A REFORMATIO IN PEJUS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO.

(O presente texto reflete as posições pessoais de seu autor, não estabelecendo qualquer vinculação a entendimentos passados ou futuros de seu órgão de atuação, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional)

Tratar o tema da *reformatio in pejus*, normalmente, implica em discorrer sobre as conexões de tal possibilidade (da reforma para pior) com os âmbitos do Direito Processual, em especial o Direito Processual Penal, relacionando-os com os âmbitos nos quais se pretende estuda-la, ou seja, no presente caso, com o âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Implica também, normalmente, em trazer princípios e conceitos de direito material, em especial o Direito Penal, para interagir com o conteúdo normativo aplicável ao Direito Administrativo Sancionador. Tais abordagens, assim, acabam sempre por confrontar a possibilidade da *reformatio in pejus* em face de processualísticas e princípios que, no geral, se inclinam pela necessidade de dar eficácia a direitos e garantias individuais, no mais das vezes previstos constitucionalmente.

Esse tipo de análise é absolutamente válido e permite, inclusive, uma interpretação integrativa de todos os âmbitos do Direito estudados. Aliás, já foi por nós mesmos utilizado quando, em outra oportunidade, nos debruçamos sobre a aplicabilidade dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, especificamente o da "retroatividade benéfica", tendo em vista a alteração da legislação cambial¹.

O presente estudo, contudo, tem a pretensão de realizar uma análise um pouco diferenciada, passando pelos âmbitos do Direito material no qual se imprime a necessidade de estabelecimento de procedimentos administrativos de Direito Administrativo Sancionador para verificar, então, quais as características procedimentais desse Direito Administrativo Sancionador que são necessárias à efetivação das premissas de tais âmbitos do Direito

¹ Veja-se o nosso: PEREIRA DE SOUZA, S.A.G., A suposta retroatividade benéfica e a nova normativa cambial em *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo, abril-junho, 2007, pp. 43 a 53.

material, buscando essas mesmas características procedimentais no conteúdo normativo regente do Direito Administrativo Sancionador brasileiro para, então, verificar no mesmo a possibilidade da *reformatio in pejus*.

Explicada a metodologia que se desenvolverá, passemos à verificação dos âmbitos de Direito material que especificamente nos interessam. O objeto primordial de análise, no presente caso, será o Sistema Financeiro Nacional (macro ambiente de competência recursal do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN²), cujo fundamento de validade encontra amparo em dispositivo constitucional que atribui ao mesmo a função de promotor do desenvolvimento do país e de servidor dos interesses da coletividade. Cabe transcrever o art. 192 da Constituição Federal:

"Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram."

Observe-se que outros âmbitos de Direito material de grande interesse ao Direito Administrativo Sancionador, não por coincidência, têm seu fundamento de validade constitucional também no Título da Ordem Econômica e Financeira de nossa Constituição, em especial o direito concorrencial (art. 173, § 4º - Conselho Administrativo de Direito Econômico, CADE) e os sistemas de regulação de atividade econômica coordenados por parte da constelação de agências reguladoras atualmente existente (a título de exemplo basta citar algumas: exploração de petróleo e gás, art. 177 – Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis, ANP; transportes aéreo, aquático e terrestre, art. 178 – Agência Nacional de Aviação Civil, ANAC, Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ANTAQ; telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica e demais serviços públicos, art. 21, incisos XI e XII, c.c. art. 175 – Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, ANAEEL e Agência Nacional de Águas, ANA).

² Para uma análise mais detida sobre a competência do CRSFN, veja-se o também nosso: Algumas considerações a respeito da competência do CRSFN, em *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 8, n. 30, São Paulo, outubro-dezembro, 2005, pp. 339 a 351.

Em todos estes âmbitos de Direito material o Direito Administrativo Sancionador tem encontrado um propício ambiente de aplicabilidade, discussão e desenvolvimento, exatamente em função da atuação de todos estes órgãos e agências, que o utilizam como instrumento de eficácia de suas próprias regulações e, em última análise, como instrumento de concreção dos objetivos discriminados constitucionalmente a cada um destes ramos da atividade econômica.

É possível dizer, contudo, que é no tocante ao Sistema Financeiro Nacional e ao direito concorrencial, até por conta da idade dos órgãos que atuam nestes âmbitos (o CRSFN e o CADE), que o Direito Administrativo Sancionador têm encontrado um maior desenvolvimento, com discussões como a que ora se trata.

Não obstante, todos estes âmbitos de Direito material pertencem, *lato sensu*, ao chamado Direito Econômico³, cuja regra matriz de validade constitucional é o art. 170 da Constituição Federal, a saber:

"Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:"

A leitura do texto constitucional permite identificar que a <u>ordem econômica</u> prevista na Carta Máxima tem como objetivo explícito <u>assegurar a todos existência digna e justiça social</u>, o que complementa os objetivos da própria República, já estatuídos no art. 3° do Diploma Constitucional.

A concreção desse objetivo maior da ordem econômica se faz através de dois mecanismos, que são também os fundamentos dessa mesma ordem e os quais também já vêm expressos no art. 1°, inciso IV, da nossa Carta Magna como fundamentos da República Federativa⁴:

³ Não custa trazer a doutrina de EROS ROBERTO GRAU, que conceitua o Direito Econômico como sendo o "... sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal" em: GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 39.

⁴ Constituição Federal:

- (1) a valorização do trabalho humano; e
- (2) a livre iniciativa.

Tais fundamentos, ou mecanismos, por sua vez, encontram efetividade através da obediência aos princípios seguidamente elencados no próprio art. 170, os quais possibilitam ao Estado brasileiro, na sua tarefa de impor condicionamentos à atividade econômica, atuar na economia, direta ou indiretamente, em setores específicos, conforme consignado, posteriormente, nos arts. 172 a 192 de nosso Diploma Máximo. Logo, estes princípios são considerados como "preceitos condicionadores da atividade econômica", aplicáveis ao Estado, e pelo Estado, em sua atuação no domínio econômico.

Dentre os princípios da ordem econômica, podem ser destacados os princípios da propriedade privada e de sua função social (incisos II e III, do art. 170), que atuam estreitamente vinculados ao fundamento da ordem econômica já mencionado, a livre iniciativa.

De fato, sendo o objetivo da ordem econômica a "existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social" a livre iniciativa se vê condicionada à realização de tal objetivo e, assim, será "legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário".

Ao estatuir o princípio da propriedade privada, em consonância com o fundamento já consignado no *caput* de seu art. 170, relativo à livre iniciativa, a Constituição Federal dá

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 724.

⁶ SILVA, op. cit., p. 726.

efetividade ao livre exercício de atividade econômica. Da mesma forma que a livre iniciativa, então, tal princípio da propriedade privada também não pode ser entendido como absoluto.

Veja-se que a propriedade privada no sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos demais sistemas que se utilizam das premissas estabelecidas pelas declarações de direitos do séc. XVII e, atualmente, pela Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, é considerada como direito individual fundamental, cláusula pétrea de nossa Constituição Federal, no art. 5°, inc. XXII.

Por isso se pode afirmar que "o direito de propriedade individual é um pressuposto da liberdade de iniciativa. Esta somente existe como consequência e como afirmação daquele"⁷.

Por outro lado, da mesma forma que a livre iniciativa, <u>a propriedade privada se vê condicionada à realização dos objetivos da ordem econômica constitucional</u> e, assim, "... não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim"⁸.

Seguidamente, ao estabelecer o princípio da função social da propriedade, também como um dos princípios que regem a <u>ordem econômica constitucional</u>, a Carta Magna confirmou a relativização do conceito de propriedade privada na consecução dos objetivos de tal ordem.

O princípio da função social da propriedade, instituído desde a Constituição de 1934⁹, é o primeiro e mais explícito limite de interpretação do princípio da propriedade privada, sendo também estatuído como um dos direitos fundamentais (nesse caso de interesse coletivo),

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 128.

⁸ SILVA, op. cit., p. 743.

⁹ FONSECA, op. cit., p. 128.

cláusula pétrea de nossa Constituição atual, no art. 5°, inc. XXIII, aplicando-se nesse contexto a todo e qualquer tipo de propriedade.

Ademais, sua consignação como princípio específico da ordem econômica, levando em conta os demais princípios dessa mesma ordem e seu outro fundamento, qual seja, a valorização do trabalho humano, permite concluir que a Constituição Federal, neste particular, cuida da propriedade dos bens aplicados à atividade econômica, que também podem ser chamados de "bens de produção", ou seja, aqueles bens que se aplicam à produção de outros bens ou rendas e que no sistema de economia de mercado tendem a se organizar em empresas privadas.

Por isso que: "O princípio da função social da propriedade, para logo se vê, ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com sua destinação. ... Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa"¹⁰.

Ora, se a função social da propriedade, quando considerada como princípio da ordem econômica, faz referência à função social da empresa, então mais uma vez fica clara a conexão entre a propriedade privada, sua função social e a livre iniciativa, da forma como esta foi insculpida como fundamento e mecanismo essencial da <u>ordem econômica</u> constitucional.

Ao estabelecer a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica mais uma vez a Constituição Federal condiciona a livre iniciativa, fundamento desta mesma ordem.

Tais premissas se amoldam perfeitamente ao já transcrito art. 192 da Constituição Federal, que vislumbra o Sistema Financeiro Nacional como um instrumento de promoção do desenvolvimento equilibrado do país, a serviço dos interesses da coletividade, ou seja, o Sistema Financeiro Nacional é visto também como um "bem de produção" que deve

¹⁰ GRAU, Elementos ..., op. cit., p. 128.

atender, mesmo quando privado, a uma função social conectada à concretização do objetivo maior da ordem econômica, "assegurar a todos existência digna, conforme dos ditames da justiça social"¹¹.

Assim é que o âmbito do Direito material que nos interessa, especificamente o Direito Econômico constitucional voltado à regulação do Sistema Financeiro Nacional, em função do objetivo constitucional eleito para o mesmo, altera a normal percepção que se tem dos Direitos e Garantias Fundamentais, de forma que a propriedade privada dos bens de produção a ele sujeitos (as próprias instituições financeiras pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional), tenha como destinação maior a consecução do objetivo da ordem econômica constitucional.

Os bens de produção são despersonalizados, não se aplicando a eles os Direitos e Garantias Fundamentais, mas legitimando-os pela destinação ao cumprimento de uma função social, não abstrata, mas visceralmente conectada ao objetivo da ordem econômica constitucional.

Com tal fundamento de validade constitucional, o Sistema Financeiro Nacional passa a ser regulado por um conjunto normativo infra-constitucional, em especial a Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a respeito da qual já não pairam dúvidas no tocante à determinação do bem jurídico tutelado por seus dispositivos materiais de caráter sancionador, qual seja, na dicção da melhor doutrina: "... bem jurídico que se julga fundamental preservar é a disciplina e o bom funcionamento do mercado. A necessidade de preservação dos mercados é a ratio legis" 12.

Logo, a higidez do Sistema Financeiro Nacional, bem jurídico tutelado pelos dispositivos materiais de direito sancionador da Lei Bancária, é essencial para que este mesmo Sistema venha a cumprir com sua função social constitucionalmente prevista, ou seja, a manutenção

Cabe mencionar que tal entendimento já foi consagrado pelo C. Supremo Tribunal Federal, que manifestou: "O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade." ADIN 2.591/2001 – Relator Min. EROS GRAU, DJ 29/09/2006.

PAULIN, Luiz Alfredo, "Conceito de falta grave e alcance das disposições do art. 44, § 4º. da Lei 4.595/64", in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, RT, vol. 10, out.-dez./2000, p. 64.

da disciplina e do bom funcionamento do mercado tem tutela constitucional na medida em que assegura o cumprimento da função social do Sistema Financeiro Nacional e, em última análise, do bem de produção (a instituição financeira) que nesse Sistema opera.

Assim sendo, para se dar eficácia a tais dispositivos materiais de direito sancionador é necessária uma processualística administrativa que, levando em conta os Direitos e Garantias Fundamentais, vislumbre o bem jurídico tutelado (a higidez do Sistema) como inserido em um âmbito superior de Direito material, o Direito Econômico Constitucional e, desta feita, concretize o objetivo maior deste âmbito superior de Direito material através da manutenção intransigente desse mesmo bem jurídico tutelado.

Tal processualística administrativa, no tocante ao Sistema Financeiro Nacional, se desenvolve principalmente no seio do CRSFN e, finalmente trazendo o âmbito de Direito material que nos interessa às raias do Direito Administrativo Sancionador e ao tema principal deste estudo, tem como principal instrumento normativo a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, também conhecida como Lei do Processo Administrativo Federal.

Pelo até aqui exposto, poder-se-ia concluir que, na ausência de um normativo processual administrativo e em face da prevalência do objetivo específico da ordem econômica constitucional ("assegurar a todos existência digna, conforme dos ditames da justiça social", que no âmbito do Sistema Financeiro Nacional se torna eficaz, primordialmente, pela tutela da higidez do Sistema), os eventuais princípios de Direito material que de alguma forma representassem uma vedação à possibilidade de reformatio in pejus seriam sempre afastados quando estivesse em jogo a eficácia da proteção desse mesmo bem jurídico tutelado, ou seja, quando estivesse em jogo a eficácia da realização da função social constitucionalmente prevista ao Sistema Financeiro Nacional.

De fato, a ordem econômica constitucional, em face de seus fundamentos e objetivo, não pode conviver com decisões administrativas que, de qualquer forma, possam possibilitar a vulneração desse mesmo objetivo pelos bens de produção inseridos no domínio econômico,

sendo necessária, em tais situações, uma "válvula de escape" que permita a correção da decisão administrativa que foge à legitimidade constitucional.

Mais concretamente falando, e no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, não é aceitável do ponto de vista constitucional que qualquer decisão administrativa que possibilite a vulneração da higidez do Sistema Financeiro Nacional se torne imutável, sendo necessária a utilização, pela processualística administrativa, de instrumentos jurídicos que possibilitem a correção de tais situações.

De forma geral, tais instrumentos, na processualística administrativa da Lei nº 9.784/99 e do Regimento Interno do CRSFN, são o "recurso de oficio" e, implicitamente, a *reformatio in pejus*.

A Lei nº 9.784/99 veio a inovar no âmbito do processo administrativo federal, uma vez que estabeleceu o primeiro padrão procedimental para toda a Administração Pública Federal, padrão este pautado pela proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, conforme estatuído em seu art. 1º13.

Assim, tomando-se já o art. 2º da citada Lei do Processo Administrativo¹⁴, vê-se que a mesma trouxe à luz uma série de princípios já constitucionalizados. Aparentemente tal fato apresenta-se como uma mera reprodução da Constituição, mas o seu alcance é muito maior e, a nosso ver (ao contrastar-se tal normativa processualística com o Direito material a respeito do qual se discorreu no início deste estudo), significa dizer que tais princípios

¹³ Lei nº 9.784/99:

Art. 1º 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.

^{§ 2}º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

¹⁴ Lei nº 9.784/99:

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

constitucionais, quando aplicados ao Direito Administrativo Sancionador no âmbito do Direito Econômico constitucional, têm suas características básicas relativizadas em função da necessidade de se fazer cumprir o objetivo primordial da ordem econômica.

Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a discussão a respeito do princípio da inocência e da eventual inversão do ônus da prova à luz o artigo 36 da Lei nº 9.874/99¹⁵, a respeito da qual a doutrina mais qualificada já afirmou que "... a CF/88 consagra ou exige é uma amplitude mínima de defesa. O que o devido processo legal enseja é a variação dos graus dos direitos de defesa, desde um patamar mínimo até um estágio máximo, consoante os interesses que estejam em jogo, conforme as legítimas opções legislativas, a natureza das demandas, as regras fixadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas e as oportunidades conferidas às partes, notadamente os acusados em geral ³¹⁶.

Por sua vez art. 4°, inciso II, do Regimento Interno do. CRSFN, afirma competir a este "apreciar recurso de oficio, interposto pelos órgãos ou entidades competentes, das decisões que concluírem pela não aplicação das penalidades previstas no inciso I do artigo anterior".

Tal dispositivo é corroborado pela força da norma do artigo 64 da Lei nº 9.784/99, que expressa:

"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."

No nosso entender, trata-se de trazer ao órgão recursal a totalidade do "efeito devolutivo" dos recursos, ou seja, o dispositivo tem o condão de devolver à apreciação do órgão julgador a plenitude do conhecimento de todas as matérias, de fato e de direito, objeto da decisão sujeita ao recurso de oficio.

¹⁵ Lei nº 9.784/99:

Art. 36. Cabe ao <u>interessado</u> a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta lei.

¹⁶ OSÓRIO, F. M., Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 397.

A conjunção desses dois dispositivos, bem como a interpretação dada ao art. 2º da mesma Lei nº 9.784/99, a nosso ver, poderia justificar a remessa de oficio ao órgão julgador de segunda instância de todas as decisões de primeira instância, fossem elas absolutórias, parcialmente condenatórias ou inteiramente condenatórias.

Tal conclusão teria o condão de transformar o "recurso de oficio" na supra-mencionada "válvula de escape" do sistema, legitimando a processualística em face dos objetivos constitucionalmente previstos ao Sistema Financeiro Nacional. Ademais, extinguiria a demanda por outro tipo de "válvula de escape", a da *reformatio in pejus*.

Em verdade, contudo, tal tese não tem qualquer repercussão no seio do CRSFN, que sempre entendeu o dispositivo regimental acima transcrito como um inafastável limitador de competência do Colegiado. Tanto é assim que, inclusive, se baixou normativa interna no sentido de que, não havendo interposição formal do "recurso de oficio" nos casos em que o mesmo fosse cabível, seria necessário o retorno do feito à primeira instância de forma a suprir-se a irregularidade formal detectada.

Em assim sendo, a *reformatio in pejus* transforma-se, mais uma vez e como se ausente fosse a normativa processualística, em instrumento apto a afastar a imutabilidade de qualquer decisão administrativa que possibilite a vulneração da higidez do Sistema Financeiro Nacional e, por consequência, possibilite a vulneração do objetivo maior traçado pela ordem econômica constitucional aos bens de produção inseridos neste domínio econômico, mesmo que tal decisão de primeira instância seja de cunho condenatório integral.

A utilização de tal instrumento de correção, contudo, se restringiria à hipótese de discussão da dosimetria das penas impostas, ou seja, à verificação de que a pena imposta em primeira instância (e contra a qual o administrado operou o recurso voluntário) não seria suficiente à reprovação da conduta realizada e, em face de sua insuficiência, representasse um estímulo aos demais operadores do sistema à realização da mesma conduta, em que pese seu caráter

atentatório à higidez do sistema e sua ilegitimidade em face dos objetivos constitucionalmente previstos a tal âmbito Direito Econômico.

A observação prática dos casos em que a *reformatio in pejus* foi submetida à discussão no CRSFN indica, exatamente, tal restrição de hipótese de abrangência. Em todos se discutiu, inicialmente, o cabimento em tese da *reformatio in pejus* e, exclusivamente, no tocante à dosimetria das penas impostas, para em um segundo momento discutir-se o *quantun* dessa mesma r*eformatio*.

Veja-se, por fim, que à luz da norma processual geral aplicável, a já citada Lei nº 9.784/99, a *reformatio in pejus* não encontra vedação explícita. Pelo contrário, o já mencionado artigo 64 da Lei em questão, em seu parágrafo único, expressamente prevê a possibilidade que, da análise recursal, sobrevenha prejuízo à situação jurídica daquele que se submete à segunda instância, estabelecendo procedimento de segurança e garantia de ampla defesa, a saber:

"Art. 64 –

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."

Efetivamente, pois, o art. 64 implica em amplo efeito devolutivo ao órgão competente para a análise do recurso administrativo o que, conjugado ao dispositivo do art. 2º, § único, inciso XIII, da mesma Lei, que estabelece como um dos critérios a serem observados na solução dos processos administrativos "... a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige", indica que a normativa processual é apta a aceitar o caráter instrumental necessário à defesa dos objetivos constitucionais já discutidos, inclusive pela adoção da reformatio in pejus, à luz do parágrafo único do mesmo art. 64.

Parece-nos de nítida clareza, que o fim público que deve ser buscado nos processos administrativos de que ora se trata é a plena eficácia dos objetivos constitucionais previstos

previsto ao Sistema Financeiro Nacional, o que se faz pela tutela da higidez do sistema e pela possibilidade de plena correção das decisões administrativas que, de alguma forma, fujam à essa legitimação constitucional.

Poder-se-ia contra-argumentar que o parágrafo único do art. 65, da mesma Lei¹⁷, representaria a vedação expressa à possibilidade de *reformatio in pejus*. Tal interpretação, contudo, não se conciliaria com as razões constitucionais acima expostas, além de representar um alargamento do dispositivo normativo incompatível com a compreensão que temos do mandamento constitucional expresso no art. 192 e, em última análise, do art. 170 e seus incisos.

Mesmo a interpretação literal do citado art. 65 não autorizaria tal conclusão, uma vez que tal dispositivo, por seu parágrafo único, apenas exclui a hipótese de *reformatio in pejus* para os casos de <u>revisão administrativa</u> que venha a ocorrer em face do surgimento de "fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada", ou seja, trata de circunstância jurídica e momento procedimental absolutamente distintos daqueles em que se dá a análise recursal de que aqui se cuida.

Desta feita, acreditamos ter demonstrado as características básicas do Direito material ao qual se busca dar efetividade por meio do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (e de forma geral em todos os demais âmbitos da ordem econômica constitucional), bem como o caráter necessário à processualística envolvida com aplicabilidade desse mesmo Direito Administrativo Sancionador, a qual, a nosso ver, de forma a cumprir com os objetivos constitucionalmente previstos, insere a *reformatio in pejus* como um instrumento plenamente aplicável.

¹⁷ Lei nº 9.784/99:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de oficio, 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.

Tal entendimento, pensamos, se coaduna com a necessidade de maior eficácia dos dispositivos infra-constitucionais aplicáveis ao macro-ambiente constitucional do Direito Econômico.

Ademais, também se coaduna com a visão segundo a qual o Direito Administrativo Sancionador, diferentemente do Direito Penal, não se pauta pela defesa intransigente dos direitos individuais, mas sim, pela prevalência do interesse público.

Nesse sentido, e nos socorrendo da melhor doutrina administrativista, já tivemos a oportunidade de afirmar que:

"No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, conforme já afirmado acima, os princípios e premissas de Direito Penal não se aplicam diretamente e sem distinção, mas são ponderados em função das especificidades desse distinto ramo do Direito.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO, anteriormente citado, dedica quase sessenta páginas de sua conhecida obra (p. 119 a p. 177) a refutar a tese da "unidade do ius puniende estatal", demonstrando as diversas diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, concluindo que os dois pertencem a regimes jurídicos distintos, razão pela qual se torna impossível a aplicação direta dos princípios e premissas de um no outro, sem adequações e ponderações específicas. De suas assertivas vale transcrever, além da inicialmente já transcrita, a seguinte passagem, que justifica o tratamento hermenêutico aqui esposado, a saber:

"Daí que, vale lembrar, o Direito Administrativo Sancionador não parte da idéia de garantir direitos individuais, e sua dogmática, se é que se poderia designar dessa forma sua normativa técnica em perspectiva histórica recente, parte da idéia de interesse público e de responsabilidades balizadas por critérios até mesmo objetivos." (OSÓRIO, F. M., op. cit., p. 141)." 18

Sendo essas nossas considerações, esperamos que as mesmas auxiliem os demais operadores do Direito e possam servir de estímulo à discussão cada vez maior dos institutos jurídicos aqui mencionados.

Sérgio Augusto G. Pereira de Souza

Procurador da Fazenda Nacional.

Mestre em Direito pela USP.

Doutorando em Direito pela Universidade de Barcelona – Espanha.

¹⁸ No nosso: PEREIRA DE SOUZA, S.A.G., A suposta retroatividade benéfica e a nova normativa cambial em *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo, abril-junho, 2007, pp. 43 a 53.