



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

REFORMATIO IN PEJUS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE PROCESS REFORMATIO IN PEJUS

Thiago Moreira Feitosa de Aguiar¹

RESUMO: O presente estudo situa-se no exame dos limites da atividade estatal de julgamento de recursos administrativos, notadamente se é possível à Administração Pública brasileira contemporânea agravar a situação jurídica do recorrente que submete suas pretensões de irrisignação a um novo julgamento interno. Se aceita tal hipótese, observa-se um caráter impeditivo na eleição da via recursal administrativa, em verdadeira ameaça velada ao direito de recorrer, o que não se coaduna com o direito fundamental à ampla defesa, também aplicável ao processo administrativo, ao passo que, é possível a existência de situações em que a autoridade julgadora identifique violação à legalidade, de modo que sua conduta estaria impulsionada à correção do erro de base. Trata-se, portanto, de investigar o cabimento ou a aplicabilidade do instituto da *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro, tendo em vista os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, aplicáveis por força de expressa determinação constitucional.

Palavras-chave: *reformatio in pejus*, controle de legalidade, recurso administrativo, devido processo administrativo.

ABSTRACT: The present study lies in the examination of the limits of state activity judgment of administrative appeals, especially if it is possible to contemporary Brazilian Public Administration aggravate the legal situation of the applicant to submit its nonconformist claims to a new internal trial. If this hypothesis is accepted, there is an impediment character in the election of the administrative appeal procedural route, a veiled threat to the right to appeal, which is incompatible with the fundamental right to full defense, also applied to the administrative process, whereas, there may exist situations where the judging authority identifies violation of legality, so that their behavior would be driven on base error correction. It is, therefore, to investigate the suitability or applicability of *reformatio in pejus* institute in the Brazilian administrative process, in view of the fundamental rights to the contradictory and full defense, applicable under express constitutional determination.

Keywords: *reformatio in pejus*, legality control, administrative appeal, due administrative process.

1 INTRODUÇÃO

* Graduando em Direito (Bacharelado) pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). E-mail: thiagomfda@hotmail.com



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

O sistema de resolução de litígios outorgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante referenciada como Constituição Federal de 1988 ou CF/88) não instituiu um regime de dedução administrativa de controvérsias de curso forçado, exceto às matérias referentes à Justiça Desportiva (CF/88, art. 217, §1º). Apenas se registrou, nesse aspecto, que nada obstaría a apreciação pelo Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV), ao tempo em que se conferiu um arcabouço de prerrogativas processuais aos litigantes em processo administrativo. Assim, a via administrativa configurou-se em possível instância prévia para os anseios dos administrados.

Recebendo negativa às suas pretensões, não se faz obrigatório aos administrados recorrerem imediatamente ao Poder Judiciário, havendo ainda a instância recursal administrativa para reajustar as decisões originárias do Poder Público ao direito vigente. No entanto, é presente a possibilidade da instância superior entender por impor mais gravames ao recorrente a pretexto de erro de julgamento na decisão de base, o que não se admite judicialmente, gerando-se ao administrado reforma prejudicial de seu originário *status* jurídico.

Tal possibilidade coíbe a manutenção da eleição da via administrativa para a solução de controvérsias, importando em ameaça ao direito de ampla defesa, o que impõe perquirir-se acerca da aplicabilidade da *reformatio in pejus* diante do sistema jusfundamental posto.

Diante disto, objetiva-se examinar a aplicabilidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro, tendo como parâmetro o processo administrativo federal regulado pela Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Para tanto, pretende-se perquirir acerca dos contornos da atividade administrativa (em especial, processual), bem como do regime jurídico-administrativo pátrio pós-Constituição de 1988, sem negligenciar as garantias constitucionais aplicáveis à matéria.

2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO PÓS-1988

2.1 Panorama geral



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

Para que possa examinar aos contornos conferidos ao processo administrativo brasileiro atual, tendo como parâmetro jurídico-político de compatibilidade paradigmática a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, antes se faz necessário inserir a discussão na tessitura dos Estados Constitucionais Democráticos de Direito, uma vez que, a despeito das peculiaridades histórico-fáticas, tais moldes contingenciam a concepção atual que se tem no Brasil.

Segundo a literatura (CANOTILHO, 2003, p. 51), rigorosamente, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (inglês, americano, francês, dentre outros), de modo que se apresenta mais adequado dizer que “existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Porém, a despeito da existência de movimentos constitucionais diversificados e fático-temporalmente situados, há qualidades comuns ao que se compreende como constitucionalismo, o qual, a partir da modernidade ocidental, recebeu ainda a qualificação de democrático. O constitucionalismo, nessa esteira, é a:

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Assim, o constitucionalismo, enquanto valor comum às formulações estruturantes político-sociais, traduz-se na limitação do poder do Estado em favor de uma Separação de seus Poderes e de direitos elencados como fundamentais plasmados em um *corpus* jurídico superelevado (uma Constituição)². Em sequência, observa-se que o Estado Constitucional desenvolve a ideia de império do direito no sentido de vinculação jurídica do poder estatal³.

Porém, o entendimento do Estado apenas como Constitucional (e de Direito) carece de legitimação do poder, a qual reflete a característica democrática, lastreada no governo da maioria conjuntural. É importante notar que tais qualificações, na

² Tal formulação, encarada, por vezes, como núcleo material das primeiras Constituições, remonta ao artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual consignou o ideal de que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não haveria Constituição.

³ Tal concepção, ao longo da história, foi realizada por diferentes institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *príncipe de la legalité*, conforme expõe CANOTILHO (2003, p. 87-99).

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

contemporaneidade, pressupõem-se mutuamente, de modo que enquadrar o Brasil nesse panorama exige assentarem-se premissas de supremacia da Constituição, tomada de decisão da vida política pelo povo e respeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, observa a literatura jurídica:

a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado democrático (SARLET, 2007, p. 70).

Com efeito, identificadas as premissas contingentes também da realidade constitucional brasileira, faz-se necessário observar especificamente à Constituição de 1988. Esta, ao instituir nova ordem jurídico-política brasileira, cujo passado imediato remonta ao regime autoritário de 1964, plasmou direitos fora da disponibilidade dos poderes constituídos – permeando as diferentes espécies geracionais de direitos (individuais, sociais, coletivos, individuais homogêneos dentre outros).

Nessa nova ordem, especificamente em relação ao Estado-Administração, os administrados passaram a gozar de prerrogativas jurídicas condicionantes e estruturantes da atividade administrativa, dentre as quais figuram o direito à ampla defesa e ao contraditório (CF/88, art. 5º, LV), ao devido processo legal (CF/88, art. 5º LIV), à razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), dentre outros. Desse modo, houve certa constitucionalização da matéria que, anteriormente, destinava-se ao legislador infraconstitucional, o que impõe examinar seu conteúdo pela perspectiva jusfundamental.

Vale observar que a referência à constitucionalização do direito administrativo traduz-se na constitucionalização das fontes do direito nessa matéria, e não apenas na previsão no texto constitucional, a qual, apesar disso, implica necessariamente numa superposição em favor da Constituição. Assim, insculpindo-se o direito administrativo em sede constitucional, por consequência, promove-se restrições ao legislador ordinário e à interpretação que lhe é conferida. Nesse sentido, adverte a literatura:

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado (BARROSO, 2007, p. 19).

Desse modo, a constitucionalização do direito administrativo com a CF/88 implicou em consequências conformadoras sobre o paradigma tradicional do Estado (pautado na estrita legalidade), dentre as quais ressaltamos a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária (conforme BARROSO, 2007, p. 29).

Essa compreensão pressupõe a superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição, concepções inerentes ao constitucionalismo – paradigma que abarca a realidade brasileira. Dessa forma, no que toca ao direito administrativo constitucionalizado, inclusive brasileiro, a Constituição substitui a lei como fonte principal, prestando-se “(i) não só como norma direta e imediatamente *habilitadora de competências* administrativas, como também (ii) serve de *critério imediato de decisão* administrativa” (BINENBOJM, 2014, p. 137).

Isto importa dizer que o atendimento a preceito legal que não atenda aos fins constitucionais carece de juridicidade/legitimidade. Tal é o caso da instância recursal administrativa agravar a situação jurídica do recorrente (*reformatio in pejus*), ação aparentemente autorizada pelo parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), em nível federal:

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.

A situação em tela põe em questionamento a compatibilidade do dispositivo diante do sistema de direitos fundamentais instituído em favor dos administrados, em especial ao direito ao contraditório e à ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV): “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”.

2.2 O regime jurídico-administrativo brasileiro



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

Tradicionalmente, entende-se por regime jurídico-administrativo “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares” (DI PIETRO, 2011, p. 63). Tal regime traduz-se nos denominados princípios regentes da Administração Pública, implícitos ou explícitos: legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, presunção de legitimidade/veracidade, controle/tutela e autotutela, hierarquia, publicidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, eficiência, finalidade, segurança jurídica, dentre outros.

Em sede constitucional, o artigo 37, *caput*, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19. de 1998, contempla expressamente os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sob o enfoque infraconstitucional, por exemplo, a Lei Federal n. 9.784 de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, observa em caráter não exaustivos em seu artigo 2º, *caput*, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Serão analisados aqueles que tem direta relação com o objeto desta pesquisa, haja vista as limitações deste estudo, de modo que, nesta sede inicial, examinaremos os princípios da legalidade, da ampla defesa e da autotutela.

O princípio da legalidade, conforme MELLO (2009, p. 99-100), é específico do Estado de Direito, uma vez que é o responsável por conferir-lhe tal identidade. Com efeito, entende-se que “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (MELLO, 2009, p. 100).

Nessa esteira, o princípio da legalidade encerra a atuação da Administração Pública somente *secundum legem*, de modo que o afastamento da atividade administrativa dos mandamentos da lei perverte seus atos em inválidos, sujeitando seus autores à responsabilização disciplinar, civil e criminal, conforme o caso, como leciona MEIRELLES (2012, p. 89).

O princípio da ampla defesa decorre da arquitetura constitucional de direitos fundamentais contemplada no artigo 5º da Constituição, inciso LV e LIV, consistindo por expressa ordem constitucional, ao lado do contraditório e do devido processo legal, em autêntico direito fundamental aplicável ao processo administrativo. Tal direito fundamental

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

não se resume a simples direito de manifestação em processo, mas em pretensão à tutela jurídica (conforme MENDES, 2012, p. 279).

Nesse sentido, o direito à ampla defesa viabiliza a possibilidade de efetuar-se alegações e provas e contraditar as contrárias, com a certeza de sua valorização no pronunciamento decisório – segundo o raciocínio de OLIVEIRA (2013, p. 436). Tal prerrogativa tem ligação intrínseca com o direito fundamental ao contraditório. Este se materializa, além dos poderes de informação e reação, na participação no desenvolvimento e no resultado do processo, de modo paritário com o outro litigante, influenciando a formação das decisões, como observa OLIVEIRA (2013, p. 433) em relação aos pronunciamentos jurisdicionais (concepção aplicável também aos julgamentos administrativos).

Em síntese, a pretensão à tutela jurídica, encampada pelo direito/princípio à/da ampla defesa e ao/do contraditório, contêm os direitos de informação, de manifestação, de ver seus argumentos considerados e o dever, destinado à autoridade, de fundamentar as decisões (cf. MENDES, 2012, p. 279-280).

Já o princípio da autotutela exprime que, identificando equívocos na atividade administrativa, a Administração Pública pode revê-los a fim de restabelecer a higidez legal de sua atuação. Em verdade, como adverte CARVALHO FILHO (2012, p. 33), não se trata apenas de mera faculdade, mas também “de um *dever*, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração Pública observa o princípio da legalidade”.

Ademais, além de sanar irregularidades, é de seu mister a prevenção, de modo a evitar-se reflexos prejudiciais. O STF editou verbetes de enunciado da súmula de sua jurisprudência: n° 346 (“a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”) e n° 473 (“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos (...))”.

Vale ressaltar que tal correção pode ocorrer de ofício ou por provocação, quanto à legalidade dos atos tidos por irregulares, bem como, em regra geral, quanto ao mérito dos mesmos (reapreciando os motivos de conveniência e oportunidade que os motivaram). Por fim, registra a literatura (CARVALHO FILHO, 2012, p. 34) que vêm sendo criados limites à



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

capacidade de autotutela quando a revisão dos atos irregulares torna-se mais nociva que sua manutenção, com amparo no artigo 54 da Lei n. 9.784/99⁴.

Tais princípios, sem prejuízo dos demais, regem a atividade administrativa contemporânea brasileira, de modo que a Administração Pública tem como norte a legalidade, a qual, se obstada por seus atos, deve ser perseguida mediante correção interna (autotutela), sempre observando os direitos de informação, de manifestação e de ver seus argumentos considerados dos administrados e o dever, destinado à autoridade, de fundamentar as decisões, inerentes aos direitos fundamentais plasmados na Constituição que incidem no processo administrativo.

3 OS MOLDES VIGENTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE AUTOTUTELA

Na atuação da Administração Pública, seja para o registro de seus atos, seja para o controle de seus agentes ou para a solução de controvérsias dos administrados, utiliza-se de procedimentos oficiais (*lato sensu*). Nesta matéria, a literatura administrativista oscila entre o emprego dos termos processo e procedimento.

Para FIGUEIREDO (2002, p. 10), o termo “procedimento” emprega-se em duas acepções:

Ora, refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanção de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual de “per se” desencadeando efeitos típicos (como, no exemplo citado, procedimentos concorrenciais, concurso, licitação), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.

No primeiro caso, conjunto de formalidades, há uma série de atos (inclusive de terceiros) e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento.

E o processo, de seu turno, em seu sentido estrito, estará caracterizado pela “litigância” ou contraposição de interesses, ou, ainda, pelas “acusações”, portanto, revisão necessária dos atos administrativos, quer seja por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação do administrado ou de terceiro.

Já para MEIRELLES (2012, p. 749), “*processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. Porém,

⁴ Lei n. 9.784/99: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (*caput*).

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

MEIRELLES (2012, p. 750) leciona que diante da prática administrativa, que denomina generalisticamente toda atuação interna em “processo”, torna-se necessário distinguir-se os processos administrativos propriamente ditos, os quais encerram litígios, dos simples expedientes de trâmite interno.

Tal distinção justifica sua relevância, pois no processo administrativo deve-se assegurar a garantia e a observância de princípios constitucionais (p. ex., devido processo legal, ampla defesa e contraditório) – segundo MEIRELLES (2012, p. 750), ao passo que, o procedimento figura como meio de controle do *iter* de formação das decisões estatais (cf. MELLO, 2009, p. 487).

Em nível federal, tal matéria é regulada pela Lei n. 9.784 de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), a qual tem como âmbito de incidência o exercício da função administrativa pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando o melhor cumprimento dos fins da Administração e a proteção do direito dos administrados, conforme seu artigo 1^o. Tal legislação tem também seu âmbito de incidência subsidiário aos processos administrativos regidos por legislação específica⁶.

É possível observar a existência de vários tipos de procedimento, de cunho externo (nos quais há a participação dos administrados), segundo MELLO (2009, p. 491-492): procedimentos ampliativos e procedimentos restritivos, os quais se subdividem. Os procedimentos ampliativos subdividem-se em função de diversos critérios. Quanto ao sujeito que os suscita, podem ser de iniciativa do interessado ou da Administração Pública. Quanto à existência ou não de caráter competitivo, serão concorrenciais (p. ex., concurso público) ou simples/não-concorrenciais (p. ex., pedido de licença para edificar).

Já os procedimentos restritivos dividem-se em meramente restritivos ou ablativos, como ocorrem àqueles afetos às revogações em geral, e sancionadores, nos quais predomina a aplicação de uma sanção contra seus servidores.

De um modo geral, tais procedimentos, sem embargo dos princípios regentes do direito administrativo, são regidos por princípios específicos. São os princípios do devido

⁵ Lei 9.784/99: “Art. 1^o Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. § 1^o Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. (...)”.

⁶ Idem: “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

processo legal, da oficialidade, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, do formalismo moderado, da verdade material, dentre outros.

Não obstante, também em sede dos moldes gerais do processo administrativo brasileiro, é possível identificá-lo em fases. A primeira é a fase de iniciativa ou fase propulsória, originada de ofício ou por provocação, a qual corresponde ao “impulso deflagrador do procedimento” (MELLO, 2009, p. 493). A seguinte é a fase instrutória, responsável pela colheita dos elementos de subsídio da decisão. Em terceiro, tem-se a fase dispositiva, na qual é proferida a decisão pela Administração Pública.

A quarta fase, na qual reside a importância deste estudo, é a controladora (integrativa), concebida para que outras autoridades administrativas “verifiquem se houve satisfatório transcurso das várias fases e se o decidido deve ser confirmado ou infirmado. Ora caberá, conforme a lei houver disposto, controle apenas de legitimidade, ora controle também sobre a conveniência do decidido” (MELLO, 2009, p. 494). Por fim, há a fase de comunicação, “em que a providência conclusiva é transmitida pelos meios que o Direito houver estabelecido” (MELLO, 2009, p. 494).

Assentadas tais questões, toma-se por objeto a fase controladora, isto é, na fase em que é interposto recurso administrativo impugnando certa decisão proferida. Os recursos administrativos, nessa esteira, são os “meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 940).

Nos recursos administrativos, a autoridade recursal tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, por motivos de legalidade, de conveniência e oportunidade e de razões técnicas (em nome do princípio da eficiência), conforme MEIRELLES (2012, p. 738), em situação de ampla devolutividade da matéria julgada. Assim, é possível que o órgão administrativo recursal entenda por impor mais gravames do que a decisão originária, gerando a *reformatio in pejus*.

4 A POSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

O instituto da *reformatio in pejus* consiste na “piora da situação do interessado que, no bojo de um processo, interpõe recurso hierárquico voluntário de uma decisão a ele parcialmente favorável, objetivando a melhora dessa mesma situação” (SILVA, 2009, p. 14). Tal instituto, embora admitido por parcela da doutrina e da jurisprudência no processo administrativo, não encontra guarida nos processos judiciais civil e penal, exceto, no que toca ao processo civil, quanto às matérias de ordem pública (cf. SILVA, 2009, p. 15).

No processo civil, embora sem previsão expressa, em virtude de sua regência pelo princípio dispositivo (segundo o qual a demanda deve ser decidida no formato em que foi proposta, sem atuação oficiosa), se fosse lícito ao julgador dar provimento desfavorável ao recorrente, que pretende melhora de situação, haveria julgamento *ultra petita*, o que não se concebe na sistemática processual.

Ademais, segundo DIDIER JR. (2013, p. 87), o recurso que pudesse gerar tal situação careceria de requisito de admissibilidade (interesse). No processo penal, ao seu turno, a previsão encontra-se expressa no artigo 617 do Código de Processo Penal: “Art. 617. 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”.

Já no processo administrativo, tradicionalmente, a resposta doutrinária é pela sua admissibilidade, preconizando-o por motivos de legalidade e de conveniência e oportunidade (reavaliação subjetiva), apenas se exigindo notificação prévia do recorrente para aduzir razões complementares antes da decisão:

em qualquer modalidade de recurso a autoridade ou o tribunal administrativo tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, podendo modificá-lo ou invalidá-lo por motivo de legalidade, conveniência, oportunidade ou, mesmo, por razões de ordem técnica que comprometam a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame. A Lei 9.784/99 prevê que “o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida” (art. 64). Todavia, em face da CF, em especial do seu artigo 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 (MEIRELLES, 2012, p. 738).

Não há vasta jurisprudência nas Cortes judiciais mais elevadas do país (Superior Tribunal de Justiça, STJ, e Supremo Tribunal Federal, STF). No entanto, há um caso



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

emblemático, o qual foi enfrentado pelo STJ e pelo STF, em sede de recurso em mandado de segurança e de agravo regimental em recurso extraordinário, respectivamente.

A demanda fática dos recursos interpostos consistira na lavratura de auto de infração e aplicação de multa a Banco que não fixou cartaz a escala de trabalho dos caixas, a quantidade mínima de assentos para atendimentos de clientes preferenciais, e de banheiros e bebedouros na unidade, como determinava as legislações estadual e municipal, o qual interpôs recurso administrativo e teve a multa originariamente imposta majorada.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso em Mandado de Segurança nº 21.981 - RJ (2006/0101729-2), da relatoria da Min. Eliana Calmon, publicado no DJe em 05/08/2010, deteve maior atenção sobre a matéria, apesar de consignar na ementa do referido acórdão que “(...) Em processo administrativo não se observa o princípio da *non reformatio in pejus*” como corolário do poder de autotutela da administração, traduzido no princípio de que a administração pode anular os seus próprios atos. As exceções devem vir expressas em lei (...)”.

No voto da relatora (folha 05) observou-se que a *reformatio in pejus* é consequência do princípio de autotutela da Administração Pública, a qual se apresenta possível desde que promovida antes do prazo prescricional. Embora tenha prevalecido o entendimento da relatora, houve pedido de vista pelo Ministro Castro Meira, o qual se debruçou com mais minúcia sobre a questão.

O Min. Castro Meira, em seu voto-vista, ressaltou que a polêmica discussão em torno da possibilidade de *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo deve observar a necessidade de respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica, bem como o poder de auto-tutela próprio da Administração Pública. Ademais, observou o Min. Castro Meira que, a despeito da ausência de uniformidade de entendimentos sobre a aplicabilidade do instituto em análise, a Lei 9.784/99 preconizou em seu artigo 64 a possibilidade da *reformatio in pejus*.

Com efeito, prosseguindo sua análise, o referido Ministro registrou que há três correntes sobre o tema (conforme folha 03 de seu voto-vista):

- a) minoritária: para a qual é possível a aplicação da *reformatio in pejus* pela Administração desde que se pautem nos princípios da legalidade, indisponibilidade do interesse público, inquisitivo, oficialidade e verdade material;



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

(b) majoritária: que entende não ser possível a *reformatio in pejus*, mesmo que a Administração abra prazo para manifestação do recorrente, na medida em que tal ato administrativo não afastaria a afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal;

(c) mista: segundo a qual é possível o agravamento da sanção desde que observadas certas condições, sendo uma delas a intimação do recorrente para se manifestar sobre o aumento da pena anteriormente imposta.

O Min. Castro Meira, em sequência, defendeu a tese de CARVALHO FILHO que abomina a produção da *reformatio in pejus* baseada em critérios subjetivos do julgador, apenas admitindo o agravamento do *status* jurídico do recorrente mediante controle objetivo de legalidade.

Assim, perfilhou-se o Ministro (fl. 04 de seu voto-vista) na compreensão de que se um ato é ilegal, aplicado em desconformidade com a lei, pode ser alterado de ofício, independentemente de processo administrativo (em razão do poder de autotutela em anular atos ilegais). Tal situação consistiria em controle objetivo de legalidade do ato administrativo, ínsito ao Poder Público, o qual não se confunde, nem contraria o princípio processual que veda a *reformatio in pejus*.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se na esteira que não concebe o princípio do *non reformatio in pejus* aplicável ao processo administrativo, fundamentando-se nos princípios administrativos da hierarquia e da finalidade, desde que admitido o exercício do direito ao contraditório, como se observa no Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 641.054-Rio de Janeiro, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJe 26/06/2012:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ATENDIMENTO BANCÁRIO. REGULAMENTAÇÃO POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS LOCAIS. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PARA RATIFICAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECRUDESCIMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM RECURSO DO ADMINISTRADO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE.

(...)

3. A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em *reformatio in pejus* no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais.



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “ADMINISTRATIVO - FUNCIONAMENTO DOS BANCOS – EXIGÊNCIAS CONTIDAS EM LEI ESTADUAL E MUNICIPAL – LEGALIDADE. 1. A jurisprudência do STF e do STJ reconheceu como possível lei estadual e municipal fazerem exigências quanto ao funcionamento das agências bancárias, em tudo que não houver interferência com a atividade financeira do estabelecimento (precedentes). 2. Leis estadual e municipal cuja arguição de inconstitucionalidade não logrou êxito perante o Tribunal de Justiça do Estado do RJ. 3. Em processo administrativo não se observa o princípio da "non reformatio in pejus" como corolário do poder de autotutela da administração, traduzido no princípio de que a administração pode anular os seus próprios atos. As exceções devem vir expressas em lei. 4. Recurso ordinário desprovido.”.

Na ocasião do voto do relator (folha 01), em sucinta análise, sustentou-se que no âmbito do direito administrativo, a administração pública tem a prerrogativa de revisar os seus próprios atos, podendo anulá-los, revogá-los ou modificá-los por motivos de legalidade, conveniência e oportunidade, ressalvando-se apenas a necessidade de comunicação prévia do gravame que pode ocasionar ao administrado na interposição do recurso administrativo, como corolário do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Desse modo, inclusive em sede doutrinária, justifica-se o aceite da reforma para pior nos processos administrativos em razão do regime jurídico-administrativo pautado na legalidade e na busca da verdade material, da indisponibilidade dos bens e da obediência efetiva à lei e da coisa julgada administrativa não impedir a via judicial (de modo que deslizos seriam corrigidos nesta seara), segundo expõe LIMA (2011, p. 280-285).

Ademais, os defensores do instituto sustentam-se nos argumentos de legalidade estrita, oficialidade, supremacia do interesse público, verdade material, autotutela e efeito devolutivo amplo dos recursos administrativos (somente restringível se o órgão superior não for competente para certa matéria), conforme CARIBÉ (2009, p. 10-11).

Nessa esteira, a reforma prejudicial ocorreria como efeito automático do cumprimento da legalidade no exercício da autotutela administrativa, situação na qual o recurso devolveria toda a matéria da demanda ao julgador recursal (de ofício), sem os limites do princípio dispositivo, com norte nos princípios de interesse público e de verdade material. Contudo, conforme já se antecipou, há divergência literária acerca do cabimento do referido instituto no processo administrativo brasileiro.

Para CARVALHO FILHO (2012, p. 951), admite-se a reforma prejudicial caso o ato da autoridade administrativa inferior tenha sido praticado em desconformidade com a lei,



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

em conclusão extraída mediante critérios objetivos, não se admitindo o instituto para reavaliação subjetiva dos elementos do processo administrativo.

Para SILVEIRA (2005, p. 8-13), há de se distinguir a aplicação da *reformatio in pejus* do controle de legalidade, de modo que o primeiro ocorreria no caso de reforma por critérios de conveniência e oportunidade (importando em ameaça velada ao direito de recorrer), isto é, em reapreciação de mérito, ao passo que, o segundo consiste em dever de adequação legal da Administração, porém, deve ser veiculado em processo administrativo revisivo em que se oportunize o contraditório e a ampla defesa.

Já para ERLING (2008, p. 10), a notificação da Administração Pública para que o administrado formule alegações complementares consiste em acusação formulada de forma obliqua, a qual, diante de um sistema acusatório (corolário do Estado Democrático de Direito), não se admite, pois cumula no mesmo órgão as funções de acusador e julgador, comprometendo a higidez a apreciação recursal.

Ademais, tal comunicação implicaria em julgamento prévio, de modo a ultrajar o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois “o direito à informação é respeitado, mas não os direitos de manifestação e de ver argumentos considerados de forma adequada” (ERLING, 2008, p. 11).

Assim, a temática encontra-se permeada de entendimentos pluríssonos. No entanto, é possível concluir, diante do sistema de direitos fundamentais instituído em favor dos litigantes e acusados nos processos administrativos, bem como do poder-dever de autotutela da Administração em readequar seus atos à higidez legal (homenageando ao princípio da legalidade), que uma resposta geral sobre a aplicabilidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro não se apresenta adequada, pois não há uniformidade nos casos de reforma prejudicial do *status* jurídico do recorrente.

O direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com os meios que lhes são inerentes, não admite ameaças ao direito de recorrer, pois, nesse tipo de situação, aquele é violado naquilo que se traduz como direito de manifestação e de ver seus argumentos considerados. A referida prerrogativa jurídico-processual não subsiste se inexistente a possibilidade de reavaliação benéfica do gravame imposto.

Ocorre, porém, que a atividade administrativa encontra-se vinculada à legalidade, a qual tem assento constitucional e qualifica o Estado brasileiro em Estado Constitucional de Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

Direito. Assim, há de se admitir, nas hipóteses em que há descompasso objetivo entre a sanção e a previsão legal, que a Administração Pública retome a higidez legal de sua conduta, sem negligenciar o arcabouço de direitos fundamentais plasmados na Constituição, restando imposto o dever de readequação objetiva da legalidade dos atos administrativos desde que permitida a ciência e a manifestação prévia do recorrente para alegações complementares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade de Estado Democrático Constitucional de Direito impõe contornos estruturantes sobre o sistema de direitos fundamentais plasmados em sua Constituição, os quais condicionam a atividade dos Poderes constituídos. Na arquitetura constitucional brasileira, em plena constitucionalização do direito administrativo pátrio, instituiu-se o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório aplicável aos processos administrativos.

Com efeito, a Administração Pública encontra-se vinculada a tais prerrogativas jurídico-processuais quando no exercício de suas funções, as quais, também por imposição constitucional, devem nortear-se pelos ditames da legalidade, havendo como poder-dever do Poder Público a capacidade de anular seus atos que estejam em desconformidade com a legislação.

Para tanto, encerrando litígio com as pretensões dos administrados, a Administração possui um *iter* oficial a seguir, isto é, deve deflagrar um processo administrativo. Neste, se a decisão for desfavorável ao administrado, resta presente a possibilidade do mesmo interpor recurso administrativo, a fim de controlar a correição das decisões prolatadas pelas autoridades administrativas. No julgamento deste recurso, a autoridade por entender pelo agravamento da situação jurídica do recorrente, englobando duas possibilidades: *reformatio in pejus* e controle de legalidade.

O instituto da *reformatio in pejus* pode ser compreendido como a possibilidade de agravar-se a situação jurídica do recorrente em sede de processo administrativo quando a instância superior identifique erro no julgamento de base, especificamente quanto à avaliação subjetiva dos elementos de motivação do mérito do ato administrativo impugnado.

Portanto, a *reformatio in pejus* consiste em reapreciação subjetiva do mérito do litígio administrativamente deduzido, uma vez que é inerente aos recursos administrativos o

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

efeito de devolutividade total da matéria julgada. Tal modalidade de reforma prejudicial é defendida com base nos preceitos de autotutela administrativa e de legalidade, impondo-se apenas a oitiva substancial da parte recorrente antes do julgamento recursal.

Contudo, a *reformatio in pejus*, em razão de tratar-se em reapreciação subjetiva, importa em ameaça velada ao direito de recorrer administrativamente, o que, à luz das prerrogativas jurídicas fundamentais dos administrados, sobretudo o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, não se pode sustentar.

O controle de legalidade, por sua vez, consiste em readequação do preceito normativo aplicável ao caso deduzido administrativamente, isto é, readequação legal (objetiva) à lide administrativa, sem maiores inferências da convicção subjetiva do julgador administrativo.

Nessa esteira, o controle de legalidade traduziria o dever de legalidade inerente à função administrativa, o qual foi contemplado no sistema constitucional vigente. Dessarte, não há conflito entre a readequação legal e o sistema de direitos fundamentais conquistados pelos administrados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 21.981 - RJ (2006/0101729-2)**. Segunda Turma. Min. Rel. Eliana Calmon. DJe: 05/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 641.054-Rio de Janeiro**. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Fux. DJe 26/06/2012.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. *Reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro: fundamentos, condições e limites. **Revista Virtual da Advocacia-Geral da União**. Ano IX, n. 92, set./2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/768375>>. Acesso em: 02 set. 2014.

Versão em português recebida em 23/12/2014, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. JusPodvm: Salvador, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. A vedação da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo sancionador e a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal): aplicação do sistema acusatório e proposta de triangularização do processo administrativo sancionador. **Interesse Público**, ano 10, n. 52, nov./dez. 2008, Belo Horizonte. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56167> >. Acesso em: 4 set. 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**. nº 11, fev./2002, Salvador. Disponível em: < www.direitopublico.com.br >. Acesso em: 20 dez./2014.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* e os princípios do regime jurídico-administrativo: uma improvável conciliação!. **Revista da Advocacia-Geral da União**. ano X, n. 30, out./dez.2011, Brasília-DF.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Comentário ao artigo 5º, LV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Admite-se *reformatio in pejus* no processo administrativo não sancionador? **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. vol. 2. ano 2009. Disponível em: < <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/1713/1096> >. Acesso em 08 out. 2014.

SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. A *reformatio in pejus* e o processo administrativo. **Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 30, ano 7, mar./abr. 2005 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50028>>. Acesso em: 4 set. 2014.