punitivos. Ocorre que o

¹⁴ Destaca-se a brilhante análise formulada Moreira Neto ao prefaciar a 2ª edição da obra de Fábio Medina Osório, quando salienta que: “A partir do Direito Comparado, como fonte de uma evolução que chega ao Brasil, o Direito Punitivo, todo ele, tem raízes comuns muito antigas. É certo que a formação do próprio Estado, com o surgimento da Administração Pública como sujeito, propiciou a formação do Direito Administrativo, de modo que este ramo, ao cuidar de tipificar infrações administrativas e de cominar-lhes sanções, delegando poderes punitivos à Administração no contexto de um novo conceito de Estado de Direito qualificado pela legitimidade de suas normas, desdobrou-se no Direito Administrativo Sancionador”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13).

¹⁵ OLIVEIRA, 2012, p. 17-18. Sobre o período anterior à Revolução Francesa e, conseqüentemente, da separação dos poderes do Estado, importante é a análise formulada por Nieto quanto ao fato de que as atualmente conhecidas sanções administrativas, historicamente, são derivadas “*del ejercicio de la potestad de policía*”: “[...] *Hasta el siglo XVIII no resulta correcto, por tanto, hablar de sanciones administrativas aunque sólo sea por la conocida circunstancia de que, no habiendo separación de poderes, los mismos órganos, de naturaleza sustancialmente judicial, aplican toda clase de sanciones. El órgano sancionador no sirve, en consecuencia, para definir lo que es Administración o lo que son Tribunales – aunque bien es verdad que el mismo órgano puede actuar con procedimientos distintos que sí tienen carácter diferenciador –; pero la terminología de la época es inequívoca a la hora de calificar tales órganos como Tribunales (Justicias) independientemente de que en ocasiones estén actuando con procedimientos y sobre materias administrativas*”. (NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 49-50).

Direito Penal, especialmente com a obra de Cesare Beccaria¹⁶ (Dos Delitos e das Penas, 1764), ao absorver os princípios pugnados pela Revolução Francesa, passou por uma grande evolução, vindo a prever garantias mínimas à parte mais frágil do processo – o acusado – tornando-se, atualmente, o Direito Administrativo o grande “vilão” dos processos punitivos, ditos de caráter inquisitivo, em vista, principalmente, da formatação dessa relação processual, onde o encarregado de promover a acusação (a Administração Pública) é o mesmo a quem incumbe o dever de julgar o feito, nos mesmos moldes do ocorrido no período da Inquisição.

Tal se deve, em parte, ao fato de que a finalidade precípua da Administração Pública é garantir da melhor maneira possível que seja atendido o interesse público, ainda que em detrimento ao do particular. Demonstração disso é a forte presença na legislação administrativista, bem como, implicitamente na Carta Magna de 1988, do princípio da supremacia do interesse público.¹⁷

Destaca-se de maneira ilustrativa, por oportuno, os ensinamentos delineados por Di Pietro¹⁸ acerca do assunto:

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

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições** e **prerrogativas**. Para assegurar-

¹⁶ Sobre Beccaria, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-2.

¹⁷ Nesse sentido, é a disposição do art. 2º da Lei 9.784/99, *in verbis*: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público** e eficiência”. (BRASIL, 1999). [grifo nosso]. A fim de melhor revelar a importância do princípio da supremacia do interesse público, no âmbito da presente exposição, segue Di Pietro com grandiosa explicação acerca da indisponibilidade do interesse público pela Administração, que é encarregada de sua tutela e plena satisfação: “Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67). [grifo do autor].

¹⁸ DI PIETRO, 2012, p. 62.

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

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

num primeiro plano, garantindo a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade, e, em um segundo plano, reage, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena correspondente.¹⁹

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

É nesse sentido que se manifesta Nieto²⁰ ao esclarecer a origem do Direito Administrativo Sancionador, afirmando que esta não pode ter se dado do Direito Penal, mas sim, de um Direito Público Estatal – o Direito Administrativo – tendo em vista as incompatibilidades existentes entre os sistemas:

Aquí hay, por tanto, una sustitución ilegítima que importa denunciar, y en su caso corregir, para terminar asumiendo todas las consecuencias del dogma. Imagínese, en efecto, lo que sucedería si fuera el Derecho público estatal, y no el Derecho Penal, el que inspirara el Derecho Administrativo Sancionador. El Derecho Penal, desde la perspectiva en que aquí se contempla, es un Derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculpado; mientras que en el Derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos. En otras palabras, si de veras se creyera en el dogma básico – del que verbalmente tanto se alardea –, habría que rectificar los planteamientos al uso y trasladar el Derecho Administrativo Sancionador desde los campos del Derecho Penal – donde ahora se encuentra o, al menos, quiere instalarse – a los del Derecho público estatal. Con lo cual terminaría recuperando la potestad sancionadora de la Administración la fibra administrativa que ahora se le

¹⁹ BITENCOURT, 2010, p. 38.

²⁰ NIETO, 2002, p. 22-3.

está negando. En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador.

Em que pese o Direito Administrativo Sancionador se tratar, conforme já referido, de um desdobramento do Direito Administrativo e não do Direito Penal, ele apresenta bastante semelhança com esse ramo do Direito Público, o que será abordado com maior profundidade ao longo do presente trabalho, sem olvidar, é claro, da proximidade que ele guarda com o Direito Constitucional e com o chamado Direito Processual Público, consubstanciando-se num novo ramo do Direito Público, de acordo com o entendimento de Osório²¹, a seguir transcrito, considerando-se a importância conferida pelo autor ao tema:

Pode-se sustentar, também, que o Direito Administrativo Sancionador, conquanto tenha raízes mais diretas no Direito Administrativo, ostenta profunda interface com o Direito Penal e com o Direito Constitucional, além de impactar sobremaneira o Direito Processual Público, vale dizer, o novo Direito Processual Punitivo. Desse modo, inegavelmente estamos diante de um novo ramo jurídico no Brasil, cuja autonomia científica há de ser reconhecida, como forma de assegurar-lhe evolução crítica e constante, e cuja absorção pelas Universidades é medida que se impõe de forma urgente.

A finalidade perseguida por essa nova área da ciência jurídica que é o Direito Administrativo Sancionador, nas palavras de Oliveira²², é justamente “disciplinar a imposição da sanção pela Administração Pública, visando auferir maior segurança jurídica às relações travadas com os administrados”.

Logo, conforme seu próprio nome já indica, o elemento de destaque no estudo do Direito Administrativo Sancionador é a sanção administrativa e a sua decorrente aplicação diante da ocorrência do ilícito administrativo, o que é tido como um *dever* do Estado no exercício da potestade sancionadora e não como um *poder*. Frise-se que a faculdade conferida à Administração Pública na aplicação da sanção

²¹ OSÓRIO, 2011, p. 19.

²² OLIVEIRA, 2012, p. 17.

administrativa somente tem incidência, eventualmente, na escolha da sanção a ser aplicada, bem assim da sua medida.²³

Estabelecidos os fundamentos básicos do Direito Administrativo Sancionador, passa-se nos próximos tópicos ao aprofundamento de questões relativas às semelhanças existentes entre esse novo ramo do Direito Público e o Direito Penal. Para tanto, irá se analisar as teorias existentes acerca do *ius puniendi* do Estado, bem como da suposta identidade ontológica entre as sanções penais e as administrativas. Tal é crucial para que, ao final deste trabalho, possa-se chegar a uma firme conclusão sobre seu objeto de pesquisa – a possibilidade ou não de se aplicar aos processos administrativos sancionadores o princípio da *non reformatio in pejus*, importado do direito processual penal.

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

No Direito Administrativo europeu, principalmente no espanhol, os Tribunais Constitucionais desenvolveram e seguem reforçando em suas decisões a tese de que o Estado é detentor de um poder punitivo único, que se manifesta de duas maneiras distintas: no âmbito do Direito Penal e no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.²⁴ O fundamento para essa tese reside na alegada identidade

²³ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Coleção temas de direito administrativo**: v. 8. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65. Complementando a doutrina citada, tem-se que a Administração Pública tem o *dever* de aplicar a sanção administrativa em vista, também, da observância do princípio da legalidade, segundo o qual deve o administrador fazer tudo aquilo que estiver previsto em lei. Assim, quando a lei prescrever o sancionamento diante de determinada conduta praticada pelo administrado, deverá o gestor público aplicá-la, cabendo-lhe, quando a lei assim estipular, o exercício da discricionariedade somente no que diz respeito à escolha da reprimenda a ser aplicada, bem como à quantidade necessária para atingir sua finalidade, o que, invariavelmente, fará de acordo com critérios subjetivos.

²⁴ Ao introduzir o assunto da teoria da unidade do *ius puniendi* em sua obra, tratando da existência de uma potestade administrativa sancionadora, Nieto (2002, p. 80) diz que ela: “*Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ‘ius puniendi’ del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones*”. Este é o mesmo entendimento formulado por Enterría e Fernández: “*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*” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. tomo 2. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 165). Vitta (2003, p. 63) também deixa delineado o mesmo entendimento ao justificar a necessidade de se conferir à Administração um poder punitivo, que é único: “Para o exercício da função administrativa, o ordenamento jurídico atribui determinada potestade ou poder ao agente público. A atividade administrativa é a expressão dessa potestade, a fim de obter a cura do interesse público. Nesse sentido, isto é, para o exercício e o desenvolvimento da função administrativa, o ordenamento jurídico atribui ao agente público diversas potestades, como a regulamentar, a disciplinar e outras; são, porém, aspectos diversos de uma única potestade, a do império do Estado”.

ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, que os faria obedecerem a um mesmo regime jurídico.²⁵

Com a afirmação dessa teoria surgida na jurisprudência espanhola,²⁶ consistente num esforço teórico para aproximar os regimes jurídicos penal e administrativo sancionador,²⁷ está-se prevendo que o poder de punir do Estado deve ser regido por um único regime jurídico aplicável as suas diferentes manifestações de igual forma, o que é bastante criticado pela doutrina.²⁸ Referida crítica reside no fato de que a adoção de um mesmo regime jurídico para as duas manifestações implica na “aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”.²⁹ Entretanto, essa importação de princípios, conforme se verá na sequência, não pode ser feita de qualquer maneira.

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

*La doctrina reseñada, enunciada en la relación con la prescripción de los delitos, es extensible a la prescripción de las sanciones administrativas, pues es indiscutible que el ius puniendi del Estado se proyecta igualmente en la ejecución de las penas y también lo es que, desde la temprana STC 18/1981, 8 de junio, este Alto Tribunal ha reiterado que **“los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”** (FJ 2). Además, carecería de sentido*

²⁵ OSÓRIO, 2011, p. 119.

²⁶ NIETO, 2002, p. 87.

²⁷ OSÓRIO, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ Registre-se a brilhante crítica formulada por *Ibid.* (p. 119-20) sobre a teoria espanhola, a qual, segundo ele, sofre diversas críticas pelo fato de que as decisões do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional espanhóis “padeceriam de um grave defeito, qual seja, a contradição entre o discurso retórico e a realidade de seus julgados. De fato, observa-se que, na maioria, ou mesmo na totalidade dos julgamentos, as altas Cortes espanholas sustentam a aplicação de uns princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador, porém sempre com ‘matizes’, a tal ponto que o fundamental resultaria ser conceituar e compreender adequadamente esses ‘matizes’, essas diferenças entre um e outro regime jurídico. Desde logo, emerge da análise da jurisprudência mencionada uma inequívoca conclusão: a unidade da pretensão punitiva do Estado é uma frágil construção teórica, que se situa no campo retórico e não no mundo prático das concretas relações sociais submetidas ao crivo dos julgadores”.

²⁹ *Ibid.*, p. 113. Segue o autor na sua exposição, merecendo destaque a importante observação feita sobre a relação do Direito Administrativo Sancionador com os direitos e garantias individuais: “Daí, vale lembrar, o Direito Administrativo Sancionador não parte da ideia de garantir direitos individuais, e sua dogmática, se é que se poderia designar desta forma sua normativa técnica em perspectiva histórica recente, parte da ideia de interesse público e de responsabilidades balizadas por critérios até mesmo objetivos”. (p. 127).

negar a los ilícitos administrativos la significación material que atribuye a la prescripción penal la citada STC 63/2005, y que le reconoce desde antiguo la jurisdicción ordinaria, pues de ese modo las conductas que representan una mayor gravedad y peligrosidad, así como un mayor reproche social, cual sucede en las constitutivas de una infracción penal, se verían favorecidas con dicha causa de extinción de su responsabilidad, mientras que aquellas otras de naturaleza administrativa no logran el expresado beneficio legal.³⁰ [grifo nosso].

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

Para melhor se compreender esse contexto, destaca-se a lição de Enterría e Fernández³¹ sobre a problemática dos princípios garantidores no Direito Administrativo Sancionador:

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 aplica: presunción de verdad de la decisión administrativa frente a presunción de inocencia del imputado, correlativa carga de probas la inocencia al sancionado, ejecutoriedad inmediata del acto administrativo sancionador frente al carácter suspensivo de los recursos procesales contra las sentencias condenatorias. Pero aun antes de estos dispositivos procesales, la potestad sancionatoria administrativa ha utilizado tradicionalmente, y dista aun de una inmunización total frente a las mismas, las arcaicas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del versare in re illicita, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de los hechos sancionables y aun de las sanciones mismas disponibles, de las pruebas por presunciones, de los recursos en

³⁰ ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia n° 37/2012. Cuestión de Inconstitucionalidad 9689-2009, Pleno, Madrid, 9 de março de 2012. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Espanha, n. 88, p.100-36, 12 de abril de 2012. A sentença paradigma que inspirou esse julgado, conforme citada nele próprio, é a Sentencia 18/1981, da qual se destaca o seguinte trecho: “Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse 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 (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas”. (ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia n° 18/1981. Recurso de Amparo 101/1980, Sala Primera, Madrid, 8 de junho de 1981. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Espanha, n. 143, p. 7-10, 16 de junho de 1981).

³¹ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 165-6.

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 limitación o indeterminación de las sanciones, de la inaplicación de técnicas correctivas como la del concurso de delitos, o de penas, o de causas de exclusión y modificación de la responsabilidad, etc..

Todavía, a insuficiência de princípios garantistas no Direito Administrativo Sancionador, embora seja a raiz de diversos problemas e atos de discricionariedade prejudiciais aos administrados por parte do Ente Público, não pode ser suprida pura e simplesmente pela importação de princípios do Direito Penal. Isso porque os regimes jurídicos em tela possuem peculiaridades que os distinguem, o que reforça a crítica à tese da unidade do poder punitivo do Estado, ante a impossibilidade de ambos os sistemas conviverem sob o império de um mesmo regime jurídico. Desse modo, carece de crédito a teoria comentada pela dificuldade de sua aplicação prática e teórica.³²

Esclarecedora é a análise crítica formulada por Nieto³³ relativamente à importação de princípios garantistas penais ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador sem qualquer adequação a esse sistema normativo:

Los juristas formados con una mentalidad jurídico-pública – orientada siempre y en primer término por los intereses colectivos y generales – no pueden evitar un cierto rechazo ante la contaminación penalista del Derecho Administrativo Sancionador inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos. Acentuar una de estas dos vertientes con olvido de la otra es crear un monstruo jurídico: o un Estado sin Derecho o un Derecho en el que se marginen los intereses que encarna el Estado. Pues bien, la influencia del Derecho Penal ha supuesto una exacerbación garantista individual a costa de una marginación de los intereses generales y, en definitiva, del equilibrio entre una y otros, que es el secreto de todo Derecho.

³² Nesse sentido, alerta Nieto (2002, p. 80-1) ao destacar os aspectos negativos dessa teoria que: “La tesis de la potestad punitiva única del Estado y de sus dos manifestaciones es sumamente ingeniosa, resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta gran utilidad en cuanto que sirve para proporcionar al Derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía. Méritos y ventajas que no autorizan, sin embargo, a desconocer sus aspectos negativos, que son graves: desde el punto de vista teórico la tesis es muy frágil (a cuyo efecto basta pensar en la existencia de potestades sancionadoras residenciadas en estructuras supraestatales y en otras no territoriales e incluso no administrativas); mientras que desde el punto de vista operativo se viene utilizando de forma incongruente en cuanto que se subordina al ejercicio de la potestad administrativa a las autoridades judiciales y no directamente al Estado (no obstante el dogma de su emanación directa desde éste) y se le nutre jurídicamente de los principios del Derecho Penal y no de los del Derecho público estatal como sería lo lógico si se fuera coherente con el presupuesto de partida.

³³ *Ibid.*, p. 176.

O que se pode afirmar com convicção é que, invariavelmente, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador possuem um núcleo comum, consistente nas garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados em geral, conforme o artigo 5º³⁴, da Constituição Federal de 1988, as quais devem ser plenamente observadas em ambos os regimes jurídicos, independentemente da aceitação ou não da teoria de que o poder punitivo do Estado é único, a qual, conforme restou demonstrado, é bastante frágil em seus argumentos. Discute-se com maior vigor, em verdade, a aplicação de princípios próprios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador sem que se faça uma devida conformação com o regime jurídico administrativo punitivo, sob pena de se deturpar tal sistema, e é aí que peca a teoria objeto desta exposição.

Nesse sentido é o entendimento exarado pelo administrativista Osório³⁵:

Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito.

Segue o autor abrilhantando o debate com seus ensinamentos ao discorrer sobre onde reside a pregada unidade da pretensão punitiva do Estado:

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.³⁶

E é nesse ponto que surgem as limitações ao *ius puniendi*, que não pode ser livremente exercido pelo Estado em qualquer de suas formas, tendo em vista a inviolabilidade de garantias mínimas insculpidas na Carta Política, asseguradas aos

³⁴ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...]. (BRASIL. **Constituição**, 1988). Na mesma linha, aduz Nieto (2002, p. 164) que: “[...] Hay una zona común establecida por la Constitución (sobre todo en los arts. 24 y 25) y por la legislación ordinaria [...]”.

³⁵ OSÓRIO, 2011, p. 137.

³⁶ *Ibid.*, p. 148.

acusados em geral, especialmente em se tratando dos direitos de defesa, corolários do devido processo legal, bem como à configuração do Estado Democrático de Direito³⁷. Tais aspectos, aliás, serão mais detidamente analisados no decorrer deste trabalho.

Na mesma senda, consoante a doutrina do penalista Bitencourt³⁸, os princípios arrolados explícita ou implicitamente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 podem ser chamados de “princípios reguladores do controle penal”, uma vez que tratam de “garantias ao cidadão perante o poder punitivo estatal”. Frise-se que embora o autor trate desse conjunto de princípios como sendo de controle penal, conforme já referido em momento anterior, ele compõe o chamado núcleo comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, devendo também serem tais princípios observados na persecução punitiva administrativa.

Tais são os princípios apontados por Bitencourt³⁹ como sendo limitadores do *ius puniendi* estatal: a) princípio da legalidade ou da reserva legal; b) princípio da intervenção mínima; c) princípio da culpabilidade; d) princípio da humanidade; e) princípio da irretroatividade da lei penal; f) princípio da adequação social; g) princípio da insignificância; h) princípio da ofensividade; i) princípio da proporcionalidade.

Veremos ao longo da exposição quais princípios dessa natureza, inserindo-se outros não arrolados acima, sendo considerados os de maior importância e aplicabilidade prática, podem ser utilizados no Direito Administrativo Sancionador, na disciplina do exercício da potestade administrativa.

Ditados os limites do poder punitivo do Estado e como essa potestade se manifesta sob a ótica das teorias existentes sobre o tema, imperioso analisar, a fim de formar uma segura conclusão, como efetivamente se relacionam os sistemas penal e administrativo sancionador, a partir da análise da natureza das sanções penais e administrativas, para definir como deve se dar a aplicabilidade de princípios de um sistema ao outro, tendo em vista a similitude que guardam entre si, concomitantemente com diferenças importantes que não podem ser esquecidas.

³⁷ Sobre o Estado Democrático de Direito e seus princípios constitutivos, ver: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123-4.

³⁸ BITENCOURT, 2010, p. 40.

³⁹ *Ibid.*, p. 40-58.

Saliente-se que a importância da análise da natureza das sanções penais e administrativas reside no fato de que foi tal conclusão que desencadeou a criação da teoria da unidade do *ius puniendi*, conforme já mencionado no início deste tópico.⁴⁰

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

Primeiramente, estabeleça-se um conceito geral de sanção, que pode ser compreendida como a resposta dada pela lei a uma conduta desviante praticada por um indivíduo,⁴¹ a qual “tem por fim específico desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa” e não propriamente a punição, o castigo, que é mera consequência de sua aplicação.⁴²

Em outras palavras, de acordo com Carvalho Filho⁴³, “sanções são atos de natureza punitiva praticados em decorrência de comportamento ofensivo a preceito legal”.

No ordenamento jurídico pátrio, há três tipos de sanções aplicáveis: as sanções civis, as sanções penais e as sanções administrativas. Para a presente exposição, tendo em vista o contexto desenvolvido até o momento, importam somente as duas últimas, as quais guardam semelhanças e diferenças relevantes que merecem ser mais detidamente analisadas, pois é a partir daqui que se concluirá se os princípios do Direito Penal, como a vedação à *reformatio in pejus*, podem ser aplicados ao Direito Administrativo Sancionador e de que forma isso deve se operacionalizar.

Partindo-se da análise da sanção administrativa, verifica-se que ela possui previsão legal no artigo 68 da Lei do Processo Administrativo Federal, *in verbis*: “as sanções administrativas, a serem aplicadas por autoridade competente, terão

⁴⁰ Nesse sentido, repisa-se a lição de Osório (2011, p. 118-9) sobre o assunto: “O Tribunal Supremo espanhol elaborou a teoria da unidade de ilícitos penais e administrativos, construindo a base dogmática de alguns princípios constitucionais às infrações administrativas, buscando uma aproximação das sanções penais e administrativas, tendo em conta a suposta ausência de distinção ontológica entre ambas. Está consagrada e aceita a tese de que o Estado possui um poder punitivo unitário em relação aos que estão sob seu domínio, porque não haveria possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre ilícitos criminais e administrativos”.

⁴¹ OLIVEIRA, 2012, p. 65.

⁴² VITTA, 2003, p. 65.

⁴³ CARVALHO FILHO, 2013, p. 347.

natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa”.⁴⁴

Analisando-se a doutrina sobre sanção administrativa, esta é conceituada por Vitta⁴⁵ como sendo

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

Aludido autor segue em sua exposição atribuindo à sanção administrativa quatro características básicas que, segundo ele, a diferenciariam de qualquer outro instituto jurídico, quais sejam:

- 1) trata-se de consequência em virtude da prática de ilícito; portanto, decorre do descumprimento do mandamento da norma jurídica. [...];
- 2) somente será qualificada como “sanção administrativa” a que possa ser imposta por autoridade administrativa, na função administrativa; ou por autoridades legislativa ou judiciária, quando exercerem funções administrativas;
- 3) o Direito pode estipular a consequência desfavorável tanto ao infrator, como ao responsável. Aquele é quem efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza a conduta que é pressuposto da sanção; enquanto o responsável responde, sofre a consequência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita;
- 4) a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tem por escopo desestimular as pessoas a cometerem futuras violações. A finalidade é preventiva.⁴⁶

Conjugando as ideias acima apresentadas, traz-se o conceito de sanção administrativa delineado por Osório⁴⁷, a fim de complementar a análise em comento:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, 1999. A redação do artigo transcrito é criticada pela doutrina, uma vez que deixou de prever aspectos importantes referentes à aplicação da sanção, aos critérios de sua aferição, bem assim restringiu as espécies de punição a somente três, sendo que nas leis específicas (Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo) há mais formas de sanções passíveis de aplicação. Desse modo, considerando-se que o artigo 69 do mesmo diploma legal aduz que a Lei 9.784/99 será aplicada subsidiariamente às leis especiais, tal dispositivo fica quase sem aplicação prática (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 430-1).

⁴⁵ VITTA, 2003, p. 66.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ OSÓRIO, 2011, p. 100.

corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não de especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. [grifo do autor]

Somente para fins de enriquecimento do estudo proposto, colaciona-se a definição de sanção administrativa formulada por Enterría e Fernández⁴⁸, que se coaduna com as definições elaboradas pelos doutrinadores brasileiros acima exploradas:

Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin afflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; [...].

A seu turno, a sanção penal pode ser definida como a resposta do Estado, por meio do Poder Judiciário, à prática de uma conduta definida como crime pelo ordenamento jurídico, a qual tem por escopo punir o transgressor da norma proibitiva, infligindo-lhe um castigo, objetivando reinserir o indivíduo ao convívio social harmônico, além de possuir caráter de prevenção geral contra a prática de novos atos delituosos.⁴⁹

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

A doutrina clássica, acompanhada pela mais atual, tem sustentado a tese de que sanções penais e administrativas guardam uma identidade ontológica⁵⁰ entre si, aplicando-se o mesmo entendimento aos respectivos ilícitos, pois não possuiriam diferenças substanciais. Cita-se a clássica doutrina de Hungria⁵¹ que discorre nesse sentido:

⁴⁸ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 161.

⁴⁹ BITENCOURT, 2010, p. 118-9.

⁵⁰ Nieto assim define identidade ontológica ao examinar aquela existente entre os ilícitos penal e administrativo: “*En mi opinión, aquí se emplea esta palabra en su sentido más propio, es decir, con referencia al ‘ser’ o naturaleza de los ilícitos. Carencia de diferencias ontológicas equivale a que, por naturaleza o esencia, se trata de ilícitos idénticos o no distintos*”. (NIETO, 2002, p. 151).

⁵¹ HUNGRIA, Néilson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, fasc. 1, p. 24-31, jan. 1945, p. 24-7.

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

[...]

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

Com relação à questão da gravidade das penas como critério de distinção quantitativo, conforme trazido por Hungria e sustentado com ainda maior convicção por Mir⁵², este é refutado pela atual doutrina, conforme se verifica nas obras de Vitta, Osório e Oliveira. Estes sustentam, em linhas gerais, que tal critério diferenciador é inútil, até mesmo porque, por vezes, sanções administrativas podem trazer consequências mais graves ao infrator do que uma sanção penal.⁵³

Os referidos autores, especialmente Vitta e Oliveira, bem como, os espanhóis Enterría e Fernández⁵⁴ sustentam que a diferença entre as sanções administrativas e penais reside no regime jurídico que cada uma adota para sua aplicação,

⁵² Segundo Mir, ao analisar a distinção à luz do Direito espanhol, “Entre as penas e as sanções administrativas existem apenas diferenças quantitativas”. (MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr./jun. 1993, p. 29).

⁵³ Nesse sentido Vitta (2003, p. 67) sustenta que: “As sanções penais e administrativas são iguais, homogêneas, e eventuais divergências de *gravidade* não significam distinção de fundo, de substância. As sanções são, ontologicamente, iguais”. [grifo do autor]. Na mesma linha, Oliveira (2012, p. 66) explica que: “O fato de agredir com maior ou menor intensidade a ordem jurídica não traz utilidade ao jurista. Logo, a análise da essência do comportamento é inconveniente e despicienda, bem como o é a reação graduada do ordenamento jurídico”. Corroborando com as explicações retro, colaciona-se o entendimento de Osório (2011, p. 148) no sentido de que: “É possível, inclusive, desde um ponto de vista dogmático, que uma sanção administrativa cause maior ‘dor’ e ‘sofrimento’ ao infrator do que uma sanção penal, ou mesmo maior gravame a direitos fundamentais”.

⁵⁴ Nesse sentido conclui Vitta (*op. cit.*, p. 33-4) que: “o critério reside na verificação da *autoridade* (*agente público*) que tem *competência*, atribuída pelo ordenamento jurídico, para impor a *sanção*; se for autoridade *administrativa* (judicial ou legislativa, na função administrativa, ou do Poder Executivo), haverá *ilícito dessa natureza*”. [grifo do autor] Embora tal trecho trate da análise da diferença entre os ilícitos, o mesmo critério (formal) é adotado pelo autor com relação às sanções administrativas. (p. 68). Segundo Enterría e Fernández (2000, p. 161), por sua vez, as sanções administrativas se distinguem das penas criminais “*por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales*”.

momento no que diz respeito ao órgão competente para tanto. Cita-se a explicação de Oliveira⁵⁵ sobre o tema, tendo em vista a clareza de sua lição:

Assim, quando a restauração da ordem jurídica deva ser feita através do órgão do poder encarregado de dizer o direito, com caráter de força de coisa julgada, temos a pena criminal [...].
De outro lado, quando o ordenamento jurídico atribui a aplicação da sanção a um órgão administrativo, ou judicial, ou legislativo, no exercício de sua função atípica, possuindo o ato força de presunção de legalidade, temos a *sanção administrativa*. [grifo do autor].

Osório⁵⁶ vai além na análise das semelhanças e diferenças existentes entre as sanções administrativas e penais, analisando as bases dos regimes jurídicos distintos a elas aplicáveis no que tange aos aspectos formais e substanciais existentes em cada um deles, tais como a autoridade competente, o meio cabível para apuração do ilícito e aplicação do respectivo sancionamento (se processo penal ou processo administrativo), o modo de interpretação adotado em cada sistema e os princípios previstos no ordenamento jurídico, concluindo seu pensamento da seguinte forma:

A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direitos penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas. Nesse ponto, cabe lembrar que a existência de diferenças, em grau acentuado, justifica a invocação de regimes jurídicos distintos para realidades distintas, mas não se pode ignorar a possibilidade dos chamados “núcleos duros” aos quais determinadas realidades normativas devem reportar-se, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada.

Relacionando a tese da identidade ontológica entre as sanções penais e administrativas e/ou entre os ilícitos penais e administrativos com a (frágil) teoria da unidade do poder de punir do Estado, Nieto⁵⁷ formula suas conclusões acerca das consequências da aceitação dessas duas correntes de pensamento, conjuntamente, o que é tendência no Direito Espanhol, elaborando a seguinte crítica:

Mi postura puede, entonces, resumirse en los siguientes términos: 1º Si se acepta la identidad ontológica (harto discutible, por cierto) de delitos e infracciones administrativas, y la correlativa inserción de la potestad penal y de la potestad administrativa sancionadora en un genérico, único y superior ius puniendi del Estado, hay que aceptar inexorablemente todas sus

⁵⁵ OLIVEIRA, 2012, p. 66.

⁵⁶ OSÓRIO, 2011, p. 131.

⁵⁷ NIETO, 2002, p. 159.

consecuencias jurídicas. 2.º Una de las más importantes de éstas es la afirmación de que dicho ius puniendi del Estado está regido por el Derecho público estatal y no por el Derecho Penal, que es propio únicamente de una de sus variedades. 3.º Luego el Derecho Administrativo Sancionador tiene que inspirarse en el Derecho público estatal, de donde emana, y no del Derecho Penal.

[...]

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

Prosseguindo na sua análise, Nieto⁵⁸ verifica que há, uma “*aproximación fenomenológica*” entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador que implicaria na utilização de princípios do primeiro ao segundo sistema punitivo, o que, de acordo com abordagem já realizada nesta exposição, não pode se dar de maneira direta, pois dessa forma “*se está procediendo a una simplificación metodológica, se está buscando una solución por el camino más fácil*”, considerando-se que o Direito Penal “*está mucho más elaborado que el Derecho Administrativo Sancionador*”. Induz a essa medida, nas palavras de Nobre Júnior⁵⁹, o fato de que “as garantias constitucionais implícitas, inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, § 2º, CF), conduzem à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas”.

Dentre os princípios gerais de Direito Penal que possuem aplicação no Direito Administrativo Sancionador, podem-se destacar alguns como sendo os mais reverenciados pela doutrina e de mais impactante aplicação no Direito Administrativo Sancionador, sem a exclusão de outros que guardam igual importância, mas que não serão objeto de análise neste trabalho. Assim, se tratará dos seguintes princípios: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da tipicidade; c) o princípio da culpabilidade; d) o princípio da proporcionalidade; e) a presunção de inocência.⁶⁰ Com relação ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, este será especificamente

⁵⁸ NIETO, 2002, p. 160-5.

⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar., 2000, p. 130.

⁶⁰ Sobre o assunto, ver: Enterría e Fernández (2000, p. 172-81); Osório (2011, p. 165-350); Vitta (2003, p. 70-124); Nobre Júnior (*op. cit.*, p. 130-51).

estudado em momento oportuno, a fim de lhe conferir maior atenção, tendo em vista se tratar do objeto primeiro de análise deste trabalho, à semelhança do que se fará com o princípio do devido processo legal, que será analisado no capítulo seguinte, de maneira apartada dos demais.

2.3.1 Princípio da legalidade

Sobre o princípio da legalidade, destaca-se o conceito formulado por Mello⁶¹, respectivamente a sua aplicação nas sanções administrativas, destacando sua importância como garantia ao administrado subordinado à potestade sancionatória do Estado:

Este princípio basilar de Direito, como é sabido e ressabido, significa subordinação da Administração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia dos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. É fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situações em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo seu poderio, como eventual vergastadora da conduta deste último. Bem por isto, tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei – não em regulamento, instrução, portaria e quiejandos. Ressalvem-se, entretanto, as hipóteses *retro* referidas, atinentes à chamada “supremacia especial” [...], em que a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico travado com o particular [...].

Originariamente, o princípio da legalidade vinculou suas proposições à separação dos poderes com o advento do Estado (Democrático) de Direito, em oposição ao Estado absolutista, isso porque “mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade”. É por esse motivo, também, que se confere a comentado princípio “um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção da legalidade administrativa”,⁶² sendo considerado como “uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”, o que se justifica pelo fato de que “a lei, ao mesmo tempo

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 866-7.

⁶² MEDAUAR, 2012, p. 135.

em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”.⁶³

Finalmente, Osório⁶⁴ traça importante comparação entre o modo como dito princípio se aplica nas esferas penal e administrativa sancionadora, o que ocorre de maneira bastante diversa, vale dizer, tendo em vista a maior flexibilidade conferida à legalidade administrativa no que concerne ao conteúdo das normas de Direito Administrativo Sancionador, que possuem uma maior área de abrangência material:

Especialmente no Direito Administrativo Sancionador, vigora, sem dúvida, a legalidade dos tipos sancionadores, porém com importantes distinções em relação à legalidade penal, em virtude das fontes diversas de aplicação. Vale anotar que o Direito Penal conta com previsões mais concentradas e especializadas, rígidas e historicamente concebidas à luz de determinados paradigmas. Já a legalidade do Direito Administrativo Sancionador tem origens um tanto quanto diversas, embora guardando raízes comuns, não conta com o mesmo histórico e vem desempenhando funções mais flexíveis, dentro do leque imenso de demandas que desembocam nas Administrações Públicas, as quais são os principais autores desse ramo jurídico, embora não tenham titularidades privativas.

Portanto, é possível se verificar que, assim como no Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador incide o princípio da legalidade, ainda que de forma mais ampla e abrangente, bem como observadas algumas restrições, como é o caso já mencionado das relações de supremacia especial do Estado. O certo é que a aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, assim como os demais postulados que serão analisados na sequência, além de princípio norteador do agir da Administração, constitui importante garantia ao administrado, uma vez que subordina a atuação administrativa à lei.

⁶³ DI PIETRO, 2012, p. 64.

⁶⁴ OSÓRIO, 2011, p. 212-7. No que concerne à citada supremacia especial do Estado, colaciona-se a doutrina de Oliveira (2012, p. 56), a fim de assinalar seu conceito, bem como sua diferença com a chamada supremacia geral: “A supremacia geral decorre do fato de a Administração cuidar da satisfação dos interesses coletivos, como titular do poder de império. A especial advém de relações particulares com os que se submetem a plexo de normas criado pelo Estado. Quando alguém se insere sob um ‘estatuto’ como o dos funcionários públicos, ou ao liame que une Administração central às entidades da Administração descentralizada etc., submete-se a regras específicas que irão disciplinar o relacionamento comum. A relação de supremacia geral é de *poder*, unindo Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional”. [grifo do autor].

2.3.2 Princípio da tipicidade

Tratando-se, por sua vez, do princípio da tipicidade, este exige que “a Administração, ao manejar a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração”,⁶⁵ a qual deve ser redigida com suficiente clareza, conforme as seguintes palavras de Mello⁶⁶, com o fim de:

[...] *não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável*, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá que evitar ou que terá que praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja *objetivamente* reconhecível. [grifo do autor].

O fato de o princípio da tipicidade ser também aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, no que diz respeito tanto à previsão clara das condutas infracionais, quanto das suas respectivas sanções,⁶⁷ aos moldes do que se verifica no Direito Penal, traduz-se numa importante garantia de segurança jurídica⁶⁸ aos administrados e demais particulares submetidos a relações de sujeição (geral ou

⁶⁵ NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 136.

⁶⁶ MELLO, 2013, p. 869.

⁶⁷ Consoante a lição de *Ibid.* (p. 870): “Se na caracterização das infrações administrativas são reclamados os indispensáveis cuidados que preservem a razão de existir do princípio da legalidade, outro tanto se dirá no que respeita à identificação das *sanções* cabíveis em vista das condutas violadoras que as ensejam”. [grifo do autor].

⁶⁸ Segundo Medauar (2012, p. 144), o princípio da segurança jurídica é visto por muitos doutrinadores como sendo “um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, tendo, portanto, nível constitucional. [...] Visa a preservar a estabilidade nas relações, situações e vínculos jurídicos. Dentre suas consequências estão: proibição, em geral, de retroatividade dos atos administrativos; impedimento de aplicação de nova interpretação a situações pretéritas; proibição de anulação de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato”. Como desdobramento do princípio da segurança jurídica, surge, modernamente, o princípio da proteção substancial da confiança, importado do direito alemão e do holandês, que deve ser considerado, de acordo com a obra de Maffini, “como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos”. (MAFFINI, Rafael de Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. 2005. 253f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 48-9).

especial) com a Administração Pública,⁶⁹ na medida em que tenham plena e prévia ciência das condutas proibidas de serem praticadas, bem como das consequências jurídicas dessas práticas.⁷⁰

Ademais do princípio da segurança jurídica, o princípio da tipicidade possui íntima relação com o princípio da legalidade anteriormente estudado, na medida em que a Administração somente pode praticar atos que estejam previstos em lei. Logo, se uma infração passível de sancionamento na via administrativa não estiver devidamente tipificada na legislação, ou mesmo se a sanção aplicada de fato não estiver prevista como consequência da conduta infracional, o ato do administrador público estará permeado por uma *ilegalidade*⁷¹, devendo ser anulado.

Sobre a correlação entre tais princípios – da legalidade e da tipicidade – clara é a exposição de Osório⁷²:

[...] Pode-se dizer, nesse passo, que o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse substancial conjunto de direitos fundamentais, decorre, ainda, genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, vale dizer, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II, CF/88). Some-se a isso o fato de que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência de legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que pode implicar, em semelhante contexto, necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-las.

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da tipicidade anda lado a lado com o princípio da legalidade como forma de garantir aos administrados que somente sejam alvo de sancionamento por parte da Administração Pública se, além de haver previsão legal da conduta ilícita e da respectiva sanção cabível, tal previsão se der de modo suficiente e adequado a enquadrar precisamente a conduta praticada pelo suposto infrator ao “tipo administrativo”, dando-lhe plena ciência da proibição e da conseqüente sanção.

⁶⁹ A questão das relações de sujeição à supremacia geral ou especial do Estado já foram delimitadas por Oliveira (2012, p. 56), cumprindo neste momento a análise da incidência do princípio da tipicidade em ambos os casos, para o que se traz a lição de Vitta (2003, p. 94): “Assim, o ‘tipo administrativo’, na *supremacia geral do Estado*, deverá conter a *conduta* e a correspondente sanção; na *relação de supremacia especial do Estado*, podem ser utilizados conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, com os *limites* apontados, a fim de garantir o princípio da legalidade, o da segurança jurídica e o do devido processo legal”. [grifo do autor].

⁷⁰ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 174.

⁷¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 38.

⁷² OSÓRIO, 2011, p. 219.

2.3.3 Princípio da culpabilidade

A aplicação do princípio da culpabilidade é polêmica no Direito Administrativo Sancionador. Para alguns autores (a minoria) basta a voluntariedade⁷³ na prática do ato infracional – responsabilidade objetiva – enquanto que para outros (a maioria) é necessária a demonstração de dolo ou culpa na conduta do infrator – responsabilidade subjetiva.⁷⁴

Segundo o entendimento de Vitta⁷⁵ é imperiosa a presença do dolo ou da culpa na conduta do acusado, justificando seu posicionamento de acordo com os princípios do Estado de Direito, da Democracia e da República. Lembre-se que tais postulados visam, dentre outras finalidades, resguardar o cidadão das arbitrariedades do Estado, exigindo-se, nesse sentido, a comprovação do dolo e da culpa do administrado, a fim de evitar punições discricionárias e arbitrárias.

Nessa mesma linha se encontra a doutrina de Osório⁷⁶ que relaciona a incidência do princípio da culpabilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, este consistente em fundamento da República Federativa do Brasil, embora aquele não esteja previsto expressamente na Carta Política, o que, segundo o autor, não representa qualquer óbice na sua aplicação, tendo em vista que:

Nesse contexto, não se costuma discutir a existência de um princípio constitucional da culpabilidade no Direito Penal, princípio que decorreria do conjunto de garantias conferidas aos acusados em geral, ligando-se à ideia de responsabilidade subjetiva. Com efeito, não se tolera responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa, sem os fundamentos e pressupostos da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas a esse respeito, embora a Carta Magna tampouco tenha consagrado, explicitamente, a culpabilidade como princípio textual.

⁷³ Conforme explica Mello (2013, p. 871-2), quando se refere à voluntariedade “não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta”. Para o autor “basta a voluntariedade, sem prejuízo, é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual” para se configurar a existência de um ilícito administrativo [grifo do autor].

⁷⁴ Sobre o sistema espanhol, salientam Enterría e Fernández (2000, p. 176) que: “*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 meados 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. [...]*”.

⁷⁵ VITTA, 2003, p. 43.

⁷⁶ OSÓRIO, 2011, p. 356. Diz ainda o autor, que a: “Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas ou mesmo jurídicos, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa física, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica”. (p. 358).

Desse modo, para que o indivíduo possa ser punido em âmbito administrativo pela prática de um ilícito, da mesma forma como ocorre no processo penal, deve-se averiguar sua responsabilidade subjetiva, ou seja, se ele era ou não culpável, demonstrando-a através dos meios de prova admitidos.⁷⁷

2.3.4 Princípio da proporcionalidade

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade “*Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas*”.⁷⁸ Em outras palavras, de acordo com a obra de Medauar⁷⁹:

[...] O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

Ademais, “as sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração”,⁸⁰ o que decorre, invariavelmente, do princípio do Estado de Direito, significando “que o Estado, para atingir seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão”.⁸¹

Nesse aspecto, relevante a relação estabelecida por Osório⁸² entre o Estado Democrático de Direito e o postulado da proporcionalidade, à vista de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos:

A CF/88 reintroduziu, no sistema jurídico pátrio, o Estado Democrático de Direito que é, a um só tempo, um Estado Constitucional fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania, e um Estado submetido a um Direito democraticamente constituído e legitimado, além de possuir outros fundamentos relevantes. O Estado de Direito, nessa direção, pressupõe a

⁷⁷ OSÓRIO, 2011, p. 353.

⁷⁸ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 177.

⁷⁹ MEDAUAR, 2012, p. 143.

⁸⁰ MELLO, 2013, p. 872.

⁸¹ OLIVEIRA, Antônio Albino Ramos de; GEBRAN, João Pedro; BRUNONI, Nivaldo; *et al. Princípio da proporcionalidade e direito administrativo. Revista AJUFE Edição Nacional*, São Paulo, n. 49, p. 63-7, mar./abr. 1996, p. 63.

⁸² OSÓRIO, *op. cit.*, p. 189-90.

defesa de direitos humanos, conseqüentemente de direitos fundamentais, e aí é possível dizer que o postulado da proporcionalidade está indissolúvelmente ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito ou de um Estado Democrático de Direito, não importa.

Destarte, verifica-se ser de extrema importância o princípio em tela, considerando-se que se trata de mais uma garantia aos direitos fundamentais dos acusados em processos administrativos sancionadores, que, cada vez mais, obedecem aos postulados do Direito Punitivo enraizados no Direito Penal.

2.3.5 Princípio da presunção de inocência

Princípio bastante difundido no Direito Penal é o que prevê a presunção de inocência, que encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII, possuindo a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸³

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, aludido postulado é aplicado com “diferenças sensíveis”, sem que, no entanto, não seja observado de maneira plena com o *status* de garantia do acusado.⁸⁴

Inclusive, colaciona-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que destaca a incidência e aplicação dos princípios até então examinados no presente trabalho, conferindo importante destaque ao princípio da presunção de inocência, o que faz nos seguintes termos:

12. A materialização do dever-poder estatal de punir deve estar compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana. Demitir Servidor, quando pairam dúvidas a respeito de alguns fatos e circunstâncias da conduta sancionável, sobretudo em relação a existência de dolo, consubstancia utilização desmesurada e irrazoável do poder sancionatório conferido à Administração por flagrante violação do princípio constitucional da presunção de inocência, que deve nortear todo ato sancionador do Poder Público.⁸⁵

⁸³ BRASIL. **Constituição**, 1988.

⁸⁴ OSÓRIO, 2011, p. 396-7.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24584/SP, 5ª Turma, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 08 mar. 2010, p. 4-5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=2683&seq_documento=2673940&data_pesquisa=08/03/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=24584&ids=2673940,2675490>. Acesso em: 12 fev. 2014.

Dentre as peculiaridades apresentadas na aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, destaca-se seu conflito com o princípio da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, o que inclui, por certo, as provas utilizadas pela acusação.

Elucidativa é, nesse ponto, a doutrina de Osório⁸⁶:

A inocência se presume até certo ponto, vale ressaltar com insistência, mesmo porque a terminologia mais apropriada talvez não fosse esta, mas sim aquela relativa ao estado jurídico de inocência. Há circunstâncias – fáticas ou jurídicas – que podem inverter essa presunção, criando aos acusados uma necessidade de provar determinadas circunstâncias, fatos, situações, eis uma assertiva incontestável. As provas acusatórias podem ostentar presunções de legitimidade e veracidade dos fatos nelas espelhados. De igual modo, certas presunções emergem diretamente de determinados acontecimentos, fatos ou situações.

[...]

No Direito Administrativo Sancionador, alguns atos gozam, sim, de alguma presunção de veracidade (que tampouco é absoluta), como é o caso das multas de trânsito ou das autuações fiscais, embora tais presunções estejam expostas a uma crítica pautada por parâmetros razoáveis, calcados em expectativas institucionalizadas.

Ainda sobre esse aspecto importante, segue Osório⁸⁷ em sua doutrina afirmando que o princípio da presunção de inocência não pode ser invocado de maneira a “derrubar a eficácia” de documentos confeccionados pela Administração Pública que gozem de presunção de veracidade e legitimidade, como é o caso daqueles mencionados na citação retro. Desse modo, aduz o autor, em atenção ao direito à ampla defesa do acusado, que o que ele pode fazer “isso sim, é produzir uma contraprova, uma prova defensiva que desmoralize a validade e a eficácia da prova acusatória, ou que a coloque *sub censura*”.

Ante o exposto, verifica-se que, embora com certas limitações, a presunção de inocência incide nos processos administrativos que visam à punição do administrado, assegurando-lhe os direitos à ampla defesa e ao contraditório na busca da desconstituição da prova produzida pela Administração Pública, ainda que sobre ela recaia presunção de veracidade e legitimidade.

⁸⁶ OSÓRIO, 2011, p. 405-6.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 408. Enterría e Fernández (2000, p. 178) propagam o mesmo entendimento, asseverando que: “La supuesta presunción de verdad de los actos administrativos no es tal, sino un mecanismo de autotutela previa o provisional que presumo sólo la validez en tanto ésta no se destruya a través de un medio impugnatorio [...]”.

Desse modo, importante se abordar no capítulo subsequente o princípio do devido processo legal, que possui como principais corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório, os quais incidem amplamente nos processos administrativos, principalmente naqueles sancionadores.

O estudo de aludido princípio, abrangendo sua origem, desenvolvimento, dimensões e desdobramentos lógicos é necessário para, ao final, analisar-se como se manifesta o princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, tendo em vista que essa hipótese surge exatamente quando o acusado se utiliza de um de seus meios de defesa no processo – o recurso.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 HISTÓRICO EVOLUTIVO

O princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, teve sua primeira manifestação na Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, onde constou no seu artigo 39 a referência a *law of the land*.⁸⁸ A previsão constitucional surgiu como forma de “garantia da proteção à liberdade e propriedade do ser humano”⁸⁹ frente aos abusos então cometidos pelo Estado, vinculando-se, originariamente, ao processo penal, tendo em vista a urgência de romper com o regime jurídico completamente alheio a garantias individuais aplicado a essa seara do direito naquela época.⁹⁰

A expressão atualmente atribuída ao princípio – *due process of law* – somente foi introduzida no lugar da originária *law of the land* no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, lei inglesa editada durante o reinado de Eduardo III, passando o postulado a integrar diversas constituições estaduais da Inglaterra, como foi o caso das de Massachusetts e de New Hampshire.⁹¹

Mas, foi a concepção norte-americana do devido processo legal a “responsável pela positivação de importantes garantias de controle da atividade estatal na restrição das liberdades públicas em geral e, mais especificamente, da propriedade e da liberdade”,⁹² o que se deu com a inclusão da Quinta Emenda à Constituição daquele país, em 1789, cujo conteúdo é o seguinte:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declarações e sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. rev., ampl. e atual. **Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman**, v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

⁸⁹ OSÓRIO, 2011, p. 167.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out, 2006, p. 4.

⁹¹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 32-3.

⁹² NOHARA; MARRARA, 2009, p. 40.

mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada em nenhum **caso criminal** a depor contra si mesma, **nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal**; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação.⁹³ [grifo nosso].

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

Relativamente à inserção do princípio no ordenamento jurídico pátrio, esta se deu com maior intensidade na Constituição Federal de 1988, através do disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, apesar de já constar timidamente nas Constituições de 1946, 1967 e 1969,⁹⁴ momento em que, segundo a lição de Barros⁹⁵:

O devido processo legal passou a adquirir um duplo significado, primeiramente de legitimador da atuação do Estado, não apenas no aspecto jurisdicional, mas também administrativo, e, por outra banda, como uma resposta negativa a possibilidade de retorno do regime anteriormente vivenciado, a ditadura; demonstrando os legisladores a intenção de prover a nação de um sistema eficiente de proteção contra a promoção de atos contrários aos princípios fundamentadores de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, conforme já mencionado, em seu nascedouro a regra fundamental do devido processo legal possuía estreita ligação com o processo penal, não se aplicando às demais áreas do Direito, interpretação restritiva que também foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando das primeiras manifestações do princípio. Com o passar do tempo, porém, “um longo caminho evolutivo levou, primeiro, ao reconhecimento da aplicabilidade das garantias ao processo civil e, posteriormente, ao processo administrativo punitivo”,⁹⁶ tornando-se o *due process of law* um princípio de ampla abrangência nos mais diversos ordenamentos jurídicos dos Estados constituídos como Estado de Direito.

Destarte, verifica-se que além do fato de, originariamente, o princípio ter se aplicado somente ao processo penal, sua observância era deveras restritiva, uma

⁹³ NOHARA; MARRARA, 2009, p. 40-1.

⁹⁴ GRINOVER, 2006, p. 4.

⁹⁵ BARROS, Wellington Pacheco de. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-8.

⁹⁶ GRINOVER, *op. cit.*, p. 4.

vez que a cláusula do devido processo legal somente era visualizada sob seu aspecto formal, processual ou, melhor dizendo, procedimental. Nesse sentido, esclarece Figueiredo⁹⁷ que:

Inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o *due process of law* quando fosse cumprido o *due procedural process of law*. Em outro falar, o *procedimento do devido processo legal*. Cumprido, então, o *procedimento*, considerava-se cumprido o *due process of law*. [grifo do autor].

Atualmente, referido postulado é interpretado também sob seu aspecto material, passando a ter um “duplo conteúdo: substancial e formal”. Assim, “somente respeitará o *due process of law* a lei [...] se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais”.⁹⁸ Nas palavras de Osório⁹⁹, a cláusula do *due process of law* ostenta “dois importantes significados: uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias”.

Destaca-se a singela e genérica conceituação da cláusula do *due process of law* elaborada por Nery Júnior¹⁰⁰, a fim de melhor se compreender a magnitude do princípio em análise:

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Justamente pela amplitude da aplicação do devido processo legal é que o princípio é tão consagrado na maioria dos ordenamentos jurídicos, revelando-se como uma das principais garantias constitucionalmente asseguradas aos indivíduos que estejam litigando judicial ou administrativamente.¹⁰¹

Desse modo, verifica-se que aludido postulado, após intenso processo evolutivo, está amplamente inserido no Direito brasileiro, incidindo em todas as qualidades de processo, seja ele judicial (cível ou penal), ou mesmo administrativo.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ OSÓRIO, 2011, p. 169.

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, 2000, p. 34.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.

Destaca-se que essa ampla inserção do devido processo legal se apresenta como forma de implantação do Estado Democrático de Direito, bem assim como garantia individual.¹⁰² Ademais, conforme será analisado no tópico seguinte, tal princípio deve ser observado em sua dupla dimensão, a fim de garantir da melhor forma os direitos de defesa dos indivíduos frente a casos em que se vêem ameaçados seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

3.2 DIMENSÕES

Alhures restou dito que o princípio do devido processo legal deve ser observado à luz do seu aspecto formal e do seu aspecto material, que podem ser tratados como sendo a dimensão formal e a dimensão material ou substancial do postulado em questão,¹⁰³ as quais serão devidamente analisadas nos tópicos seguintes.

3.2.1 Devido processo legal substancial

Em seu aspecto material – *substantive due process* – o devido processo legal exige do legislador a observância do conteúdo razoável das normas editadas, a fim de que almejem o interesse público, sendo contrária ao direito toda a lei que não cumpra esse requisito.¹⁰⁴ Nesse sentido, assinala Osório¹⁰⁵ que: “Pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do *just and fair standart*, ajustando-se às ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade”.

Consentâneo com o entendimento esposado já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a dimensão substancial do *due process of law*, a

¹⁰² BARROS, 2005, p. 51.

¹⁰³ Cumpre destacar a explicação formulada por Mariotti sobre a eleição da expressão “dimensões” em sua tese, a qual foi igualmente adotada neste trabalho e também o é em diversas obras sobre o assunto: “Esclareça-se que ter optado pela expressão dimensões do devido processo legal – em vez de formas ou modalidades, por exemplo – é reflexo do entendimento de que a distinção em comento não refere à aplicação de dois conceitos distintos, mas a duas aplicações de um mesmo conceito. O valor por ele resguardado, a protetividade dos direitos, está sempre presente, quer a proteção se mostre em relação à substância do ato restritivo de direitos, quer em relação ao procedimento exigível para a validade do referido ato. [...]”. (MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 132 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 62).

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, 2000, p. 38.

¹⁰⁵ OSÓRIO, 2011, p. 174.

incidir no ato da elaboração do conteúdo das leis, devendo-se atender aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em tal desiderato:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b"). - **O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.** Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de **razoabilidade**. Precedentes.¹⁰⁶ [grifo nosso].

Importante destacar a observação de Nery Júnior¹⁰⁷ acerca dos motivos do surgimento da dimensão substancial do devido processo legal:

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for *razoável*, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário. [grifo do autor].

Desse modo, conclui-se que a dimensão material do princípio do devido processo legal guarda grande importância, na medida em que busca evitar a arbitrariedade legislativa, assegurando que o conteúdo das normas que compõem o

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200844, 2ª Turma, Brasília, DF, 25 de junho de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 157, 16 ago. 2002.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, 2000, p. 38.

ordenamento jurídico brasileiro seja razoável e proporcional relativamente aos preceitos emanados pela Carta Federal, o que, por certo, consubstancia-se em garantia do indivíduo perante o Estado no exercício de seus poderes, tendo em vista que consiste em cláusula limitadora do poder estatal.¹⁰⁸

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

Destarte, imperioso citar o alerta sobre essa questão da interpretação da norma feito por Osório¹⁰⁹ em sua obra, o qual será de grande relevância no seguimento deste trabalho:

O devido processo legal não é, portanto, o respeito às leis processuais ou o produto de uma visão lógico-gramatical da legislação. Essa noção de devido processo legal é bastante ampla e não se esgota na obediência à lei em um sentido formal ou literal, insista-se nesse ponto. Exige-se atendimento a um devido processo legal proporcional e razoável, sendo necessária a busca dos valores imanescentes à cláusula em comento. Imperiosa a obediência aos comandos constitucionais e esses não merecem uma leitura meramente literal.

Portanto, a fim de se atender ao princípio do devido processo legal em sua dimensão material, imperioso que se observem os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade do conteúdo normativo tanto no momento da produção, quanto no momento de interpretação e, conseqüentemente, da aplicação da norma.

3.2.2 Devido processo legal formal

Aludindo-se à dimensão formal do princípio do devido processo legal ou *procedural due process*, esta, originariamente, teve sua noção “ligada à observância de determinadas garantias processuais”,¹¹⁰ considerando-se atendido o princípio com a simples observância do procedimento adequado previsto na legislação correspondente, conforme mencionado quando da análise do surgimento do postulado.

¹⁰⁸ SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano VI, n. 30, p. 59-76, mar./abr. 2005, p. 63.

¹⁰⁹ OSÓRIO, 2011, p. 182.

¹¹⁰ MARIOTTI, 2008, p. 88.

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

Nesse sentido, referindo-se ao fenômeno da processualidade¹¹¹ do Direito Administrativo, Osório¹¹² tece relevante explanação sobre a aplicação do *procedural due process* tanto no âmbito do Direito Administrativo, quanto nos demais ramos do Direito, enumerando *procedimentos* indispensáveis em todas as espécies de processo, seja judicial ou administrativo, em observância à cláusula do devido processo legal:

Imperioso aduzir que a cláusula em exame traduz, desde logo, uma espécie de processualização das atividades do Poder Público, seja ele qual for. Assim, fruto dessa concepção inerente ao devido processo, todos os procedimentos ou processos, administrativos ou judiciais, devem ostentar os seguintes passos: notificação ou citação do imputado, para dar-lhe ciência da imputação em curso; garantia dos direitos de defesa, com abertura de possibilidade de o imputado manifestar-se, por escrito ou oralmente, a respeito do caso; resolução motivada por parte da autoridade competente (previamente); existência de um órgão decisor imparcial.

Destarte, pode-se destacar que “a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.¹¹³

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

¹¹¹ De acordo com Grinover (2006, p. 5): “Dá-se grande ênfase, no Direito Administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do ‘devido processo legal’, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração”.

¹¹² OSÓRIO, 2011, p. 169.

¹¹³ NERY JUNIOR, 2000, p. 41.

Carta Política.¹¹⁴ Assim, estipula a Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LV, que “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”.¹¹⁵

Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco¹¹⁶ destacam as principais garantias decorrentes do devido processo legal analisado sob seu aspecto formal:

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

Pode-se citar, ainda, como importantes “desdobramentos” do princípio do devido processo legal os princípios da isonomia, do direito de ação, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões judiciais,¹¹⁷ e, de acordo com o entendimento exarado por Figueiredo¹¹⁸ e Vitta¹¹⁹, da *non reformatio in pejus*.

¹¹⁴ OSÓRIO, 2011, p. 171. Destaca-se a conclusão de Nery Júnior (2000, p. 41) sobre a abrangência do devido processo legal: “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5.º seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas pela administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. Para Mariotti (2008, p. 102) entretanto, não é correto se falar em desdobramentos ou deduções do devido processo legal, mas sim atribuir a este o sentido de sobreprincípio informativo dos demais subprincípios – leia-se os demais incisos do artigo 5º da Constituição Federal, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural e a motivação das decisões – os quais formam o conceito do devido processo legal: “Admitir que o devido processo legal, no papel de sobreprincípio, dá um sentido de finalidade última para a incidência concreta de outras garantias processuais inscritas na CRFB e que essas garantias devem ser articuladas de forma a realizar, em cada caso concreto, o ideal de protetividade dos direitos da pessoa, é muito diferente, pois, de considerar que o contraditório, a ampla defesa e todas as demais garantias constitucionais do processo sejam meras deduções ou desdobramentos necessários do devido processo legal. Pelo contrário, esses subprincípios desempenham importante função definitiva do conteúdo do devido processo legal, explicitando, com conceitos de maior densidade semântica, que elementos o compõem na sua configuração constitucional concreta. [...]”.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição**, 1988.

¹¹⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 685.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁸ FIGUEIREDO, 2003, p. 423-35

¹¹⁹ VITTA, 2003, p. 104.

Em virtude da magnitude que se confere às garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, corolários lógicos do devido processo legal, ambas serão melhor analisadas no próximo tópico, a fim de delimitar a incidência de cada qual no exercício da defesa do indivíduo.

Finda tal análise, necessária ao deslinde do presente trabalho, passar-se-á ao estudo da aplicação da cláusula do devido processo legal no âmbito específico do Direito Administrativo, tendo em vista as peculiaridades desse ramo do Direito Público. Posteriormente, concluída a análise do postulado do *due process of law*, chegar-se-á ao ponto culminante deste trabalho: a análise do princípio da *non reformatio in pejus* que, conforme já referido, igualmente decorre do postulado do *due process of law*.

3.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Tais garantias constitucionais se revelam intimamente conectadas, dificultando sua análise em apartado, uma vez que a todo o momento seus conceitos se entrelaçam, demandando que sejam tratados de forma conjunta, ainda que se possa diferenciá-los, como faz Osório¹²⁰ na seguinte passagem:

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

Já de acordo com Nohara e Marrara¹²¹, a ampla defesa é “noção mais abrangente do que contraditório”, haja vista que o contraditório consiste num dos principais instrumentos de garantia à ampla defesa, a qual, por sua vez, exige a observância obrigatória de etapas que assegurem a configuração de um devido processo.

Acompanhando o entendimento exarado pelos autores acima citados, Carvalho Filho¹²² ressalta que:

¹²⁰ OSÓRIO, 2011, p. 425.

¹²¹ NOHARA; MARRARA, 2009, p. 64.

¹²² CARVALHO FILHO, 2013, p. 54-5.

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

Partindo-se para uma análise mais individualizada dos aspectos próprios de cada uma das garantias, o princípio do contraditório pode ser entendido como a garantia de plena informação e possibilidade de reação do indivíduo frente aos fatos alegados ou provas e pontos de vista apresentados pela outra parte no processo. Nessa linha, apresenta-se a definição de Medauar¹²³:

Em essência, o *contraditório* significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem [...]. Elemento ínsito à caracterização da processualidade, o *contraditório* propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos [...]. [grifo do autor].

Para a ilustre autora, o contraditório reflete importantes consectários, os quais estão intrinsecamente ligados também com o princípio da ampla defesa, quais sejam: a) informação geral sobre os atos do processo; b) ouvida dos sujeitos ou audiência das partes; c) motivação das decisões tomadas.¹²⁴ Sem tais direitos, não seria possível se exercer a plenitude defensiva, restando igualmente ferido o princípio do contraditório, o qual, conforme indicado, pressupõe o binômio informação-reação.

¹²³ MEDAUAR, 2012, p. 182-3.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 183-4. Esmiuçando o rol de direitos decorrentes da atenção ao princípio do contraditório, Di Pietro (2012, p. 686) destaca as seguintes exigências do princípio, que estão albergadas pelos itens destacados por Medauar: “1. notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3. direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4. direito de apresentar defesa escrita”.

A seu turno, o princípio da ampla defesa pode ser conceituado como a “possibilidade de produção de defesas concretas, podendo consistir elas de peças processuais, ou de ampla produção de provas”,¹²⁵ possuindo “sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem”.¹²⁶

Do mesmo modo como elaborado para o princípio do contraditório, Medauar¹²⁷ lista os desdobramentos que considera como mais ligados à garantia da ampla defesa, consistentes no (a) caráter prévio da defesa, no (b) direito de interpor recurso, na (c) defesa técnica, no (d) direito de ser notificado e no (e) direito de solicitar a produção de provas, de que estas sejam realizadas e consideradas pela autoridade julgadora.

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

3.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Diga-se já no início que “O *princípio do devido processo legal* é o princípio maior que rege o processo administrativo. É a própria base de existência do instituto”,¹²⁸ [grifo do autor] devendo ser amplamente observado em todos os processos administrativos em que se verifique a presença de litigantes ou de acusados (processos punitivos), juntamente com as garantias ao contraditório e à ampla defesa, as quais foram expressamente previstas pelo legislador infraconstitucional na Lei do Processo Administrativo Federal¹²⁹, em seu artigo 2º,

¹²⁵ BARROS, 2005, p. 61.

¹²⁶ MEDAUAR, 2012, p.184.

¹²⁷ *Ibid.*, p.185-6.

¹²⁸ BARROS, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁹ Sublinhe-se que, conforme se demonstrará ao longo da exposição, apesar de não constar expressamente no texto legal a incidência do devido processo legal na Lei do Processo Administrativo Federal (9.784/99), esta é imperiosa, na medida em que consiste em importante garantia aos administrados.

tendo em vista que com o escopo de atingir as finalidades legais por meio do processo administrativo, a Administração “pode provocar constrangimentos a direitos fundamentais dos cidadãos, como a propriedade e a liberdade”.¹³⁰

Na mesma senda, destaca Gordillo¹³¹ a necessária observação do postulado nos processos administrativos, o qual deve ser aplicado, ainda, de forma ampla e jamais restritiva:

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

No que concerne, especificamente, ao Direito Administrativo Sancionador, merece destaque o seguinte trecho da obra de Osório¹³², onde este refere a importância da aplicação do postulado do devido processo legal no instituto:

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

Ademais, ao tratar do exercício do *ius puniendi* pela Administração Pública, assevera Mello¹³³, que, em virtude dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Política de 1988, toda a aplicação de sanção administrativa deve ser precedida do devido processo legal, sob pena de nulidade, também quando a sanção recaia, conforme aduz o inciso LV, sobre bens do acusado (casos de apreensão ou destruição). Tal entendimento é acompanhado por Carvalho Filho¹³⁴, que destaca a imprescindibilidade da aplicação do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que “Nenhuma punição pode ser imposta sem que o punido tenha tido a

¹³⁰ SILVEIRA, 2005, p. 63.

¹³¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003a, p. IX-9-IX-10.

¹³² OSÓRIO, 2011, p. 165.

¹³³ MELLO, 2013, p. 873.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, 2013, p. 56.

oportunidade de rechaçar as acusações que pesam contra si e de provar as alegações que oferece”.

Até o momento, destacou-se que o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa, por disposição expressa na Carta Magna de 1988, aplicam-se aos *processos administrativos* em que haja *litigantes*¹³⁵ ou *acusados*.

Neste ponto surge uma problemática que merece ser sucintamente analisada, que diz respeito à aplicação do contraditório aos procedimentos administrativos preparatórios, como é o caso do inquérito policial, do inquérito civil e da sindicância administrativa, onde é assegurado somente o direito de defesa. Isso porque a ausência de litigantes ou de acusados torna desnecessária a garantia do contraditório. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Nery Junior¹³⁶, que é acompanhado por outros doutrinadores:

Relativamente ao inquérito policial, assim como também no inquérito civil (arts. 8.º, § 1.º, e 9.º, LACP; art. 90, CDC), não incide o dogma constitucional do contraditório. Isto porque não são casos de *processo administrativo*, mas de simples *procedimento inquisitório* que têm a finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover ação judicial civil ou penal. Não se destinam à aplicação de sanção, mas configuram procedimentos preparatórios, de sorte que não são um fim em si mesmos, mas apenas o meio pelo qual o *Parquet* reúne provas para embasar futura e eventual ação judicial. [grifo do autor].

Reforçando a tese acima discriminada, explica Carvalho Filho¹³⁷ que: “Se o processo, por conseguinte, não estampa litígio e revela mero objetivo de apuração de fatos, sem admitir a aplicação de sanções, não há imposição do princípio constitucional”, tendo em vista que, nestes casos, incide o princípio inquisitório.

Na mesma linha, apresenta-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministro Paulo Gallotti afirmou não incidirem os princípios do contraditório e da

¹³⁵ Sobre a utilização do termo *litigantes* em processo administrativo, ressalta Meirelles (2008, p. 104) que: “Ao falar em ‘litigantes’, ao lado dos ‘acusados’, a atual Carta Magna acabou por jurisdicionalizar o processo administrativo. Sem dúvida, em relação aos ‘acusados’ a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos ‘litigantes’, não. Esta é, sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988. É o fenômeno da processualidade administrativa”.

¹³⁶ NERY JUNIOR, 2000, p. 135-6. Coadunam com o entendimento supra: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63-89; Figueiredo (2003, p. 432); Carvalho Filho (2013, p. 55).

¹³⁷ *Ibid.*

ampla defesa na sindicância administrativa, tendo em vista a observância do princípio inquisitório em tal procedimento:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES DE ORDEM FORMAL AFASTADAS. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO. "1. A autoridade administrativa, ciente da prática de qualquer irregularidade no serviço público, deve, de ofício, por mandamento legal, determinar a apuração dos fatos imediatamente, **assegurada ao acusado a ampla defesa**. Inteligência do art. 143 da Lei n. 8.112/90. 2. **A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados.** [...] 6. 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 verificadas." (MS nº 10.827/DF, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 6/2/2006). 7. Ordem parcialmente concedida.¹³⁸ [grifo do autor].

Adota-se, porém, o entendimento de que o contraditório possui aplicação extensiva a tais procedimentos, tendo em vista a condição de vulnerabilidade do indiciado/investigado perante o órgão responsável pela apuração do ilícito, seja ele de natureza penal ou administrativa, demandando que sejam observadas garantias mínimas a lhe assegurarem uma correta apuração dos fatos. Filiam-se a esse entendimento o criminalista Lopes Júnior¹³⁹, bem como Mendes, Coelho e Branco¹⁴⁰ sustentando, entretantes, a observância do devido processo legal material quanto à interpretação da norma constitucional. Essas são as palavras de Lopes Júnior¹⁴¹ sobre a necessidade da observância do princípio do contraditório no inquérito policial:

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente *protetora*, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como "Do Processo Comum", "Do Processo Sumário" etc., quando na verdade queria dizer "procedimento". Tampouco pode ser

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 10828/DF, Terceira Seção, Brasília, DF, 28 de junho de 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 out. 2006, p. 220.

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341-7.

¹⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 611. Os autores expõem o entendimento citado quando dizem que: "Em casos de sindicância administrativa, também, há de se proceder à verificação da ocorrência do contraditório e da ampla defesa". (p. 611).

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 345-6.

alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim *acusados em geral*, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada [...], pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo* [...]. [grifo do autor].

Frise-se, porém, que a aplicação do contraditório na fase investigativa não é ampla, tendo em vista a impossibilidade fática de se exercitar a garantia em sua plenitude, ante a ausência de relação jurídica-processual estabelecida. Dessa forma, restringe-se sua incidência ao *direito de informação*, pois é “através dele que será exercida a defesa” do investigado, o qual deve ter conhecimento pleno acerca dos fatos ilícitos cuja prática a ele é atribuída. Assim, manifesta-se o contraditório no procedimento preparatório como uma “garantia de ‘acesso’ aos autos do inquérito e à luz do binômio publicidade-segredo”.¹⁴²

Ainda nesse sentido, destaca-se a lição de Nohara e Marrara¹⁴³, que traduz a amplitude da cláusula constitucional em âmbito administrativo:

Com base na interpretação sistemática, feita de acordo com o dispositivo constitucional que enuncia o devido processo legal, contido no art. 5º, LIV, podem ser considerados litigantes em sentido amplo todos os que estejam com a liberdade ou os bens ameaçados (de provação ou restrição) em âmbito administrativo.

De tal forma, superada a crítica alhures elaborada, verifica-se que a exigência de se observar um processo regular, consubstanciado nos ditames do devido processo legal, atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, “constitui *segurança* para o administrado defender-se de eventuais excessos praticados pelo Estado – pois um dos pilares do regime democrático de Direito é a segurança jurídica”.¹⁴⁴ [grifo do autor]. Nesse sentido, importantes as palavras de Nohara e Marrara¹⁴⁵:

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

¹⁴² LOPES JÚNIOR, 2012, p. 346.

¹⁴³ NOHARA; MARRARA, 2009, p. 58.

¹⁴⁴ VITTA, 2003, p. 94.

¹⁴⁵ NOHARA; MARRARA, *op. cit.*, p. 60.

Por fim, não se pode olvidar de mencionar aqueles casos em que, de plano, independentemente de qualquer processo ou procedimento administrativo regular, a Administração Pública adota medidas restritivas de direito dos particulares, desatendendo, por óbvio, aos legados do devido processo legal e dos consectários do contraditório e da ampla defesa. Porém, nessas situações não se está tratando de imposição de sanções administrativas, mas sim de “providências acautelatórias, e, por isto mesmo, em face da urgência, desobrigadas de obediência a um processo preliminar”.¹⁴⁶

Fixada a obrigatoriedade da observância do devido processo legal em suas duas dimensões e dos corolários do contraditório e da ampla defesa, tanto nos processos, quanto nos procedimentos administrativos, a fim de garantir da forma mais ampla possível os direitos individuais dos administrados submetidos ao *imperium* do Estado,¹⁴⁷ cumpre examinar o princípio da *non reformatio in pejus*. Este, nota-se, também é intrinsecamente ligado ao devido processo legal e aos direitos de defesa, já que exsurge ao se tratar da apreciação dos recursos administrativos, importante meio de defesa à disposição do acusado, tratando-se do objeto fundamental de análise deste trabalho.

¹⁴⁶ MELLO, 2013, p. 874. O autor cita como exemplo de medida acautelatória adotada pela Administração Pública a “apreensão de equipamentos de caça ou pesca fora das exigências legais, ou de alimentos comercializados em más condições de higiene, ou a destruição, por este mesmo motivo, de xícaras ou copos rachados encontrados pela Fiscalização em bares ou restaurantes populares”. (p. 873-4).

¹⁴⁷ Impende trazer à baila a crítica formulada por Binbenbojm, que desconstrói a ideia fixada pela doutrina de que há um princípio superior a todos os demais princípios, que é o da supremacia do interesse público sobre o do particular, afirmando que o que há, na verdade, é somente um interesse público, mas não um princípio que o assegure de tal forma. Dessa forma, aduz que o interesse público pode ser atendido por meio da garantia dos direitos individuais: “O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. [...] a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro”. (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005, p. 16).

4 O PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

4.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO

4.1.1 Origem histórica

Foi na legislação processual francesa que se deu o surgimento do princípio da *non reformatio in pejus*, por meio de aviso do Conselho de Estado, em 12 de novembro de 1806. Posteriormente, o postulado foi incorporado em outras legislações daquela época, podendo-se citar a título de exemplo o Código de Processo Penal da Alemanha (artigos 272, 398 e 414), o Código de Instrução Criminal da Áustria (artigo 295, § 2º) e o Código de Processo Penal do Egito (artigo 252).¹⁴⁸

Ademais, no mesmo contexto histórico, verifica-se que na legislação da Itália prevalecia norma oposta à vedação da *reformatio in pejus*, uma vez que em grau de recurso toda a matéria era devolvida ao juízo *ad quem*, que podia modificar a sentença em qualquer sentido, não incidindo a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. Somente em 1913, com o novo Código, é que foi adotada a vedação da reforma para pior, aos moldes do que já era observado no direito francês e demais legislações que seguiram seu exemplo.¹⁴⁹

Importante, neste ponto, ressaltar que tanto na atual legislação italiana, quanto na francesa, apesar da expressa previsão de proibição da *reformatio in pejus*, ambas contemplam a possibilidade do *apelo incidental* ou *adesivo*, onde a outra parte, que não recorreu, pode aproveitar o recurso do outro para dele se beneficiar, o que pode conduzir a uma decisão prejudicial à situação do réu recorrente. Sobre esse aspecto, ressalta-se a doutrina de Tourinho Filho¹⁵⁰:

[...] e, portanto, esse apelo incidental, disfarçado de providência liberal, não esconde sua origem espúria: a intenção de, veladamente, revogar ou neutralizar a proibição da *reformatio in pejus*. [...] Tal apelo não passa de infame hipocrisia de igualdade processual, uma vez que, podendo o Ministério Público interpô-lo, o princípio proibitivo da *reformatio in pejus* fica

¹⁴⁸ MACHADO, Marlon Wander. **Os recursos no processo penal e a *reformatio in pejus***. São Paulo: WVC, 1998, p. 97.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. v. 2, 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 403-4.

neutralizado. Por outro lado, constitui ele, também, poderosa arma conferida ao órgão estatal da Acusação, em determinadas circunstâncias, para compelir o réu a desistir do seu apelo, diante da regra de que o apelo incidental perde sua eficácia se houver desistência do recurso principal [...]

Ainda, verifica-se que instituto bastante semelhante ao do apelo adesivo ou incidental já possuía previsão na legislação portuguesa que, inspirada no Direito Canônico, observou a regra da *communio appellationis*, que significa “benefício comum”. Segundo tal regra, a apelação interposta por uma das partes aproveitava também a outra que não tivesse recorrido, podendo, eventualmente, resultar a decisão em prejuízo para a parte que efetivamente apresentou suas razões recursais, tendo prevalecido essa disposição nas três Ordenações do Reino.¹⁵¹

Já no direito brasileiro, o princípio foi adotado com a Constituição de 1891, que em seu artigo 81, § 2º, vedava a *reformatio in pejus* nas revisões criminais,¹⁵² estendendo a garantia aos processos militares, dispondo da seguinte maneira:

Art. 81 - Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República,

§ 2º - **Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.**

§3º - As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.¹⁵³ [grifo nosso].

Na época, tendo sido conferido aos Estados-Membros o poder de legislar sobre matéria processual, foi a lei elaborada pelo Estado do Rio Grande do Sul a primeira a reverenciar o princípio em comento, acompanhando-a o Código Judiciário do Rio de Janeiro, o Código de Processo Penal do Distrito Federal e o de Minas Gerais.¹⁵⁴

Após esse processo mitigado de implantação do princípio, ele se estabeleceu como é encontrado atualmente em âmbito processual penal, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, onde se encontra previsto no artigo 617,

¹⁵¹ PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. São Paulo: 1999. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁵² MACHADO, 1998, p. 98.

¹⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891.

¹⁵⁴ MACHADO, *op. cit.*, p. 98.

aplicando-se a qualquer tipo de recurso e não mais somente aos casos de revisão criminal, conforme determinado na Constituição de 1891.¹⁵⁵

4.1.2 Conceito e fundamentos

Inicialmente, pode-se dizer que “*reformatio in pejus*, como a própria expressão indica, é a reforma para piorar, sob qualquer aspecto, a situação processual do réu”,¹⁵⁶ em face de recurso somente por ele interposto. Assim, diz-se que a possibilidade de *reformatio in pejus* “é a consagração do julgamento *ultra e extra petita*”.¹⁵⁷

Destaca-se, por oportuno, que a *reformatio in pejus*, em se tratando de processos de natureza punitiva, somente é observada sob o prisma do acusado, tratando-se o princípio de um benefício que a ele é concedido por conta do caráter protetivo do Direito Penal, onde o princípio restou consagrado.¹⁵⁸

O princípio em tela possui diversos fundamentos que o justificam, podendo-se mencionar a regra já referida do *tantum devolutum quantum appellatum*, a questão da coisa julgada parcial, o interesse recursal e o direito de ação.¹⁵⁹ Explicar-se-á um a um ditos fundamentos.

Tem-se que em processos regidos pelo princípio inquisitório, diferentemente daqueles que observam o sistema acusatório ou mesmo o misto, não vige o princípio do *nemo iudex sine actore*, que estipula que o juiz não pode agir de ofício, sendo decorrência sua a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, segundo a qual o julgador fica limitado a apreciar as questões trazidas pelo recorrente, o que restringe o efeito devolutivo do recurso; bem assim a regra do *ne eat iudex ultra petitem*, que veda a *reformatio in pejus* em caso de recurso exclusivo da defesa.¹⁶⁰

Assim, a proibição à *reformatio in pejus* decorre da adoção do sistema acusatório, ao menos no que tange ao processo penal, sendo, *a priori*, incompatível com o sistema inquisitório, onde o órgão julgador teria ampla liberdade para decidir. No sistema inquisitório, ademais, verifica-se a concentração, na mesma pessoa, da

¹⁵⁵ MACHADO, 1998, p. 98.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 99.

¹⁵⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 685.

¹⁵⁸ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 39-40.

¹⁶⁰ TOURINHO FILHO, 2005, p. 401.

figura do acusador e do julgador, bem como, a conseqüente inexistência de contraditório.¹⁶¹ Segundo Machado¹⁶²,

no sistema inquisitivo, sendo o juiz o próprio acusador, sua visão lhe traz um pré-juízo, inquinando-se pela prevenção ao réu, dada sua condição de parte na relação processual, fazendo que julgue 'antes de ser tempo de julgar' [...].

No que concerne à coisa julgada parcial, esta pode ser entendida como o fato de que “a matéria que não foi objeto do recurso não poderá mais ser discutida”,¹⁶³ porquanto “O silêncio da parte vencida presume sua anuência à derrota que sofreu, tanto total como parcial”.¹⁶⁴ Destarte, se o órgão estatal incumbido de promover a acusação não manifesta sua irresignação com a decisão proferida, incumbindo tal ação somente ao acusado, considera-se que os direitos tutelados por esse órgão foram atendidos,¹⁶⁵ uma vez que o Estado não teria interesse “na manutenção de uma sentença injusta”.¹⁶⁶

Tratando-se do aspecto do interesse recursal, salta aos olhos o fato de que, com a interposição do recurso, o acusado objetiva uma melhora em sua condição, jamais cogitando que do exercício do seu direito à ampla defesa lhe resulte um prejuízo maior do que aquele já sofrido. Lembre-se, inclusive, que o interesse recursal é pressuposto fundamental para a interposição de recurso, não sendo admissível que se possibilite a hipótese de recrudescimento da situação do recorrente, sob pena de se extirpar esse interesse do acusado em utilizar dos seus meios de defesa.¹⁶⁷

Finalmente, “a vedação da *reformatio in pejus* tem suas raízes, sem dúvida, no respeito ao princípio da demanda [...]”. Assim, “quer em primeiro grau, como no superior, o juiz somente tem o poder de conhecer das questões solicitadas pelas partes, expressamente”, uma vez que, “a solicitação da prestação jurisdicional [...] é prerrogativa inerente às partes, que, ao se dirigir ao Poder Judiciário, são os únicos árbitros da extensão do pedido ou da recusa, mesmo que dano lhes possa advir de

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, 2005, p. 401; MACHADO, 1998, p. 100-3.

¹⁶² *Ibid.*, p. 103.

¹⁶³ CONSTANTINO, 2004, p. 39.

¹⁶⁴ MACHADO, *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 109.

¹⁶⁶ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 408.

¹⁶⁷ CONSTANTINO, *op. cit.*, p. 39.

sua conduta”.¹⁶⁸

Ante o exposto até o presente momento, giza-se que a vedação à *reformatio in pejus* consiste em importante garantia limitadora da atuação do Estado face aos indivíduos acusados (em processo penal, em princípio), na medida em que se lhes garante o mais amplamente possível o uso de um instrumento de defesa tão essencial como é o recurso, sem que disso lhes resulte qualquer hipótese de prejuízo, atendendo aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem assim da segurança jurídica, todos constitucionalmente assegurados.

4.2 APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O princípio proibitivo da *reformatio in pejus* possui previsão legal no artigo 617 do Código de Processo Penal, que prevê, *in verbis*: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.¹⁶⁹ Na mesma senda, a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal diz que: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.¹⁷⁰

Frise-se que, em que pese o dispositivo legal tenha mencionado apenas o recurso de apelação, a vedação se estende a todo e qualquer outro recurso que o réu possa interpor no curso da ação penal.¹⁷¹

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

Ademais, segundo Rangel¹⁷², a proibição de recrudescimento não condiz somente com a pena em si, mas abrange também outros aspectos prejudiciais ao réu, citando o autor os seguintes exemplos:

¹⁶⁸ MACHADO, 1998, p. 107-8.

¹⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 1941, p. 19699.

¹⁷⁰ *Id.* Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 160. É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. **Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87. Julgamento em 13/12/1963.

¹⁷¹ RANGEL, 2006, p. 685.

¹⁷² *Ibid.*, p. 686.

[...] imposição no julgamento do recurso exclusivo do réu, de regime inicial de cumprimento da pena mais severo que o imposto na sentença; regressão de regime de cumprimento de pena (semi-aberto para fechado) em julgamento de agravo em execução (óbvio, exclusivo do réu); aumento do valor da fiança concedida em decisão de primeira instância no julgamento de recurso em sentido estrito (cf. art. 581, V), ou, cassação, pelo tribunal, do direito do réu, dado na sentença, de recorrer em liberdade, havendo recurso, exclusivo do réu.

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

Ampliando a vedação imposta pelo princípio ao agravamento operado de forma indireta, consistente no entendimento majoritário, apresentam-se, dentre outros doutrinadores, Constantino¹⁷³, Lopes Júnior¹⁷⁴, Machado¹⁷⁵, Mirabete¹⁷⁶, e Tourinho Filho¹⁷⁷. Mirabete¹⁷⁸ aduz basicamente, que: “Como o Ministério Público se conformara com a primeira decisão, não apelando dela, não pode o juiz, após a anulação daquela, proferir uma decisão mais severa contra o réu”, até mesmo porque se a instância recursal não possui tal faculdade, quem dirá o juízo de primeiro grau ao proferir nova sentença.¹⁷⁹ Assim, o magistrado, ao proferir a nova sentença, deve estar vinculado ao patamar máximo de apenamento instituído na sentença anulada.¹⁸⁰

A seu turno, de maneira oposta, sustenta Rangel¹⁸¹ que é possível o juízo *a quo* proferir sentença mais grave do que a desconstituída, o que faz de acordo com os seguintes argumentos: (a) a aplicação do princípio da legalidade, tendo em vista que tal vedação não está expressa na lei; (b) impossibilidade jurídica de agravamento da decisão, uma vez que ela foi anulada e não mais existe; (c) estaria se atribuindo força de eficácia a uma sentença anulada, fazendo com que

¹⁷³ CONSTANTINO, 2004, p. 40

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 1175

¹⁷⁵ MACHADO, 1998, p. 111

¹⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 683.

¹⁷⁷ TOURINHO FILHO, 2005, p. 404.

¹⁷⁸ MIRABETE, *op. cit.*, p. 683.

¹⁷⁹ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 404.

¹⁸⁰ CONSTANTINO, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸¹ RANGEL, 2006, p. 687-8.

prevalecesse uma decisão inválida sobre uma válida; (d) o recurso é voluntário e o réu, ao interpô-lo, deve arcar com os ônus do seu pedido.

De mais a mais, no processo penal, em virtude do seu aspecto de proteção quanto à pessoa do acusado, ainda desponta a figura da *reformatio in mellius*, segundo a qual, havendo recurso exclusivo da acusação visando à majoração da pena imposta ao réu, poderia o tribunal dele se aproveitar para abrandar a condição do condenado.¹⁸²

Tal prática não é reverenciada por todos os doutrinadores, bem como pelos tribunais, já tendo o Supremo Tribunal Federal, ainda que em tempos pretéritos, proferido decisão anulando acórdão que operou a *reformatio in mellius*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. **REFORMATIO IN MELLIUS. ANULA-SE A DECISÃO QUE, A FALTA DE RECURSO DA DEFESA, VALE-SE DO APELO DA ACUSAÇÃO PARA REDUZIR PENA QUE ESSE BUSCAVA AUMENTAR.** RECONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR QUE, ANULADO O ACÓRDÃO RECORRIDO, OUTRO SEJA PROFERIDO NOS LIMITES DA APELAÇÃO.¹⁸³ [grifo nosso].

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

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

Atinge-se, neste momento, o ponto crucial do presente trabalho: como se manifesta o princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos

¹⁸² MIRABETE, 2006, p. 684.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108668, Segunda Turma, Brasília, DF, 05 de agosto de 1986. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 jun. 1989.

sancionadores, considerando tudo que até então foi exposto? Vale lembrar, a intrínseca semelhança entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, a importação de princípios deste ramo jurídico para aquele, a essencial incidência do devido processo legal com todos seus corolários no processo administrativo, os avanços no entendimento de que nos procedimentos investigatórios também incidem as garantias ao contraditório e à ampla defesa, etc..

4.3 A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

De acordo com o que já foi analisado no presente trabalho, verifica-se que foram atribuídos ao processo administrativo inúmeros direitos e garantias assegurados aos administrados, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que se coaduna com os postulados do Estado (Democrático) de Direito. Dessas garantias, por conseguinte, decorre, dentre outros, o princípio da revisibilidade das decisões, que enseja, por sua vez, a possibilidade de a parte prejudicada com a decisão proferida pelo julgador interpor recurso para a instância superior e competente para revisá-la.¹⁸⁴

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

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

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

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer **gravame** à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.¹⁸⁵ [grifo nosso].

¹⁸⁴ SILVEIRA, 2005, p. 59.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei nº 9.784.1999, p. 1.

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

Tal controvérsia surge na medida em que se instaura um “conflito entre o dever da Administração Pública de zelar pela legalidade de seus atos e o direito dos cidadãos ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à segurança jurídica”,¹⁸⁶ ou seja, se dá “o conflito entre autoridade e liberdade”,¹⁸⁷ constante problema enfrentado pelo Direito Público.

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

Por isso, desde já, ressalta-se a lição sempre atual de Dworkin¹⁸⁸ sobre os casos em que se apresenta um conflito entre dois ou mais princípios, igualmente aplicáveis ao caso concreto. Segundo o autor “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância” e, em virtude disso: “Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”, utilizando-se do critério de ponderação na aplicação dos princípios que irão prevalecer. Já as regras, ao contrário, aplicam-se da maneira “tudo-ou-nada”, sendo que quando “duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”, sendo a inválida excluída do mundo jurídico.

Determinado que a problemática da aplicação ou não do princípio que veda a *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores se dá no âmbito da eleição dos princípios preponderantes no caso, bem assim que tal conflito deve ser

¹⁸⁶ HARGER, Marcelo. O processo administrativo e a *reformatio in pejus*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 371, p. 203-217, jan./fev. 2004, p. 203.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-3.

solucionado pelo critério de ponderação, de acordo com o peso conferido a cada princípio, cumpre analisar que princípios são esses e, efetivamente, quais devem prevalecer por estarem em maior consonância com os postulados constitucionais que orientam o processo administrativo, adotados pelo Direito Administrativo Sancionador.

4.3.1 Fundamentos para a inaplicabilidade do princípio

Parte da doutrina entende não ser possível a aplicação da vedação à *reformatio in pejus* nos processos administrativos de qualquer natureza. Adotam esse entendimento Barros¹⁸⁹, Franco¹⁹⁰, Meirelles¹⁹¹, Mello¹⁹² e Vichi¹⁹³. Para esses doutrinadores prevalece o seguinte grupo de princípios informadores: “legalidade, indisponibilidade do interesse público, inquisitivo, oficialidade e verdade material”.¹⁹⁴ A fim de se compreender a lógica da argumentação utilizada pelos adotantes desse entendimento, é necessário inicialmente analisar-se, ainda que de maneira objetiva, o que reza cada um dos princípios alhures elencados e sua respectiva correlação com a *reformatio in pejus*.

Tratando-se do princípio da legalidade, que já foi estudado no presente trabalho, cumpre acrescentar que, pelo fato de a Administração Pública somente poder fazer aquilo que estiver expressamente disposto na lei, “a proibição da reforma em prejuízo implicaria a manutenção do ato, ainda que sua ilegalidade viesse a ser constatada pela segunda instância administrativa”.¹⁹⁵

Com relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, tem-se que este perpassa a própria noção do princípio da legalidade, porquanto impõe ao administrador que este atue em busca da finalidade imposta pela lei, voltada ao melhor atendimento dos interesses qualificados como pertencentes à coletividade, sendo obrigado a tanto. Assim, “constatada a existência de um ilícito, o agente público tem a obrigação de combatê-lo. Não pode escolher entre atuar ou quedar-se

¹⁸⁹ BARROS, 2005, p. 79-81.

¹⁹⁰ FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção atlas de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 177-9.

¹⁹¹ MEIRELLES, 2008, p. 681.

¹⁹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 142.

¹⁹³ VICHI, 2008, p. 255-8.

¹⁹⁴ HARGER, 2004, p. 204.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 204-5.

silente. Esta é a razão pela qual se afirma que esse princípio daria margem à *reformatio in pejus* [...]”.¹⁹⁶

No que se refere aos princípios inquisitivo, da oficialidade e da verdade material, tais “são reflexos processuais das noções de legalidade e de indisponibilidade do interesse público”. Pelo princípio do inquisitivo, que rege de forma predominante o processo administrativo, “a Administração Pública tem o dever de instaurar processos administrativos e zelar pela sua boa marcha”, *devendo*, inclusive, arrecadar as provas que entender necessárias para o deslinde do fato. Nesse sentido, tem-se que o princípio da oficialidade consiste na primeira prerrogativa mencionada: o dever de instaurar o processo e impulsionar seu andamento; enquanto que o princípio da verdade material ou real diz respeito ao dever da própria Administração de trazer aos autos as provas que julgar indispensáveis para a tomada da decisão mais justa, não se limitando ao que for trazido pelo administrado.¹⁹⁷

Dessa forma, entende-se que tais princípios “conferem poderes à Administração Pública para que esta possa aplicar a lei de modo adequado, atendendo, assim, ao interesse público” e por isso a vedação à *reformatio in pejus*, diante da ocorrência de uma ilegalidade, “implicaria a negação desses princípios em face do caso concreto”.¹⁹⁸

Ademais, os autores filiados a essa corrente, apesar de admitirem a possibilidade de revisibilidade gravosa ao recorrente, afirmam que, para tanto é necessário se possibilitar ao administrado o contraditório, abrindo prazo para que apresente novas razões contra a reforma prejudicial anunciada pela segunda instância administrativa, conforme previsão do artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

Destaca-se, de maneira ilustrativa, a lição de Meirelles¹⁹⁹ sobre o tema:

Em qualquer modalidade de recurso, a autoridade ou o tribunal administrativo tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, podendo modificá-lo por motivo de legalidade, conveniência, oportunidade ou, mesmo, por razões de ordem técnica que comprometam a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame. A Lei 9.784/99 prevê que “o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar,

¹⁹⁶ HARGER, 2004, p. 205.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 205-6.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 206-7.

¹⁹⁹ MEIRELLES, 2008, p. 681.

anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida” (art. 64). Todavia, em face da Constituição Federal, em especial do seu art. 5º, LV, caso haja a possibilidade de *reformatio in pejus*, a autoridade deve cientificar o recorrente dessa hipótese, com os motivos que levariam ao gravame, para que ele tenha oportunidade de formular suas “razões antes da decisão” (parágrafo único do art. 64) e assim exercer o contraditório.

Ainda, segundo Barros²⁰⁰: “A possibilidade do recurso administrativo pelo interessado vir a sofrer modificação ou revogação causando prejuízo ao recorrente decorre da natureza do próprio litígio”, tendo em vista a supremacia do interesse público tutelado pela Administração sobre o interesse privado.

Nesse mesmo sentido, embora antes da edição da Lei nº 9.784/99, Mello²⁰¹ já referia que:

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

Destarte, explica Franco²⁰² que a não adoção do princípio tem relação com o efeito devolutivo do recurso administrativo, que é mais amplo do que se verifica nos processos penais e cíveis, onde o princípio incide, o que decorre do fato de que nos processos administrativos não se observa o princípio da inércia, bem como pela sua maior flexibilidade. Acrescenta o autor, contudo, que se não for possibilitada a manifestação do recorrente diante da possibilidade de agravamento da sua situação, a decisão proferida será nula pela ausência do contraditório.

Por sua vez, ressalta Vichi²⁰³ que o dispositivo legal que autoriza a *reformatio in pejus* é plenamente constitucional, tendo em vista que se assim não fosse não seriam atendidos os princípios essenciais da verdade material e da legalidade. Ademais, a previsão de manifestação do interessado cumpre com os postulados do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, com relação à jurisprudência dos tribunais superiores, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça afirmou o entendimento de que é possível a

²⁰⁰ BARROS, 2005, p. 80.

²⁰¹ MELLO, 1996, p. 142.

²⁰² FRANCO, 2008, p. 178.

²⁰³ VICHI, 2008, p. 256-7.

reformatio in pejus nos processos administrativos, tendo em vista o poder de autotutela conferido à Administração Pública. Em seu voto, destacou a Ministra Eliana Calmon:

De referência a não observância do Princípio da "*non reformatio in pejus*" na esfera administrativa, não tem razão o recorrente. O poder de auto-tutela da administração permite que ela própria anule os seus atos quando reconhecer que houve ilegalidade, ou os revogue por razões de conveniência e oportunidade, a qualquer tempo, antes de consolidado o prazo prescricional. A possibilidade de revisão de ofício impede a observância do princípio questionado pela recorrente. Em outras palavras, a não aplicação do princípio da "*non reformatio in pejus*" é corolário do princípio da auto-tutela da administração. A regra sofre exceções, mas estas devem estar expressamente previstas na lei.²⁰⁴ [grifo nosso].

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

[...] É que no âmbito do Direito Administrativo, a administração pública tem a prerrogativa de revisar seus próprios atos, podendo anulá-los, revogá-los ou modificá-los por motivos de legalidade, conveniência e oportunidade, inclusive em relação aos processos administrativos, sendo que a única ressalva diz respeito à necessidade de comunicação prévia do gravame que pode ocasionar ao administrado a interposição do recurso administrativo, como corolário do princípio da ampla defesa e do contraditório [...]. Destarte, a possibilidade da anulação dos atos administrativos, ainda que de ofício ou quando implique sanção ao administrado, decorre do princípio da autotutela da administração pública, em nome do interesse público [...].²⁰⁵

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

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21981/RJ, 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 ago. 2010, p. 163. Disponível em: <https://www.2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=3249&seq_documento=2844616&data_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=21981&ids=2844616,2845158>. Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁰⁵ *Id.* Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 641.054, 1ª Turma, Brasília, DF, 22 de maio de 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 jun. 2012.

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

4.3.2 Fundamentos para a aplicação do princípio nos processos administrativos

De outra banda, há quem defenda a possibilidade de adoção, nos processos administrativos sancionadores, do princípio da *non reformatio in pejus*. Seguem essa corrente de entendimento, Costa²⁰⁶, Enterría e Fernández²⁰⁷, Gordillo²⁰⁸, Nobre Júnior²⁰⁹, Nohara e Marrara²¹⁰, Oliveira²¹¹ e Vitta²¹². Esses autores, em suas razões, priorizam o seguinte grupo de princípios: devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica. Do mesmo modo como foi feito no tópico anterior, traçar-se-á um paralelo de tais princípios, para que melhor se compreenda a fundamentação que permite a aplicação do postulado em comento.

O princípio do devido processo legal, objeto de exaustiva análise no Capítulo 3 deste trabalho, obstará a possibilidade de reforma para pior em vista da dimensão por ele assumida em âmbito administrativo, de limitador do poder governamental, uma vez que deve a Administração Pública assegurar que as decisões administrativas, em sua forma e conteúdo, atendam aos ditames de aludido princípio. Assim, “não haveria sentido em se conceder ao particular a garantia de acesso a uma instância superior se a utilização deste direito pudesse lhe ser desfavorável”, devendo o órgão competente para a análise do pleito recursal se limitar ao que lhe foi solicitado, sem prejudicar o recorrente.²¹³

²⁰⁶ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 62-4.

²⁰⁷ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 201-2.

²⁰⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 4: El procedimiento administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003b, p. II-24-II-26.

²⁰⁹ NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 148-1.

²¹⁰ NOHARA; MARRARA, 2009, p. 407-9, 417-8 e 451.

²¹¹ OLIVEIRA, 2012, p. 159-2.

²¹² VITTA, 2003, p. 104-5.

²¹³ HARGER, 2004, p. 209.

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

[...] a *reformatio in pejus* aniquila por completo os elementos do contraditório. Ofende o primeiro elemento (informação) porque o recorrente não sabe previamente quais os argumentos de fato e de direito que lhe são contrários. Ofende o segundo elemento porque a ausência de informação inviabiliza qualquer reação antes da decisão final, o que piora a situação jurídica do recorrente.²¹⁴

Ao lado do princípio do contraditório, tem-se que a ampla defesa igualmente não admite a possibilidade de se operar a reforma para pior, uma vez que “a CF assegura o direito de recorrer como uma extensão do direito à ampla defesa”. Portanto, se fosse permitida, a reforma para pior “implicaria um desestímulo ao direito de recorrer e, conseqüentemente, ao exercício do direito de defesa, que não poderia ser tolerado pelo sistema constitucional brasileiro”.²¹⁵

Finalmente, o princípio da segurança jurídica tem a ver com a ideia de estabilidade das relações jurídicas e, nesse sentido, veda a *reformatio in pejus*, visto que sua admissão “teria por condão gerar instabilidade jurídica em virtude de manifestações contraditórias por parte da Administração Pública”.²¹⁶

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

De maneira tímida, Nohara e Marrara²¹⁷ sustentam que, de forma geral, é lícito à Administração Pública proceder ao recrudescimento da situação do recorrente em fase recursal, sendo que as exceções a essa liberdade devem estar previstas na lei, como é o caso do artigo 65 da Lei nº 9.784/99, que impede a reforma para pior em caso de processo de revisão de sanção administrativa. Contudo, aduzem os autores que “A reforma da decisão em detrimento do

²¹⁴ HARGER, 2004, p. 209.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 210.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ NOHARA; MARRARA, 2009, p. 408. Nesse sentido, ainda destacam os autores exemplos em que a possibilidade de *reformatio in pejus* deve ser admitida nos processos administrativos em geral: “Imagine-se, portanto, um procedimento para concessão de uma licença ou para a aprovação de um ato de fusão entre duas empresas. Nesses dois casos, não existe aplicação de sanção, mas simplesmente uma autorização administrativa em sentido amplo para a prática de um ato privado. Assim, não há restrições para que a decisão de segundo ou terceiro grau seja, eventualmente, menos benéfica ao administrado que a de primeiro grau”. (p. 408).

administrado deve apenas ser proibida em **processo sancionatório** e quando o recurso é interposto apenas pelo sancionado, **tal como ocorre no processo penal**". [grifo nosso].

A seu turno, Gordillo²¹⁸ sustenta a aplicação do princípio da *non reformatio in pejus*, com fundamento no Direito Penal, em todas as espécies de processos e procedimentos administrativos, aduzindo que a possibilidade de reforma para pior “*es peligrosa, porque puede ser usada como un medio de coaccionar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos*” (da Administração). Nesse sentido, arremata o autor dizendo que:

*Un arma tan formidable frente al administrado se vuelca también contra el interés público de que la administración no dicte ni mantenga actos administrativos ilegítimos. El propio interés público en un Estado de Derecho, reflejado en el carácter objetivo del procedimiento administrativo, exige facilitar las vías de recurso y no crear las condiciones para que ellas no sean intentadas por temor de los interesados a sufrir consecuencias perjudiciales, que pueden revestir la naturaleza de un castigo o hasta de una persecución por el sólo hecho de haber recurrido.*²¹⁹

Imponente é a crítica formulada por Enterría e Fernández²²⁰, para quem o instituto da *reformatio in pejus* é uma “*grosera y arcaica técnica procedimental*”. Da mesma forma que Gordillo anotou em sua obra, os autores mencionados entendem que a possibilidade de reforma para pior consiste num meio de coação indireto, que visa impedir que os administrados interponham recursos contra as decisões administrativas que lhe são prejudiciais, ressaltando que: “*Más grave es aún el supuesto de una agravación directa de la sanción recurrida, o imponer la misma a quien fue absuelto en el procedimiento previo [...]*”, o que não condiz com a função elementar da justiça.

Analisando os elementos utilizados pelos defensores da *reformatio in pejus*, especialmente no que se refere à observância nos processos administrativos do princípio da verdade real, Costa²²¹ assevera que tal princípio é também informador do processo penal, que é ontologicamente idêntico ao Direito Administrativo Punitivo, e nem por isso tal instituto contempla a possibilidade de reforma prejudicial.

²¹⁸ GORDILLO, 2003b, p. II-26.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2000, p. 202.

²²¹ COSTA, 2005, p. 63-4. Também nesse sentido é o entendimento exarado por Silveira (2005, p. 70).

Muito antes pelo contrário, de acordo com a disciplina do já analisado artigo 617 do Código de Processo Penal, ela é amplamente vedada. Ademais, dito princípio da verdade material, segundo aludido autor, “não traz, como consequência natural e necessária, o signo autorizador da *reformatio in pejus*”.

Avançando um pouco mais na sua exposição, assim conclui Costa²²²:

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. A vigoração desse empecilho agravatório servirá apenas para arruinar ainda mais o nosso precário serviço público. Daí por que, tanto no Direito Processual Penal quanto no Direito Processual Disciplinar, somente poderá haver reforma dos atos jurisdicional e disciplinar, em face de recurso interposto pelo réu ou servidor punido, quando beneficie o recorrente. Em outras palavras, no âmbito desse genérico Direito Punitivo, somente existe espaço para acolher a *reformatio in mellius*.

Para Vitta²²³, por sua vez, a impossibilidade de *reformatio in pejus* somente deve ser observada nos processos administrativos punitivos, elegendo esta como a melhor maneira de equilibrar a *non reformatio in pejus* com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ressalta o autor, ainda, que igualmente é vedada nos processos administrativos sancionadores a *reformatio in pejus* indireta, decorrente da anulação da sanção imposta, com posterior aplicação de penalidade mais gravosa em seu lugar.

Outrossim, Nobre Júnior²²⁴ sustenta que a *non reformatio in pejus* deve ser aplicada somente nos processos administrativos sancionadores, sendo possível o agravamento da situação jurídica do recorrente nas demais espécies de processo administrativo. No caso dos processos sancionadores, também reforça a tese de se operar a *reformatio in pejus* indireta.

Finalizando a análise dos argumentos sustentados pelos autores aderentes à corrente que prega a aplicação do princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos, em especial naqueles que importem na aplicação de sanções, destaca-se o entendimento de Oliveira²²⁵, que ressaltando a importância

²²² COSTA, 2005, p. 64.

²²³ VITTA, 2003, p. 104-5.

²²⁴ NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 149-50.

²²⁵ OLIVEIRA, 2012, p. 159-1.

do brocardo jurídico *tantum devolutum quantum appellatum*, restringindo o efeito devolutivo dos recursos, sustenta o seguinte ponto de vista:

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

[...]

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

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

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

Diferentemente do eminente relator, entendo que mesmo a pena administrativa não pode ser agravada, no caso de recurso do servidor apenado.²²⁶

Ainda, para os autores que defendem a vedação à *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores, a simples previsão legal de possibilidade de apresentação de “alegações” antes de ser proferida a decisão mais gravosa não se presta a atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, impende citar o seguinte trecho da explicação formulada por Justen Filho²²⁷ sobre o assunto:

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

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 3252/RS, 6ª Turma, Brasília, DF, 30 de novembro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 06 fev. 1995, p. 1372.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n. 25, p. 68-79, out. 1997, p. 76.

Ante o exposto, é possível depreender da análise dos argumentos utilizados pelos autores mencionados que para eles a incidência do princípio da *non reformatio in pejus* nos processos administrativos (sancionadores) se deve pela necessária observância dos postulados do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica. Todos esses princípios, frise-se, são inerentes à formação de um Estado Democrático de Direito e constitucionalmente garantidos pela Carta Magna de 1988.

Desse modo, esse conjunto de princípios se sobreporia ao princípio da supremacia do interesse público, embora para Binjenbojm²²⁸, o interesse público não deva ser tratado como um princípio, uma vez que sempre é invocado de modo a prevalecer sobre os demais, de natureza individual. Isso porque, conforme já explicado no ponto 4.3, a aplicação de princípios sempre deve ser feita com base na ponderação, não podendo haver nenhum princípio que invariavelmente prevaleça sobre os demais.

4.3.3 Corrente mista

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

São adeptos desse entendimento Carvalho Filho²²⁹, Figueiredo²³⁰, Fortini, Pereira e Camarão²³¹ e Silveira²³².

Primeiramente, esclarecedora é a posição de Carvalho Filho²³³, que, num primeiro momento, defende a possibilidade de agravamento da situação do

²²⁸ BINENBOJM, 205, p. 16.

²²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 899-900; Carvalho Filho (2013, p. 325-7).

²³⁰ FIGUEIREDO, 2003, p. 434-5.

²³¹ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo**. Comentários à Lei nº 9.784/1999. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 216-20.

²³² SILVEIRA, 2005, p. 66-5.

recorrente, por conta da previsão do artigo 64 da Lei nº 9.784/99, aduzindo que tal se deve ao fato de não se poder simplesmente estender a aplicação de princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo, bem como porque este observa, inafastavelmente, o princípio da legalidade.

Entretanto, ressalva o autor que o recrudescimento da sanção imposta ao administrado, em havendo somente recurso por ele apresentado, somente pode ocorrer diante da análise de critérios objetivos, ou seja, de legalidade estrita. Se o administrador levar em consideração apenas critérios subjetivos na sua decisão, aí incidirá o princípio da *non reformatio in pejus* como garantia do administrado.²³⁴

Por sua vez, Figueiredo²³⁵, excluindo a possibilidade da *reformatio in pejus* nos processos administrativos sancionadores e disciplinares, sustenta que, por exemplo, em processos concorrenciais “esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa”, não se tratando propriamente de *reformatio in pejus*, mas sim de ato de controle de legalidade da Administração Pública, que não pode manter um ato maculado pela ilegalidade, sob pena de agir *contra legem*. Assim, ainda que decretada a nulidade do ato administrativo, sobrevindo imposição de situação mais gravosa, não se estará diante de *reformatio in pejus*, mas sim de controle de legalidade.

Nessa senda, Fortini, Pereira e Camarão²³⁶ posto que, apresentem outros argumentos não condizentes com a linha em análise, aduzem que “é de se admitir a *reformatio in pejus* quando se detecta o agir administrativo contra expressa letra da

²³³ CARVALHO FILHO, 2008, p. 899.

²³⁴ CARVALHO FILHO, 2008, p. 899-900. Cita o autor, ainda, os seguintes exemplos: “um servidor reincidente foi punido com a pena ‘A’, quando a lei determinava que a pena deveria ser ‘B’, por causa da reincidência. A pena ‘A’, portanto, não atendeu à regra legal, o que se observa mediante critério meramente objetivo. Se o servidor recorre, e estando presentes os elementos que deram suporte à apenação, deve a autoridade julgadora não somente negar provimento ao recurso, como ainda corrigir o ato punitivo, substituindo a pena ‘A’ pela ‘B’. Suponhamos outra hipótese: o servidor foi punido com a pena ‘A’ porque assim o entendeu a autoridade competente como resultado da apreciação das provas, dos elementos do processo, do grau de dolo ou culpa, dos antecedentes etc. Observe-se que todos estes elementos foram considerados **subjetivamente** para a conclusão da comissão. Se o servidor recorre contra a pena ‘A’, não poderá a autoridade de instância superior **proceder à nova avaliação subjetiva** dos elementos do processo, para o fim de concluir aplicável a pena ‘B’, de caráter mais gravoso. (p. 899) [grifo do autor].

²³⁵ FIGUEIREDO, 2003, p. 434.

²³⁶ FORTINI; PEREIRA; CAMARÃO, 2012, p. 219. Ressalte-se que, inicialmente, as autoras sustentam ser possível a reforma para pior, em vista dos princípios da verdade material, do duplo grau de jurisdição, da eficiência e da oficialidade, com o que não se concorda, conforme argumentos já expostos no tópico anterior.

lei e passível de correção *ex officio*”, fornecendo como exemplo o caso de aplicação de sanção constante em dispositivo legal já revogado.

De maneira mais clara e precisa, argumenta Silveira²³⁷ contra a possibilidade de reforma para pior quando da mera análise de recurso interposto pelo administrado, aduzindo que:

A adoção da *reformatio in pejus* é incompatível com a moderna concepção de processo administrativo trazida pela lei federal, que defende um processo modelado constitucionalmente, inspirado pelo ideal democrático, respeitador dos direitos e garantias dos administrados.

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

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

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

[...] A correção da ilegalidade é obrigatória para a Administração e pode vir a prejudicar o recorrente, isto se justifica pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público [...].²³⁸

Desse modo, verifica-se que, para essa corrente, igualmente é admissível a adoção do princípio da *non reformatio in pejus*, como forma de respeito aos direitos e garantias constitucionais dos administrados (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica). Porém, cabe à Administração Pública o *dever* de manter sobre seus atos – incluída a aplicação de sanções – um controle de legalidade²³⁹, uma vez que lhe é vedado praticar atos que não estejam expressamente previstos em lei (*contra legem*). Nessa hipótese, portanto, sequer se

²³⁷ SILVEIRA, 2005, p. 71.

²³⁸ *Ibid.*, p. 72.

²³⁹ De acordo com Di Pietro (2012, p. 70) o controle de legalidade “É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade”.

estará diante de *reformatio in pejus*, embora do controle de legalidade resulte imposição de sanção mais grave ao administrado, uma vez que se trata de *dever* da Administração, como forma de zelar pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, que a orientam de forma predominante.

Frise-se, ainda, que mesmo em se tratando de hipótese de controle de legalidade operado em sede recursal, deve a Administração instaurar processo revisivo, possibilitando ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, pode ser de seu interesse a manutenção do ato ilegal, justamente por lhe ser mais benéfico.²⁴⁰

Por tudo que foi dito, o caminho apresentado neste tópico parece ser o mais adequado à lição de Dworkin²⁴¹ sobre a aplicação de princípios concorrentes. Isso porque concilia os direitos de defesa do administrado com as prerrogativas essenciais à Administração Pública, especialmente àquela de rever seus próprios atos em caso de ilegalidade. O certo é que nunca será permitido à Administração atuar com discricionariedade tamanha capaz de configurar ato arbitrário, devendo sempre possibilitar a manifestação do administrado e assegurar-lhe que seu recurso não será objeto de ato revisivo baseado tão somente em critérios subjetivos.

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

²⁴⁰ SILVEIRA, 2005, p. 75.

²⁴¹ DWORKIN, 2007, p. 39-43.

5 CONCLUSÃO

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

A comparação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador feita ao longo do trabalho, se mostrou necessária, na medida em que ao se tratar desse também se está tratando do exercício do *ius puniendi* por parte do Estado, do mesmo modo como ocorre naquele. Porém, o Direito Penal se encontrava muito mais desenvolvido em sede de direitos e garantias assegurados aos acusados, ficando o administrado sujeito ao Direito Administrativo Sancionador descoberto de tais garantias, imprescindíveis à justa apuração do ilícito e seu respectivo sancionamento por parte da Administração Pública.

A evolução ocorrida no âmbito do Direito Administrativo Punitivo se revela imperiosa por conta da identidade ontológica existente entre as sanções penais e administrativas, a qual restou devidamente demonstrada no primeiro capítulo deste trabalho. Essa identificação de essência demanda que às sanções administrativas se apliquem os mesmos postulados aplicáveis às sanções penais, ainda que, em vista dos regimes jurídicos distintos pelos quais são regidas, isso deva ser operacionalizado com certas restrições, em face dos princípios norteadores da Administração, conforme analisado nos casos dos principais princípios importados do Direito Penal pelo Direito Administrativo Sancionador (legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade e presunção de inocência).

Assim, a relativização dos princípios de Direito Penal, tarefa necessária para que possam ser transportados para o Direito Administrativo Sancionador, não impede que eles sejam adotados de forma eficaz em favor do acusado em sede de processo administrativo punitivo, como forma de limitação ao agir discricionário da

Administração Pública, que sempre visa atender ao interesse público, ainda que, por vezes, em detrimento dos direitos e garantias individuais. Porém, conforme analisado ao longo deste trabalho, a realização dos direitos e garantias individuais também consiste na realização do interesse público.

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

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

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

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

Realizada a interpretação do dispositivo legal da forma mencionada, verificou-se que a possibilidade de *reformatio in pejus* prevista no artigo 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 não possui, em verdade, a amplitude sugerida pela sua redação. Na verdade, impõem-se restrições a sua aplicação, sob a ótica dos postulados do

devido processo legal, bem assim da ampla defesa e do contraditório, uma vez que, não pode o administrado acusado em processo administrativo punitivo ficar sujeito à sorte de que, ao analisar o seu recurso, a Administração possa lhe dar provimento ou não e, ainda mais, em não concedendo o apelo, resolver por agravar ainda mais a sanção anteriormente aplicável com base em critérios puramente subjetivos, sob pena de estar infringindo, além dos aludidos postulados, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, necessários à estabilidade das relações judiciais e administrativas.

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

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

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

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

Enfim, considerando tudo que foi tratado no presente trabalho, especialmente a necessidade da aplicação, ainda que de forma relativizada, de princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, tomando-se por premissa a extensão da aplicação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos, como forma de limitar o agir do Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais, precipuamente quando do exercício do *ius puniendi*, conclui-se que a solução adotada para o questionamento proposto na introdução do trabalho, de que a vedação à *reformatio in pejus* deve ser observada nos processos administrativos sancionadores quando se tratar da análise somente de critérios subjetivos pela Administração Pública, que, no entanto, poderá exercer plenamente o controle de legalidade sobre seus atos, é a melhor forma de se conciliar os princípios postos no caso, a fim de assegurar tanto os direitos e garantias do administrado, acusado em processo administrativo sancionador, quanto as prerrogativas inerentes às finalidades da atuação administrativa, na persecução do interesse público.

REFERÊNCIAS

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

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

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1891.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 3.689. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 10828/DF, Terceira Seção, Brasília, DF, 28 de junho de 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 out. 2006, p. 220.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21981/RJ, 2ª Turma, Brasília, DF, 22 de junho de 2010. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 ago. 2010, p. 163. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=3249&seq_documento=2844616&data_pesquisa=05/08/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=21981&ids=2844616,2845158>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24584/SP, 5ª Turma, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2010, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 08 mar. 2010, p. 4-5. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=2683&seq_documento=2673940&data_pesquisa=08/03/2010&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento¶metro=24584&ids=2673940,2675490>. Acesso em: 12 mar. 2014.

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

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

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

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

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

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

_____. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellgrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

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

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

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

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

ESPAÑA. Tribunal Constitucional Español. Sentencia nº 18/1981. Recurso de Amparo 101/1980, Sala Primera, Madrid, 8 de junho de 1981. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, Espanha, n. 143, p. 7-10.16 de junho de 1981.

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

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

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

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo**: comentários à Lei nº 9.784/1999. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MAFFINI, Rafael de Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3. ed. ampl. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

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

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Antônio Albino Ramos de; GEBRAN, João Pedro; BRUNONI, Nivaldo; *et al.* Princípio da proporcionalidade e direito administrativo. **Revista AJUFE Edição Nacional**, São Paulo, n. 49, p. 63-7, mar./abr. 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. São Paulo: 1999. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. por MORAES, Maria Celina Bodin. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 235-59.

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