



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS (FDA)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)
MESTRADO EM DIREITO**

LEONARDO CARMO RIBEIRO DE LIMA

**O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS: Reflexões à luz de um direito administrativo
constitucionalizado, processualizado e aderente às inovações tecnológicas.**

Maceió
2022

LEONARDO CARMO RIBEIRO DE LIMA

O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: Reflexões à luz de um direito administrativo constitucionalizado, processualizado e aderente às inovações tecnológicas.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

Maceió
2022

Catlogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

L732a Lima, Leonardo Carmo Ribeiro de.

O atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos: reflexões à luz de um direito administrativo constitucionalizado, processualizado e aderente às inovações tecnológicas / Leonardo Carmo Ribeiro de Lima. – 2022.

151 f.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 140-151.

1. Presunção de veracidade – Ato administrativo. 2. Inversão do ônus da prova. 3. Democracia administrativa. 4. Poder de polícia. 5. Novas tecnologias. I. Título.

CDU: 342.9

AGRADECIMENTOS

A ingratidão é um dos maiores males que o homem pode se deixar abater. Como ser social que naturalmente somos, nada é construído sozinho, nada é fruto de um único indivíduo. Mesmo em nossas aventuras mais solitárias, certamente as possíveis vitórias são decorrentes de toda uma comunidade a nosso entorno.

Então é tempo de agradecer.

Primeiramente à minha família, cuja estrutura sempre me foi dada, permitindo a tranquilidade, tempo e auxílios pontuais que um trabalho deste porte é capaz de nos demandar. Aliás, a família sempre foi e sempre será a nossa maior base. Tudo o que sou e o que um dia chagarei a ser não escapará às suas mãos.

Agradecer também aos amigos, os quais não ousou nominar sob pena de incorrer em algum esquecimento. Mas tenham a convicção que foram decisivos nesta jornada, desde os rabiscos iniciais, até as últimas tintas derramadas no ponto final.

Ser grato pela UFAL, universidade cuja formação me propiciou vasto conhecimento e a oportunidade de hoje possuir um trabalho digno, no qual tenho a capacidade de provocar – por menores que sejam – avanços na realidade social de muitos trabalhadores. Aliás, quando me refiro à faculdade de direito da UFAL quero, por evidente, englobar todo o corpo de pessoas que fazem desta instituição uma referência no ensino jurídico nacional.

Falando em pessoas, gostaria de não somente agradecer, mas também parabenizar o Professor Doutró Fábio Lins, um ser humano que escreve e pratica a democracia no seu dia-a-dia. Além da proximidade nos tempos de faculdade, foi um presente tê-lo como orientador, na medida em que seus valores estão em perfeito alinhamento com o norte deste trabalho.

Não poderia esquecer meus filhos. São três, pequeninos ainda. E aqui não se trata de um agradecimento, mas de um pedido de desculpas. Pelas minhas constantes ausências e eventuais impaciências. Não foi de propósito. Não consigo fazer nada pela metade; de qualquer maneira. E um trabalho desse porte me exige demais. Mil perdões. Que um dia possam ter orgulho de seu pai.

À Alana, companheira inseparável. O alicerce desse prédio em constante construção.

De todo coração, muito obrigado a todos!

“Se você quer que trabalhadores façam uma greve geral, que as mulheres assumam que são donas do próprio corpo ou que minorias oprimidas exijam direitos políticos – o primeiro passo é recontar sua história. A nova história vai explicar que ‘nossa situação atual não é nem natural nem eterna. As coisas uma vez já foram diferentes. O mundo injusto que conhecemos hoje foi criado apenas por uma série de eventos ocasionais. Se agirmos com sabedoria, poderemos mudar este mundo e criar um mundo melhor’. É por isso que marxistas recontam a história do capitalismo, que feministas estudam a formação das sociedades patriarcais e que afro-americanos rememoram os horrores do tráfico negreiro. O objetivo não é perpetuar o passado, e sim libertar-se dele.”

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã.**

RESUMO

A doutrina brasileira, seguida de forma praticamente uníssona pela jurisprudência, reconhece desde há muito a presunção de veracidade dos atos administrativos como um de seus atributos elementares, cuja consequência é a inversão do ônus da prova em desfavor do particular, cabendo a este demonstrar a inveracidade dos fatos consignados pelo agente estatal. Ocorre que a prática forense tem demonstrado que esta construção doutrinária e jurisprudencial tem sido utilizada pelo Estado de forma a sujeitar o administrado à autoridade de seus atos, sem que lhe seja atribuída a capacidade de um efetivo questionamento. Nesse contexto, nos propomos a realizar uma análise crítica do atributo da presunção de veracidade do ato administrativo, agora sob um olhar contemporâneo da Constituição Cidadão de 1988, cujos preceitos basilares reforçam um estado amparado pelo regime democrático de direito, e que dentre o rol de garantias fundamentais se encontra previsto expressamente o respeito pela Administração ao contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal. No mais, por vislumbramos que a problemática se intensifica justamente nos momentos em que a Administração Pública se porta como Estado-acusador, direcionaremos o estudo voltado para o ato punitivo (sancionatório), no qual há uma imputação de penalidade ao particular. Nesse sentido, diante da circunstância de que a pretensão punitiva da Administração se expressa, em grande medida, através do exercício pelo seu poder de polícia, também adentraremos nesta temática, conferindo ênfase às novas tecnologias como um elemento a ser levado em consideração na reflexão acerca da necessidade de comprovação dos ilícitos administrativos pelo Estado.

Palavras-chave: Democracia administrativa. Devido processo legal administrativo. Presunção de veracidade do ato administrativo. Inversão do ônus da prova. Novas tecnologias.

RESUMEN

La doctrina brasileña, seguida prácticamente al unísono por la jurisprudencia, hace tiempo que reconoce como uno de sus atributos elementales la presunción de veracidad de los actos administrativos, cuya consecuencia es la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del particular, dejando a este último demostrar la falsedad de los hechos consignados por el agente estatal. Ocurre que la práctica forense ha demostrado que esta construcción doctrinal y jurisprudencial ha sido utilizada por el Estado para someter al administrado a la autoridad de sus actos, sin que se le dé la posibilidad de cuestionarlo efectivamente. En este contexto, nos proponemos realizar un análisis crítico del atributo de la presunción de veracidad del acto administrativo, ahora bajo una mirada contemporánea de la Constitución Ciudadana de 1988, cuyos preceptos básicos refuerzan un Estado sustentado en el régimen democrático de derecho, y que entre la lista de garantías fundamentales, se prevé expresamente que la Administración respete el sistema contradictorio y la defensa amplia, corolarios del debido proceso legal. Además, como vemos que el problema se agudiza precisamente en los momentos en que la Administración Pública se comporta como Estado acusador, orientaremos el estudio hacia el acto punitivo (sancionador), en el que se produce una imputación de pena al individuo. En este sentido, dada la circunstancia de que la intención punitiva de la Administración se expresa, en buena medida, a través del ejercicio de su poder de policía, también entraremos en este tema, enfatizando las nuevas tecnologías como elemento a tener en cuenta en la reflexión sobre la necesidad de la prueba de las infracciones administrativas por parte del Estado.

Palabras clave: Democracia administrativa. Debido proceso legal administrativo. Presunción de veracidad del acto administrativo. Inversión de la carga de la prueba. Nuevas tecnologías.

ABSTRACT

Brazilian doctrine, followed practically in unison by jurisprudence, has long recognized the presumption of veracity of administrative acts as one of its elementary attributes, the consequence of which is the reversal of the burden of proof in detriment of the individual, leaving the latter to demonstrate the untruthfulness of the facts consigned by the state agent. It so happens that forensic practice has shown that this doctrinal and jurisprudential construction has been used by the State in order to subject the administered to the authority of its acts, without being given the ability to effectively question it. In this context, we propose to carry out a critical analysis of the attribute of the presumption of veracity of the administrative act, now under a contemporary view of the 1988 Constitution, whose basic precepts reinforce a state supported by the democratic regime of law, and that among the list of fundamental guarantees, it is expressly foreseen that the Administration respects the adversary system and ample defense, corollaries of the due processo of law. Furthermore, as we see that the problem intensifies precisely at the moments when the Public Administration behaves as an accusing State, we will direct the study towards the punitive (sanctionary) act, in which there is an imputation of penalty to the individual. In this sense, given the circumstance that the punitive intention of the Administration is expressed, to a large extent, through the exercise of its police power, we will also enter into this theme, emphasizing new technologies as an element to be taken into account in the reflection on the need for proof of administrative offenses by the State.

Keywords: Administrative democracy. Administrative due process of law. Presumption of veracity of the administrative act. Reversal of the burden of proof. New technologies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
1.1 Estado moderno, direito administrativo e transição democrática institucional	14
1.2 Processo administrativo, uma relevância que se alarga	23
1.2.1 A processualidade no âmbito da função administrativa	28
1.2.2 O processo a serviço da democracia administrativa	34
2. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL	43
2.1 Aspectos que regem o novo paradigma constitucional	43
2.2 A constitucionalização do direito e seus reflexos sobre o direito administrativo	49
2.3 O comportamento da Administração Pública sobre a ótica do devido processo legal ..	56
3. O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	68
3.1 O atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos e o conseqüente <i>onus probandi</i> – o modelo tradicional em confronto com a processualidade administrativa.	68
3.2 Aplicabilidade do ônus probatório e os princípios fundamentais processuais da ampla defesa e contraditório	78
3.3 O processo administrativo e o compromisso com a verdade material: a prova como uma garantia fundamental	89
3.4 O Estado-acusador frente aos princípios administrativos	94
3.4.1 O princípio da publicidade e a visibilidade das ações administrativas	94
3.4.2 Princípios da impessoalidade e motivação administrativa: a exigência de uma demonstração objetiva dos fatos.....	98
3.4.3 O poder-dever de autotutela e a necessidade de um provimento legítimo	103
3.4.4 A presunção de inocência como uma garantia constitucional ao <i>ius puniendi</i>	107
4. NOVAS TECNOLOGIAS E O JUÍZO PONDERATIVO SOBRE O PODER DE POLÍCIA: Reflexos que recaem sobre o atributo da presunção de veracidade dos atos sancionatórios	112
4.1 Poder de polícia, algumas considerações iniciais	112
4.2 Interesse público e a atividade ponderativa sobre o poder de polícia	117
4.3 Novas tecnologias, poder de polícia e juízo ponderativo	124
4.4 O atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos face as novas tecnologias: um repensar ponderativo necessário	130
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

O processo administrativo, assim como ocorreu com o processo judicial, não obteve em seu nascedouro o *status* jurídico de que era merecedor, estando os olhares inicialmente atentos para o desenvolvimento de teorias e sistematização do ato administrativo. Nas últimas décadas, contudo, o processo administrativo vem se tornando progressivamente objeto de estudos mais aprofundados, distanciando-se da antiga concepção de mero rito formalístico, para se tornar um instituto essencial no que respeita à própria legitimação no exercício do poder pelo Estado¹.

Mais ainda, esse caminhar foi inegavelmente intensificado após a promulgação da Constituição de 1988, quando, de forma inédita, passou a prever expressamente o processo administrativo em seu rol de garantias fundamentais, eis que em seu art. 5º, LV, estabeleceu 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”. Este dispositivo é emblemático para a processualística administrativa em vários aspectos, cabendo destacar a alçada a nível constitucional do instituto, assim como sua equivalência jurídica e principiológica com o processo judicial.

Isto se deve principalmente ao reconhecimento da importância que o processo ostenta para o atual estágio democrático no qual está inserida a Administração Pública. Se antes aquele era visto pela autoridade pública como um entrave burocrático para colocar em prática suas ações (ato administrativo), agora o processo administrativo ganha ares de instituto garantidor dos direitos da coletividade, situando-se como uma ferramenta de balizamento entre o *imperium* estatal e os direitos do particular². O comportamento da Administração, inclusive, é entendido em sua concepção mais moderna, não mais sob a ótica estática do ato administrativo, mas como resultado de um caminhar processual, permitindo o diálogo entre as partes (Estado e particular) sedimentado nas garantias fundamentais.

¹ De acordo com Carmén Lúcia: “Na organização administrativa democrática o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação estatal autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder desempenhado por meio da atividade administrativa ganha densidade e foros de evidência e eficiência social e política. Mais ainda, é por meio do processo administrativo - em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações - que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade Administrativas”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 194.

² Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello: “O processo administrativo ocupa hoje posição de destaque na teoria do Direito Administrativo. Há quem sustente que atualmente, num Estado Social e Democrático de Direito, o processo Administrativo seja mesmo o conceito central do Direito Administrativo, ocupando o espaço que foi reservado durante muito tempo ao ato administrativo”. In: Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 83-104, Jan/mar 2002. p. 84.

Diante desse quadro, o presente trabalho terá como objetivo principal verificar se o viés punitivo adotado pela Administração Pública estaria condizente com a garantia constitucional do devido processo legal administrativo, visto que até então chega-se à esfera jurídica do administrado sem a necessidade de prova dos fatos, sustentando-se em “meras” declarações. Isso porque parte da doutrina brasileira, seguida de forma praticamente uníssona pela jurisprudência, reconhece desde há muito a presunção de legitimidade dos atos administrativos como um de seus atributos elementares. O raciocínio jurídico utilizado para tal reconhecimento parte do seguinte pressuposto: Na medida em que o Estado deve atuar em conformidade com a Lei, bem como nos limites por ela traçados, presume-se que seus atos sejam legais, assim como que suas declarações correspondam à realidade dos fatos³.

Desse modo, com base em referida presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo, caberia ao particular, caso se sinta lesado em sua esfera jurídica pelo poder público, pleitear o desfazimento do ato, sendo a ele (particular) imputado o dever de comprovar a ilegalidade da conduta administrativa ou então a ausência de veracidade dos fatos que serviram de motivo para emissão do ato.

A problemática transparece na medida em que a pragmática processual tem demonstrado que esta construção doutrinária e jurisprudencial tem sido utilizada pelo Estado de forma a sujeitar o administrado à autoridade de seus atos, sem que lhe seja atribuída a capacidade de um efetivo questionamento. Isso porque, não raras situações, haveria uma verdadeira impossibilidade do particular demonstrar que determinado fato não ocorreu, sustentando-se toda a força vinculante do ato administrativo nas declarações prestadas pelo agente público. O próprio poder de autotutela estatal estaria comprometido, visto que nem mesmo a Administração seria capaz de posteriormente rever e atestar a veracidade dos fatos, diante de um evidente estorvo probatório.

O trabalho proposto, portanto, tem como objetivo reexaminar mencionada construção teórica sob a luz do neoconstitucionalismo, o qual possibilitou o repensar de vários institutos jurídicos, adequando-os aos desígnios dos vigentes valores constitucionais⁴. Até porque, a partir

³ De forma deveras didática, Luis Manoel Fonseca Pires, ensina que: “os atos administrativos presume-se praticados em conformidade com a lei (por isto a “legitimidade”) e que expressam a realidade sobre os fatos que são declinados como o motivo de sua edição (daí a “veracidade”)”. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, nº 54, p. 318-335, janeiro/março de 2006. p. 318.

⁴ Em já clássica lição de Gustavo Binenbojm: “[...] não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele implica, mais do que isso, no reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como Neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os

do instante em que referido movimento se espalhou pelos vários ramos do Direito, imperioso que o direito administrativo também seja alcançado por essa nova “onda” de ideias, repensando de forma crítica seus institutos.

Ademais, o atual estágio democrático pelo qual passamos exige um comportamento do Estado não apenas legal, mas antes de tudo legítimo, que transpareça para o administrado a confiança de probidade e integridade na conduta adotada pela Administração Pública. A presunção de veracidade, atributo do ato administrativo que em seu nascedouro visava permitir uma atuação eficiente do poder público, fazendo com que cumprisse com suas finalidades institucionais, hoje tem se mostrado um artifício utilizado para implementação de atos sancionatórios desprovidos de materialidade probatória, com o agravante de restar frustrado desde o início a capacidade de real questionamento.

A fim de ilustrar, tomemos como exemplo a clássica infração de trânsito. Guarneçada no atributo de veracidade dos fatos que alega, assim como da inversão do ônus probante, a Administração na maioria dos casos apenas relata o fato ilícito no auto de infração, sendo este relato elemento único e suficiente para constituição da penalidade. No entanto, caso o particular não tenha praticado aquela conduta – *e.g.* estacionar em local proibido – como ele exerceria seu direito ao efetivo contraditório, uma vez que teria que demonstrar a inocorrência de um evento, o qual, por vezes, sequer estava presente no instante do registro de seu acontecimento?

A exigência, desse modo, de que o administrado produza prova de fato negativo pode resultar na inviabilidade do exercício das garantias fundamentais advindas dos princípios constitucionais processuais. Destarte, a solução que tem sido tradicionalmente utilizada inviabiliza a plena tutela jurídica, eis que não raro surgem situações em que a produção da prova por aquele que, a princípio, deveria instruir o processo, torna-se de fato impossível⁵.

Nesse contexto, realizaremos uma análise crítica do atributo da presunção de veracidade do ato administrativo, com ênfase em sua modalidade punitiva, sob os olhares agora de um direito administrativo constitucionalizado e processualizado, que deve ser interpretado e estar em conformidade com o espírito da vigente Carta política.

conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional”. BINEBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65.

⁵ Trata-se do que a doutrina costuma designar por prova diabólica, cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, seria ela uma: “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, sendo nenhum meio de prova capaz de permitir tal demonstração”. In: CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31. p. 12.

Portanto, o presente trabalho terá como pretensão revisitar o atributo da presunção de veracidade inerente aos atos jurídicos exarados pela Administração Pública, agora sob um olhar contemporâneo da Constituição Cidadão de 1988, cujos preceitos basilares reforçam um estado amparado pelo regime democrático de direito, e que dentre o rol de garantias fundamentais se encontra previsto expressamente o respeito pela Administração ao contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal.

No mais, há de ressaltar que por vislumbramos que a problemática se intensifica justamente nos momentos em que a Administração Pública se porta como Estado-acusador, direcionaremos o estudo voltado para os atos punitivos decorrente de processos sancionatórios externos⁶, nos quais há uma imputação de penalidade aos particulares, visto que nos demais processos e atos correlatos – tais como normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos⁷ – não se apercebe aludida questão.

Por fim, diante da circunstância de que a pretensão punitiva da Administração se expressa, em grande medida, através do exercício pelo seu poder de polícia, também adentraremos nesta temática, conferindo ênfase às novas tecnologias como um elemento a ser levado em consideração na reflexão acerca da necessidade de comprovação dos ilícitos administrativos pelo Estado.

Desta feita, dividimos nossa exposição em quatro capítulos, sendo que no primeiro o objetivo será demonstrar a atual conformação democrática por qual perpassa a Administração Pública, enfatizando o processo como um dos instrumentos essenciais para sua consolidação e evolução. Já no segundo capítulo, o mesmo tem por finalidade estabelecer as bases teóricas que nos permitem realizar um repensar dogmático dos institutos do direito administrativo, abordando o transcurso de sua constitucionalização, bem como os reflexos que o princípio macro do devido processo legal lhe acarretou. Fixadas as bases teóricas, o terceiro capítulo será destinado a realizarmos as análises críticas respectivas, confrontando a construção teórica do atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos com os moldes principiológicos que regem a atividade administrativa na contemporaneidade. Por último, o quarto capítulo tem por pretensão abordar o exercício do poder de polícia no contexto das novas tecnologias,

⁶ Empreendemos a classificação proposta por José dos Santos Carvalho filho, que ao se referir aos processos que tem por objeto a aplicação de uma punição, os subdivide em internos e externos, lecionando que: “Os primeiros são instaurados em face da relação Administração-servidor público e decorrem do exercício da hierarquia e do dever de disciplina existentes na Administração Pública, [...] Já os últimos derivam da relação Administração-administrado, sendo inexistente qualquer relação de trabalho subordinado entre ambos.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

⁷ Aqui adotamos as espécies de atos administrativo orquestrada por Hely Lopes Meirelles. In: **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 203-223.

verificando em que medida elas podem contribuir no sentido de uma revisão do paradigma tradicional objeto deste trabalho.

1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A opção constitucional brasileira por um formato de Estado erigido sob as propostas democráticas é incontestável, visto que já em seu art. 1º a Constituição Federal é textual nesse sentido. Contudo, importante elucidar que a democracia – na condição de um ideal social – não pode restar adstrita à sua visão eminentemente política, sendo necessário que dito valor se espraie sobre as instituições e institutos que estão inseridos no respectivo regime. Ou seja, não basta um sistema democrático direcionado apenas à escolha dos governantes mediante um amplo processo eleitoral, é necessário também que o Estado se porte de forma democrática, quando do exercício do Poder⁸, por intermédio de suas entidades e agentes públicos.

É sobre esse contexto que nos debruçaremos em relação ao presente capítulo, visto que o atributo da presunção de veracidade do ato administrativo conserva, em certa medida, uma perspectiva de Estado hierarquizado, cujas decisões eram provenientes de uma postura verticalizada, na qual o cidadão ainda detinha uma condição de súdito. Assim, diante da transição democrática por qual passamos, aludida postura não mais se mostra assente em suas bases legitimantes, demandando ajustes institucionais.

O processo, desta feita, mostra-se como um significativo fio condutor dessas mudanças que se pretendem efetivadas, na medida em que, conforme será demonstrado, desfruta de vários qualificativos que o posicionam como um instrumento por excelência de uma Administração Pública democrática. A paulatina solidificação e proeminência conquistada pelo processo administrativo configurou notáveis avanços não somente para a dogmática do direito administrativo, mas sobretudo como alicerce jurídico que compõe um dos pilares de estruturação do regime democrático adotado por nossa Constituição Federal.

Um dos principais aspectos que será decisivo para as mudanças que serão propostas sobre o atributo da presunção de veracidade e a consequente inversão do ônus da prova se alicerça justamente em uma superação do autoritarismo estatal, como também em um comportamento administrativo processualizado, que o compreenda inserido na dinâmica das relações jurídico-administrativas. Eis as razões que justificam este primeiro capítulo, o qual abordará a evolução democrática e processual, com ênfase, por evidente, sobre o âmbito do direito administrativo.

⁸ GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 27.

1.1 ESTADO MODERNO, DIREITO ADMINISTRATIVO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA INSTITUCIONAL

Autores dão conta que o nascimento do direito administrativo coincide com a proposta de Estado Moderno⁹, cujas inspirações eram justamente uma guinada no modelo de Estado absoluto reinante no período medieval, havendo a retirada do poder das mãos dos reis e repassado às mãos do povo, seu genuíno detentor.

No caso, a partir das revoluções liberais que eclodiram na Europa Ocidental no **final do século XIII** e que se espalhou posteriormente em grande parte pelo continente americano, havia uma clara proposta de contenção do poder exercido pelo Estado, sendo sua operacionalização orquestrada mediante o reconhecimento da soberania popular e a tripartição das funções estatais, eis que se utilizava como base teórica os ideais propostos, respectivamente, por Rousseau¹⁰ e Montesquieu¹¹.

O que se pretendia, em termos gerais, é que a vontade popular se fizesse reverberar através da Lei, que seria um produto do parlamento, instituição que congregaria os anseios coletivos por intermédio dos representantes da Nação¹². O Estado-administração, a partir de então, não mais seria dotado de toda uma liberdade de agir conforme sucedera no regime anterior, passando a Lei a apresentar-se não somente como seu limite de atuação, mas acima de tudo como instrumento através do qual seus comportamentos seriam definidos e delineados, havendo assim uma pretensão de vinculação legal da Administração Pública de natureza marcadamente positiva¹³.

O direito administrativo, portanto, seria um ramo da ciência jurídica que teria como função principal estabelecer como se dariam as relações entre o Estado e os seus cidadãos, sendo que sua gênese coincide com uma proposta revolucionária muito clara no sentido de uma maior constrição do poder e uma conseqüente ampliação dos direitos e garantias individuais, notadamente no que respeita às intromissões estatais.

Contudo, muito embora haja essa concepção, digamos garantística, relacionada ao surgimento do direito administrativo, existem autores que a denegam¹⁴, afirmando, por

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. p. 32.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 86.

¹¹ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II. p. 180.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica** - [n. 5] – Fortaleza: – Faculdade Christus. [2005] - v. I. Direito. p. 208.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

¹⁴ Paulo Otero tece intensas críticas à concepção do direito administrativo como um arcabouço de regras garantidoras do cidadão, cunhando a expressão “ilusão garantística da gênese”, para demonstrar que em seu

exemplo, que o primado da Lei, no que se refere à Administração Pública, ao contrário de submetê-la aos preceitos jurídicos e subordiná-la às suas prescrições, “serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos”¹⁵. Quem assim leciona é Gustavo Binimbojm, cujas críticas acerca da origem emancipadora do direito administrativo são contundentes no sentido de refutar referida noção.

Para aludido autor, práticas e institutos do Antigo Regime se fizeram presentes mesmo após a transição para o modelo de estado moderno, preservando uma lógica da autoridade, quando na verdade deveria haver uma promoção da lógica cidadã¹⁶. Em suas justificativas, atenta para o fato de que, inobstante uma proposta de Estado de Direito, as regras que eram aplicáveis à Administração francesa (da qual o direito pátrio muito se inspirou¹⁷) proviam, em sua maior parte, de decisões exaradas pelo Conselho de Estado, consubstanciando, com isso, um direito de raiz marcadamente pretoriana decorrente de órgão pertencente ao próprio poder Executivo¹⁸.

Desta feita, no sistema jurídico francês competia a um órgão integrante da Administração analisar e julgar as contendas envolvendo o Estado e os particulares, cujo fundamento era a desconfiança que os revolucionários à época detinham em relação ao Judiciário, tendo-o como um possível órgão de matizes conservadoras que poderia frustrar os avanços pretendidos¹⁹. Aliás, é nesse período que se estabelece frase recorrente em vários livros que tratam do assunto, que diz: “*juger l'Administration c'est encore administrer*”²⁰. Ou seja, almejava-se um Executivo livre de amarras tradicionalistas que fossem capazes de retardar ou mesmo inviabilizar os propósitos revolucionários, retirando do Judiciário uma parcela de sua competência, especificamente a que se refere aos litígios atinentes à fazenda pública.

nascidouro esteve muito mais inclinado à manutenção da autoridade do que em permitir o exercício da liberdade individual. *In: Legalidade e administração pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Imprensa: Coimbra, Edições Almedina, 2017. p. 281. No mesmo sentido Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, cujos escritos relatam que: “Criado mais com o objetivo de assegurar a primazia da Administração do que preocupado com a proteção dos particulares, o Direito Administrativo só paulatinamente é que vai se libertando dos traumas provocados por uma ‘infância difícil’.”. *In: Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 36.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 03.

¹⁷ Conforme salienta Juraci Mourão Lopes Filho: “Com efeito, as primeiras obras de Direito Administrativo surgiram condicionadas pelo âmbito social brasileiro do final do século XIX e início do século XX mediante a importação do ideário francês”. *In: LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010. p. 199.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 12.

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 211: 65-77, jan./mar. de 1998. p. 66.

²⁰ Em tradução livre: “Julgar a Administração ainda é administrar”.

Para Gustavo Binенbojm, no entanto, apesar dos nobres fundamentos que serviram de base para aludido desiderato, haveria aí um verdadeiro “pecado original”²¹ do direito administrativo, que fez prevalecer injustificados privilégios até hoje existentes relativos, por exemplo, à: “discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração”²².

Por outro lado, existem vozes no sentido de não pactuar com aludida concepção, enxergando sim uma viés claramente emancipador do direito administrativo, eis que conforme visão de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem: “O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior”²³. Para os autores, ainda que na França tenha sido instaurada uma jurisdição administrativa autônoma corporificada no Conselho de Estado, o mesmo estava inserido em uma nova realidade, incorporando as demandas que se apresentavam à época, fato esse que direcionava seus posicionamentos aos novos anseios garantísticos revolucionários²⁴.

Desta feita, dadas as circunstâncias vigentes, a pergunta que se faz é se de fato houve uma efetiva ruptura com o passado, ou ainda conservamos modelos de autoridade que sobrevivem e flertam com o regime absolutista que se pretendeu superar séculos atrás?

Não obstante vozes em sentido contrário²⁵, partimos da premissa de que o surgimento do Direito Administrativo como o temos hoje, produto das revoluções burguesas que eclodiram no mundo ocidental, guarda sim resquícios do modelo de Estado que o antecedeu²⁶, até porque,

²¹ Expressão utilizada por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, referindo-se especificamente ao contencioso administrativo francês, no qual: “[...] o administrador era juiz e o juiz era administrador”. In: *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 21.

²² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 79.15.

²³ GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: PIETRO, Maria Sylvia di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 51.

²⁴ GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: PIETRO, Maria Sylvia di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49.

²⁵ Nesse sentido: ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8ª ed. Vol. I. Milão: Giuffrè, 1958. p. 40. Partilhando do mesmo posicionamento, temos: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz *Derecho administrativo y globalización*. Madri: Thomson-Civitas, 2005. p. 33.

²⁶ No caso, nos referimos ao Estado de Polícia que se fez intensamente presente no período do absolutismo europeu, sendo uma de suas passagens mais eloquentes a declaração do monarca Luís XIV: “*L’État c’est moi*” (O Estado sou eu); frase que bem retrata a centralização do poder que existia na figura do rei e, conseqüentemente, a falta de garantias em face dos indivíduos. Na verdade, como leciona Luciane Flecko Ferreira, o que bem difere o Estado de Polícia em comparação ao modelo de estado que o sucedeu é que naquele os particulares deviam obediência a um Direito ao qual o próprio Estado não se sujeitava. In: **O poder de polícia dos tribunais de contas**. Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. p. 6.

conforme afirma Alejandro Nieto, não há como o direito administrativo do século XIX romper por completo com o do Antigo Regime: “pois nem na história nem no direito cabem bruscas soluções de continuidade”²⁷.

De fato, acreditar que houvera uma abrupta cisão com todo um modelo de atuação estatal é um tanto ilógico dentro da própria realidade humana. As mentes coletivas não são dotadas de chaves seletoras, capazes de num único gesto desconsiderar completamente seu passado e, ato contínuo, passar a viver de forma plena um inédito presente. Faz-se mister que haja uma transição²⁸.

É bem verdade que alguns ramos do direito sofreram – e ainda sofrem – com drásticas mudanças operadas principalmente diante de revoluções políticas, como ocorre com o direito constitucional, que na realidade brasileira precisou ser redesenhado por diversas vezes, sendo que em muitas delas houvera uma brusca guinada nos contornos e fundamentos que ordenavam o sistema jurídico anterior. No entanto, em relação ao direito administrativo em específico, este, inobstante seu enquadramento como uma ramificação do Direito Público, observou-se desde o início um desenvolvimento paulatino, sem cortes brutais²⁹, evoluindo ao longo de sua história.

Os próprios autores que não partilham de uma origem marcadamente autoritária geralmente acabam por admitir que algumas práticas despóticas ainda se fizeram presentes no período pós-revolução³⁰. Luzardo Faria, nesse sentido, entrementes atestar a guinada emancipatória proporcionada pelas mudanças axiológicas vivenciadas com o advento do Estado de Direito, reconhece que: “existam tons de continuidade entre os institutos de Direito Administrativo criados após a Revolução Francesa e algumas práticas administrativas do Antigo Regime”³¹.

Portanto, partilharemos neste trabalho do mesmo entendimento perfilhado por Odete Medauar, cujo posicionamento leva em consideração as duas visões acerca do advento do

²⁷ NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Madri: 1986. p. 145.

²⁸ Garrido Falla já lecionava, sob esse aspecto, que: “*el Derecho administrativo no surge ex novo en un momento determinado*”. In: GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2ª ed. Madrid: Instituto Estudios Políticos, 1962. p. 18.

²⁹ VEDEL, Georges. *Discontinuité du Droit Constitutionnel et Continuité du Droit Administratif: Le role du juge*. In: *Mélanges Offers à Marcel Waline: Le juge et le droit public*. Paris: LGDJ, 1974. t. 2. p. 778-779.

³⁰ Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, por exemplo, inobstante defenderem mudanças profundas em decorrência da transição de regime, atestam que houvera a “manutenção parcial das práticas” anteriores. In: GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: PIETRO, Maria Sylvania di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

³¹ FARIA, Luzardo. O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública. GABARDO, Emerson; MOTTA, Fabrício. (Coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de direito**. Curitiba: Íthala, 2019. p. 286.

direito administrativo, sendo uma relacionada às suas propostas garantísticas e de imposição de limites ao poder estatal, e outra que reconhece uma certa continuidade de algumas práticas e institutos que se observava no período histórico anterior. Assim, para a autora:

Melhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o direito administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo direito em formação, embora em outro contexto sócio-político³².

Desta feita, entendemos que o germe em si do direito administrativo nasce de aspirações voltadas a implantar uma nova proposta de Estado, lastreada em direitos oponíveis não mais somente entre particulares (direito privatístico), ou da relação de sujeição Estado-particular (Estado de polícia), mas também de um âmbito de proteção jurídica do cidadão em relação à figura estatal, direitos que se pretendiam inatos do próprio homem, por sua simples condição de pessoa humana, aos quais até mesmo o Estado deveria respeitar³³.

Contudo, conforme já esclarecido, tratou-se de um projeto a ser colocado em prática, visto que o passado ainda se fazia presente, e o presente não era capaz de desconsiderar por completo seu passado. E é justamente por essa ótica que pretendemos prosseguir, eis que, sem deixar de reconhecer os notáveis avanços que o então Estado liberal foi capaz de propiciar³⁴, ainda assim o projeto que lá atrás houvera sido instaurado permanece clamando por melhorias, destinadas a implementar o espírito que motivou a mudança de regime.

É que o Direito é produto de seu tempo, sendo que o direito administrativo é, por consequência, resultado do modelo de Estado do qual faz parte³⁵, visto a evolução de ambos caminhar de mãos dadas. Se em seu nascedouro o que se tinha era uma proposta de Estado de Direito, atualmente, após várias incursões históricas, o modelo adotado vai além, eis que – entrementes ainda conformado por regras jurídicas – é acrescido o ideal democrático, que consubstancia um Estado plural e efetivo garantidor da cidadania.

Com isso, diante da inegável opção democrática ostentada pela Constituição Federal pátria³⁶, necessário se faz que dito valor se ramifique na aplicação dos institutos jurídicos. No caso aqui, clamamos por essa ótica sob o julgo do direito administrativo, ramo que acompanha

³² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 10.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561-562.

³⁴ Para ficarmos em um exemplo, pode-se mencionar o reconhecimento dos Direitos e Garantias fundamentais inseridos em várias Cartas políticas a partir de então.

³⁵ MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. *Derecho Administrativo contemporâneo. Derecho Administrativo neopolicial? In: MEDINA, Manuel Alberto Restrepo (org.). Retos y perspectivas del Derecho Administrativo*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 65.

³⁶ Conforme expressamente insculpido já no art. 1º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “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: (...)” (grifo nosso)

a gênese do estado moderno, o qual, apesar de ostentar atualmente o selo de Estado Democrático de Direito, continua soberano. O exercício dessa soberania, porém, demanda ares democráticos³⁷, alinhados com um direito que preze pelas garantias individuais que se quis fazer prevalecer³⁸.

Nesse sentido, para que possamos absorver de uma forma mais atenta o que se pretende expor, é crucial que façamos uma distinção entre um modelo de Estado democrático em comparação com uma efetiva implementação e impregnação do espírito democrático no corpo das instituições estatais. Em outros termos, não é porque hoje países ocidentais convivem com sistemas ditos republicanos, possuindo eleições periódicas e parlamentos de formatação pluralista, que podemos afirmar que todo esse viés democrático também está corporificado quando da atuação do Estado. Conforme adverte Demian Guedes:

Da análise de estudos dedicados à transição democrática em países com antecedentes históricos diversificados – tais como Espanha, Portugal, Grécia, Ucrânia, Rússia e Polônia – é traço comum a insuficiência de processos eleitorais como instrumento apto a garantir a consolidação da democracia e a prevalência do Estado de direito. Exige-se sempre mais: a democratização do próprio aparato estatal e de seus instrumentos relacionais com os particulares³⁹.

Não é por menos que na seara do direito administrativo ganham vozes aqueles que procuram fazer frente à denominação *democracia administrativa*⁴⁰, justamente como uma assimilação do ideal democrático pela Administração Pública, o qual não guarda uma relação direta com a *democracia política*.

É que se até um determinado período as atenções estavam voltadas para a implementação e solidificação da democracia de investidura, destinada a permitir que os cargos políticos fossem preenchidos seguindo uma proposta de ampla liberdade quanto aos anseios

³⁷ Conforme ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, até meados do século passado, diante de práticas ainda não muito alinhadas com a dinâmica democrática, aparentava ter-se: “apenas substituído o poder absoluto do rei pelo poder absoluto do estado, mantendo o imenso distanciamento da sociedade que caracterizava a relação com os súditos”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: Consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado – RERE**, nº 13, março/maio 2008, Salvador - BA. p. 5.

³⁸ Na visão de Juraci Mourão: “De fato, a Constituição de 1988, se não causou uma ruptura drástica e definitiva com todos os laços estamentais e patrimonialistas do passado, conseguiu lançar uma nova base axiológica democrática”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro*. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010. p. 200.

³⁹ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016. p. 27.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 111. Expressões semelhantes podem ser encontradas nas seguintes obras: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática*. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, Jul/Dez. 2016. p. 158; GALVÃO, Rodrigo. *Democratização da administração pública e bases constitucionais do processo administrativo*. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 109.

populares, posteriormente também se mostrou necessário uma intensificação no sentido de propagar a democracia de operação ou de funcionamento, que se manifesta justamente quando do efetivo exercício do poder⁴¹. Nas palavras de Juraci Mourão:

Ora, como é postulado hermenêutico corrente, a Constituição deve ser compreendida, nesse aspecto, da forma mais ampla possível. Para o Executivo isso significa que a soberania popular e a democracia não se exaurem no momento da escolha de seus titulares por escrutínio. Em verdade, a essa legitimação pela investidura deve ser acrescida a legitimação pela conduta, pelo processo motivado, pela forma de Administrar a coisa pública. Surge, como imperativo constitucional, a ideia de Administração Democratizada, em lugar de uma Administração burocratizada e legalista estrita.⁴²

Nesse sentido, Odete Medauar, fazendo referência ao processo de democratização da Administração, cita as críticas proferidas por Jean Riviero, em 1965, cujo autor relata que na França a concepção de democracia não se estendia às ações praticadas pela Administração, permanecendo o indivíduo perante ela ainda como súdito, isso porque, nas palavras do autor: “[...] a democracia era considerada somente sob o aspecto de *modo de designação do poder*: desde que na origem da autoridade aparecesse a manifestação do povo, pela eleição, realizava-se a democracia; mas democracia significava também *modo de exercício do poder*.”⁴³

Portanto, do que se percebe, não basta um sistema democrático adstrito à escolha dos governantes mediante um amplo processo eleitoral, é necessário também que o Estado se porte de forma democrática, quando do exercício do Poder. Ou seja, inobstante os avanços e conquistas decorrentes da democracia formal⁴⁴, forçoso também que o espírito democrático esteja presente nas relações cotidianas travadas entre o Estado e o cidadão na realidade da Administração Pública⁴⁵.

Patrícia Baptista, aliás, ao reconhecer que os avanços vivenciados nas últimas décadas no Brasil não se mostraram suficientemente capazes em forjar uma Administração Pública plenamente respeitadora dos direitos dos cidadãos, elenca como um dos principais desafios do direito administrativo contemporâneo o aprofundamento e consolidação dos valores do estado democrático de direito⁴⁶.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 112.

⁴² LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010. p. 203.

⁴³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 112.

⁴⁴ Para Ferrajoli, a “democracia substancial” ou “social” consistiria: “*al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidade*” (grifo nosso). In: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 864.

⁴⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 229.

⁴⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 230.

Essa proposta de intensificação dos valores democráticos caminha em plena sincronia com uma ótica do direito administrativo voltado para o cidadão, ou seja, como instrumento propagador e garantidor de seus direitos manifestados em face do Estado⁴⁷. Isso porque, em que pese as notáveis intenções de promoção das liberdades individuais e contenção do poder, o direito administrativo, como um ramo do direito público, foi ao longo de sua história frequentemente analisado sob o enfoque da autoridade⁴⁸, das prerrogativas da Administração, sendo conferida uma certa ênfase sob esse aspecto.

É que a origem francesa do Direito Administrativo foi forjada sob o manto de determinados conceitos, sendo em sua grande maioria voltados a permitir uma posição de supremacia da Administração frente aos particulares, na medida em que se reconhecia uma série de potestades públicas⁴⁹, colocadas em prática, por exemplo, através da autoexecutoriedade do ato administrativo, requisição e desapropriação administrativas, prerrogativas processuais, etc. Seria basicamente a percepção, como relata Ari Sunfeld, da necessidade de um *direito especial* dada as características especiais do sujeito em face do qual se direcionava; no caso, o Estado-administração e suas respectivas funções⁵⁰.

Floriano de Azevedo Marques Neto, inclusive, leciona que, na medida em que o direito administrativo se mostra como um conjunto de regras que contém prescrições exorbitantes do direito privado, justamente no sentido de constituir uma certa verticalidade na relação jurídica que se estabelece, é natural que se conceda certa ênfase no que é distintivo, sobressaindo-se os traços de autoridade aos direitos e garantias individuais⁵¹. Sendo assim, para mencionado autor, devemos estar atentos a essa questão, visto que:

[...] embora acreditemos ser o direito administrativo fruto das garantias do indivíduo em face do poder, muitas vezes constatamos que o modelo teórico do direito

⁴⁷ Com referência às lições de Jorge Miranda, Rodrigo Galvão ressalta que: “Um sistema jurídico-constitucional de base democrática não pode sê-lo apenas relativamente à função legislativa e não à administrativa; um regime político que faz do cidadão o titular – pela representação – do Poder Legislativo, não pode coexistir com um poder administrativo que reduz o administrado à condição de súdito, tanto mais presente, amplo e equipado tecnicamente é este poder”. GALVÃO, Rodrigo. Democratização da administração pública e bases constitucionais do processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 109.

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica** - [n. 5] – Fortaleza: – Faculdade Christus. [2005]- v. I. Direito. p. 204.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. p. 34.

⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-90.

administrativo o faz se aproximar de um direito próprio ao exercício do poder. Daí a se transformar em direito para o poder, é um átimo.⁵²

Portanto, entrementes reconhecermos que o regime-jurídico administrativo sempre perfilhou por um binômio entre a autoridade e a liberdade⁵³, fato é que o direito administrativo em alguma medida, e diante de alguns institutos em específico, manteve-se marcadamente inclinado no sentido de preservação da autoridade. No entanto, é justamente o equilíbrio que deve ser buscado, constituindo os valores e propósitos democráticos como elementos destinados a servir de guia e compensar o atuar estatal, que – seria insensato discordar – não pode prescindir por completo do exercício do poder para implementação de seus misteres.

Se é fato que o poder soberano existe e deve ser dotado das condições estruturais necessárias à sua aplicabilidade, esse mesmo poder atualmente se expressa sob uma realidade cujo Direito é sua fonte primária de legitimação⁵⁴. E em relação ao Estado brasileiro, sua ordem jurídica expressamente prevê a democracia como um qualificativo que o constitui e com ele guarda um valor indissociável.

Desse modo, deve-se ter como pressuposto que o ideal democrático se apresenta em variadas facetas, compondo não somente o modelo de Estado, mas devendo estar presente ao mesmo tempo nas instituições e institutos que dele fazem parte. A verdadeira democracia, assim como idealizada em seu nascedouro, requer um agir estatal disposto a assumir essa formatação, inspirando a revisão de institutos que porventura estejam em claro desalinho com os princípios que regem o atual paradigma Constitucional.

Cumpra asseverar, contudo, que esse caminhar democrático está inserido em um projeto democrático⁵⁵, no qual os passos iniciais que se aperceberam tempos atrás continuam a galgar rumo a um horizonte visível, porém, como todo horizonte, não tão facilmente alcançável. Aliás, ao se cruzar o horizonte almejado, um novo se projeta. É justamente nesse escopo que devemos reconhecer o trabalho direcionado à implementação da democracia administrativa.

⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 90.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica** - [n. 5] – Fortaleza: – Faculdade Christus. [2005]- v. I. Direito. p. 204.

⁵⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2ª ed. Florianópolis: Millennium, 2007. p. 3-26.

⁵⁵ Conforme assevera José Sérgio: “Em suma, pode-se entender o princípio democrático como um modelo dinâmico, em constante transformação, avesso a qualquer reducionismo ou aprisionamento estático em um conceito normativo ou político fechado”. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, Jul/Dez. 2016. p. 157.

No caso, um dos instrumentos que têm se sobressaído na realidade do direito administrativo, na condição de meio canalizador das propostas democráticas, é o processo administrativo. Através dele têm-se visualizado a possibilidade de efetiva realização e consolidação dos valores que pertencem ao nosso atual modelo de Estado, chegando-se a afirmar, como querem Sérgio Ferraz e Dallari, que inobstante o caminho da democratização não se perfaça unicamente mediante o processo administrativo, certo é também que dele não se pode, de forma alguma, prescindir⁵⁶.

Assim, veremos nos tópicos seguintes as funções que atualmente o processo administrativo assume e como elas são capazes de contribuir, especificamente, na formação de uma Administração Pública democrática.

1.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO, UMA RELEVÂNCIA QUE SE ALARGA

O ato administrativo por um longo período esteve no cerne dos olhares dedicados à atividade da Administração Pública, sendo ele um dos principais responsáveis pela estruturação sistemática dos estudos voltados ao direito administrativo⁵⁷. Odete Medauar, inclusive, atesta que “a expressão *ato administrativo* surgiu antes mesmo da publicação, em 1814, da primeira obra desse ramo”⁵⁸. Nesse sentido, as estruturas da dogmática administrativa foram erigidas em torno do conceito de ato administrativo, gravitando em torno dele os estudos voltados para o fenômeno administrativo, notadamente a partir do final do século XIX⁵⁹.

No entanto, muito se fala atualmente, principalmente dos que se propõe a escrever especificamente sobre o assunto, que estaríamos diante de uma verdadeira “virada copernicana”⁶⁰ vivenciada pela transposição das atenções que até então estavam voltadas para

⁵⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 27.

⁵⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 09.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 12.

⁵⁹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 159.

⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Baccelar Filho**. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004. p. 179.

o ato administrativo, agora com foco no processo administrativo, passando este a ocupar o lugar de centralidade⁶¹ que anteriormente se dedicava à decisão final exarada pela Administração.

De fato, é perceptível uma crescente disposição da doutrina em ampliar os escritos acerca do tema processo administrativo, cujos contornos têm sido objeto de obras especializadas, como também intensificada sua análise no corpo dos manuais jurídicos, que até pouco tempo atrás se limitavam a realizar breves apontamentos acerca do instituto. Esse protagonismo tardio tem como justificativa algumas circunstâncias ligadas à realidade na qual o direito administrativo ensaiava seus primeiros passos, eis que, conforma já exposto, sua origem coincide com a derrocada do antigo regime a as propostas de edificação de um estado de direito.

Desta feita, referido modelo de Estado surgiu em um contexto no qual se objetivava a contenção do poder absoluto, passando os regramentos legais a ditarem os comportamentos estatais, notadamente aqueles comportamentos que tinham por finalidade limitar de alguma forma o exercício da liberdade pelos particulares. Foi necessário, desse modo, não somente desenvolver um rol de garantias em face dos cidadãos, mas avançar no quesito relacionado ao controle da Administração, de modo que fosse a ela imposta a observância daquelas garantias, enxergando na figura do ato administrativo o melhor caminho a fim de alcançar este desiderato⁶².

O ato administrativo neste instante inicial transparece, desse modo, como figura central, realizando, na expressão trazida por Vasco Manuel, um chamado “jogo duplo”, na medida em que, sob um determinado ângulo: “[...] ele é visto como um ‘privilégio da Administração’, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser impostos aos particulares por via coativa”⁶³. Por outra via, no entanto, ele também passa a constituir: “[...] um instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre a via de acesso à Justiça, permitindo a defesa dos privados relativamente às actuações administrativas lesivas aos seus direitos”⁶⁴.

⁶¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 148.

⁶² Conforme relata Odete Medauar: “Fundamenta-se, ainda, a elaboração teórica do ato administrativo na possibilidade de seu controle pelos tribunais, judiciários ou administrativos. Ao mesmo tempo em que se apresenta como privilégio da Administração, dotado de força coativa, constitui via de acesso aos tribunais, possibilitando a defesa dos particulares”. In: **Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência**. Op. cit. p. 19.

⁶³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. In: *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 45-46.

⁶⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. In: *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 45-46.

Assim, na visão de Patrícia Baptista, à medida em que uma das principais propostas do então Estado Moderno seria o controle efetivo da Administração, mormente sobre o prisma da legalidade estrita, as demandas que se apresentavam questionavam justamente o ato final, aquele cujos efeitos interferiam diretamente na esfera jurídica do particular, gerando uma demanda por estudos e teorias que tivessem por propósito dissecar a decisão exteriorizada do Estado corporificada nos atos por ele emanados⁶⁵.

Além das circunstâncias acima, a autora acrescenta que o direito privado – cujas estruturas já gozavam de uma certa maturidade científica – naturalmente exercera forte influência sobre a construção do direito público. No caso, conforme os anseios privatistas, não se conferia relevância ao processo de formação da vontade, mas sim à sua expressão final, fosse ela um ato ou contrato. Com isso, esses mesmos desígnios foram transplantados para o ramo do direito administrativo, sobressaindo-se, portanto, a decisão última do Estado sobre o caminhar por qual percorria essa mesma decisão⁶⁶.

Nesses termos, o ato administrativo ocupou por um longo período o posto de objeto central do direito administrativo, acompanhando, por assim dizer, sua própria gênese. Ocorre que, com o progressivo aumento da complexidade das relações sociais, aliado ao constante achatamento na relação Estado/cidadão, o ato administrativo passou a não mais ser capaz de sustentar todas as demandas que se faziam presentes, sendo necessário o desenvolvimento de outros instrumentos institucionais que se mostrassem adequados à nova realidade que se impunha. Nesse contexto, como bem sintetiza Rafael Roque Garofano:

O reconhecimento de diversificadas formas de atuação da Administração não materializadas através de ato, mas igualmente relevantes ao exercício da função administrativa, faz emergir a institucionalização de formas mais adequadas à gestão das tarefas desempenhadas pela Administração, capazes de estabelecer parâmetros para a atividade administrativa e de oferecer maior atenção às garantias prévias dos cidadãos, com ênfase para a fase anterior à expedição do ato.⁶⁷

Ademais, uma das principais razões para essa nova abordagem refere-se, certamente, às mudanças sociais e institucionais apercebidas nas últimas décadas, correlacionadas à gradativa decadência das propostas iniciais do Estado liberal, cujas bases foram erigidas em torno de uma relação estatal acentuadamente verticalizada e de cunho político marcadamente centralizador.

⁶⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 161.

⁶⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 160.

⁶⁷ GAROFANO, Rafael Roque. Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/democracia-administrativa-no-limiar-do-seculo-xxi-a-extensao-da-processualidade-rumo-a-democratizacao-da-administracao-publica/#_ednref5>. Acesso em: 03 de out. de 2020.

Sobre essa conjuntura descrita, Vitor Rhein Schirato relembra que naquele modelo de Estado as decisões administrativas se impunham unilateralmente, de forma imediata, de modo que: “Poucas garantias eram conferidas aos particulares em face do Estado, fazendo com que houvesse muito maior liberdade à Administração Pública para realizar suas funções atribuídas por lei sem participações relevantes dos administrados”⁶⁸.

Diante desse contexto surge o processo administrativo como ferramenta que viabilizava não somente um maior controle sobre os atos estatais – controle esse incidente agora no que se refere à forma como os mesmos eram gestados – como também propiciava um canal mais intenso de diálogo com o destinatário final da decisão administrativa, permitindo que a manifestação de vontade estatal fosse produzida em efetivo contraditório, abandonando aos poucos a unilateralidade e imediatidade dantes existente na manifestação de vontade do poder público. Passa-se a exigir, assim, que as condutas provenientes da Administração observem a lei tanto no que respeita aos resultados produzidos, como também ao modo como são concebidos aqueles resultados.

Desta feita, nos moldes do que se expôs, o instituto do processo administrativo esteve por algum período relegado a segundo plano nas propostas teóricas de um direito administrativo em formação, sendo seus estudos somente acentuados a partir de meados do século XX⁶⁹. A título ilustrativo, para se ter uma noção acerca do desenvolvimento tardio da disciplina, Merkl foi um dos primeiros a tratar do assunto no âmbito da dogmática jurídica somente em 1927, alocando em seu livro “Teoria Geral do Direito Administrativo” um item destinado a tratar sobre o tema “procedimento administrativo”⁷⁰.

Em verdade, o que fez o processo administrativo alavancar sobre os olhares hodiernos refere-se à concepção proposta por Feliciano Benvenuti, já na década de 50, de que o ato administrativo é necessariamente produto de um procedimento juridicamente disciplinado que o antecede, enfatizando o processo não como uma mera sucessão formal de fases ou atos – independentes, inclusive, do resultado final – mas como expressão dinâmica da função Administrativa⁷¹. Assim, para referido jurista italiano, entre a existência da competência estatal

⁶⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 10.

⁶⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a Atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: NETO, Eurico Bitencourt; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 46.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 285.

⁷¹ BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. **Rivista Trimestrale del Diritto Amministrativo**. 1952. Passim.

em abstrato e sua efetiva concretização no mundo dos fatos estaria a função, sendo o processo o grande responsável por materializar aludida função, no presente caso, a função administrativa.

Com isso, a partir desse entendimento, vai-se abandonando a concepção inicial de que o ato administrativo se transfigura em tons de imediatidade, como se a autoridade pública o alocasse no mundo jurídico de forma totalmente desprendida de parâmetros legais. Pelo contrário, passa a ganhar relevância não só a decisão em si mesma considerada, mas todo o itinerário destinado à sua formatação, o que faz emergir uma percepção dinâmica da atividade administrativa, sendo o ato produto de um processo constitutivo. Nesse aspecto, Scienza Nigro, citado por Odete Medauar, expressa que: “Em contrapartida à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu ‘formar-se’ e nos seus vínculos instrumentais”⁷².

No mais, as publicações de leis sobre processo administrativo também se mostraram um elemento destinado a estimular a intensificação de estudos sobre a temática⁷³. Nesse sentido, Odete Medauar faz um apanhado acerca das legislações atinentes à matéria que sucederam na segunda metade do século XX, sendo a Espanha uma das pioneiras em 1958; a Argentina publicou no ano de 1972; a Alemanha em 1976; em 1981 se deu na Venezuela; na Itália, curiosamente, após projetos tramitarem nas décadas 70 e 80, a lei somente fora publicada na década de 1990; o código de processo administrativo português passou a vigorar a partir de maio de 1992; a França, apesar de possuir leis esparsas sobre processo administrativo desde 1979, editou seu código apenas no ano de 2015⁷⁴.

No Brasil, a legislação dedicada ao processo administrativo somente despontou na década de noventa, sendo o Estado de Sergipe o grande predecessor, cuja Lei Complementar nº 33 data de 26 de dezembro de 1996. Contudo, foi somente após a edição da lei estadual paulistana em dezembro de 1998 (Lei estadual nº 10.177) que os olhares sobre a temática se intensificaram. Assim, no ano seguinte, o governo federal promulgou a Lei nº 9.784/99, ainda em vigor, que passou a disciplinar o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, cujas prescrições são aplicáveis sobre os três poderes da república. Aliás, sobrepõe lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 já havia previsto em seu texto,

⁷² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 285.

⁷³ Carlos Ari Sundfeld leciona que dentre os países de cultura jurídica romano-germânica a edição de leis sobre processo administrativo foi a grande responsável por impulsionar o desenvolvimento da disciplina, à exceção da França que já contava com uma rica jurisprudência proveniente do *Consiel d'État*. In: **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. p. 296.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.p. 287-288.

mais precisamente no inciso LV do art. 5º, o instituto do processo administrativo, positivando a nível constitucional o processo como um elemento integrante da função Administrativa.

A partir de então sucederam vários escritos doutrinários sobre a temática processual no âmbito do direito administrativo, visto que até aquele momento a contribuição da ciência jurídica sobre o assunto era praticamente inexistente, havendo pouquíssimas obras publicadas nacionalmente⁷⁵.

Sobre essas explanações, percebe-se que o processo administrativo, de um instituto inicialmente, pode-se dizer, desconsiderado, foi ganhando foros de proeminência jurídica, sendo não só reconhecida sua essencialidade pela doutrina, como também positivado nos mais diversos ordenamentos estatais.

Nesses termos, assim como sucedeu em relação à realidade judicial, na qual o processo foi aos poucos conquistando sua posição de relevância jurídica junto ao direito material – não se podendo atualmente cometer o disparate de relacionar qual dos dois goza de maior proeminência no contexto da dogmática jurídica – o processo administrativo caminha em passos apressados no sentido de observar a mesma trajetória, principalmente sob as concepções atuais acerca da processualidade ampla, assunto no qual nos debruçaremos com maior acuidade no tópico que se segue.

1.2.1 A PROCESSUALIDADE NO ÂMBITO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Antes de adentrarmos ao tema central deste tópico, entendemos necessário dispensar algumas linhas acerca do termo “processo administrativo”, visto que tradicionalmente a doutrina brasileira reservava referida designação somente para os casos onde houvesse a solução de controvérsias em face da Administração Pública⁷⁶, enquanto que a locução “procedimento administrativo” era utilizada para indicar o regramento das etapas necessárias à produção, internamente, de um ato ou decisão administrativa, isento de conflitualidade⁷⁷.

⁷⁵ Podendo-se destacar um artigo confeccionado por Themístocles Brandão Cavalcanti em 1938, na Revista do Serviço Público, intitulado “Código de Processo Administrativo”, bem como o livro “Introdução ao Direito Administrativo Processual” de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, publicado no ano de 1971.

⁷⁶ Hely Lopes Meirelles assim diferenciava os institutos: “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. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, por exemplo, os de licitação e concursos”. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 818.

⁷⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Processualização do Direito Administrativo. In: Marrara, Thiago (org). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1ª ed. São Paulo, 2014. p. 294.

Uma das justificativas para referida dualidade de designação remonta à doutrina ibérico-americana, tendo o direito espanhol influenciado fortemente os passos iniciais da disciplina⁷⁸, principalmente por ter sido um dos primeiros países ocidentais a codificar a matéria em 1958. Assim, para o argentino Roberto Dromi, processo administrativo seria: “*el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la Administración*” ou, então, em uma concepção mais restrita, abrangeria somente: “*el llamado contencioso administrativo, es decir, el medio para dar satisfacción jurídica a los derechos subjetivos de los administrados afectados por autoridad administrativa*”⁷⁹. No mais, referido jurista conceitua o procedimento administrativo como: “*el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración*”⁸⁰, sem, portanto, a presença de litígio.

Nesse sentir, o procedimento administrativo estaria reservado para os casos destinados tão somente à confecção do ato administrativo, guardando uma relação mais estreita com a noção de rito, ou seja, um conjunto de regras que estabeleceriam os requisitos formais para manifestação de vontade da Administração Pública. Ao tempo em que o processo administrativo se aproximaria da noção mais tradicional relacionada à jurisdição, tendo como elemento crucial a presença do contraditório em arena contenciosa⁸¹.

Adotaremos, todavia, a locução “processo” para fazer referência a qualquer itinerário utilizado pela Administração para se chegar a uma decisão final, seja diante de uma relação conflituosa, seja para a emanção de um ato administrativo que, *a priori*, não envolva litigiosidade. Isso porque, seguimos o posicionamento de que o comportamento da Administração, como uma das funções estatais, é por excelência processualizado⁸², visto que os atos administrativos são necessariamente o resultado de um processo que os precedera⁸³. Ou seja, nos mesmos termos defendidos por Patrícia Baptista, compreendemos o processo administrativo não somente nos casos onde: “há acusados ou dos quais poderá resultar a aplicação de sanções a sujeitos determinados, mas, ao contrário, quaisquer processos que envolvam a tomada de decisão pela Administração”⁸⁴.

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.p. 299.

⁷⁹ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5. ed. Argentina: Ediciones Ciudad, 1996. p. 725.

⁸⁰ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5. ed. Argentina: Ediciones Ciudad, 1996. p. 769.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456.

⁸² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 40-41.

⁸³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

⁸⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 159.

Esta visão possui uma relevância específica para os propósitos do presente trabalho, de forma que vai muito além da mera questão terminológica, na medida em que parte do pressuposto de que a realidade processual se encontra presente em todas as funções estatais, incluído aí, por óbvio, a função administrativa. Sendo assim, o processo é o percurso juridicamente estabelecido através do qual o Estado corporifica sua vontade, seja ela judicial, legislativa ou executiva, entendimento esse denominado pela doutrina de “processualidade ampla”⁸⁵, que se traduz no reconhecimento da realidade processual no exercício do poder manifestado em quaisquer das três esferas.

Referida concepção, apesar de praticamente pacificada na atualidade⁸⁶, enfrentou a princípio uma certa resistência pelo simples fato do instituto processual ter inicialmente se desenvolvido sob o prisma jurisdicional⁸⁷, mais especificamente sobre os campos civilista e penal. Carnelutti, por exemplo, não enquadrava o processo administrativo em seu conceito de lide, que se traduzia em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, cuja composição deveria ser efetivada por intermédio da função jurisdicional⁸⁸. Do mesmo modo, Chiovenda, entrementes conceitua processo como “o complexo de atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei”⁸⁹, não estendia essa definição à função Administrativa, reservando-a somente à judicial.

No entanto, conforme já adiantado, aludido entendimento pode-se afirmar superado, visto que atualmente o conceito de processo transcende ao direito processual observado nos tribunais, sendo considerado amplamente como um instrumento para o legítimo exercício do poder em todas as atividades estatais⁹⁰. Não somente a função jurisdicional, mas também as demais funções estatais – incluída, por óbvio, a administrativa – estariam incluídas na noção de *processualidade*⁹¹, sendo, portanto, o “processo administrativo” um ramo processual específico

⁸⁵ José dos Santos Carvalho Filho escreve que: “A noção de processo, entretanto, é mais ampla que a de processo judicial, esta, na verdade, uma de suas espécies”. In: **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02. No mesmo sentido, Mônica Simões relata que: “o fenômeno processual exprime uma série de atos e fatos jurídicos que se desenvolvem progressivamente com vistas à produção de um dado ato estatal, e está presente em todas as atividades do Estado”. In: SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

⁸⁶ DEZAN, Sandro Lúcio Dezan; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A processualidade ampla e o processo disciplinar, à luz do Novo Código de Processo Civil. Um aporte à teoria processual administrativa. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** Belo Horizonte, ano 17, n. 68, abr./jun. p. 99.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015. p. 199.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I. p. 104-105.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II. p. 37.

⁹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 16.

da função administrativa. Aliás, cabe a transcrição do que já declarava Merkel em 1927, antecipando o fenômeno que somente fora consolidado décadas mais tarde:

Explica-se historicamente a limitação do conceito de processo à justiça, porque dentro desta função estatal se acham as raízes do *processo* e dentro desta foi elaborado tecnicamente, mas do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o *processo*, por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, possibilidade que vai se solidificando cada vez mais.⁹²

O processo, portanto, corresponde ao caminho juridicamente disciplinado para o exercício das funções estatais. Isso porque, seja proveniente de qualquer dos poderes públicos, suas respectivas manifestações de vontade devem obedecer a um *iter*, o qual encontra-se previamente estabelecido pelo direito, seja a nível constitucional – processo legislativo, por exemplo – seja a nível infraconstitucional. Referida disciplina poderá se dar de forma mais ou menos ampla, constará mais ou menos formalizada, mas o fato é que sempre haverá um *modus procedendi* a ser observado, visto que, nos termos do que adverte Celso Antônio, referindo-se especificamente à função administrativa: “um procedimento sempre haverá, pois o ato, como dito, não surge do nada”⁹³.

Em verdade, na realidade do Estado de Direito, este encontra-se não apenas vinculado à lei no que respeita aos limites constitucionalmente estabelecidos, relativo aos direitos materiais dos cidadãos, mas seu agir também está juridicamente sistematizado, definindo as formas pelas quais os atos estatais serão concretizados, constando aí a lógica processual. O processo corresponde, assim, à forma pela qual o Estado se manifestará diante das funções que lhes são designadas, tais como legislativa, judicial e administrativa. Seria, portanto, o caminho/percurso estabelecido pelo direito para a formação das decisões estatais⁹⁴.

Nesse sentido, para produção de uma nova regra jurídica pelo legislativo, ou mesmo prolação de uma decisão pelo Judiciário, ao Estado caberá seguir um série de atos preordenados e concatenados ao um fim previamente determinado pelas leis processuais. No mesmo caminho também deverá proceder a Administração Pública, seja quando atuando nas suas típicas atividades prestacionais, seja impondo restrições aos bens ou à liberdade dos particulares.

⁹² MERKEL, Adolfo. *Teoria General del Derecho Administrativo* (trad). México: Ed Nacional, 1975. p. 279. *Apud* MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 285.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456.

⁹⁴ Carlos Ari Sundfeld relata que em sua visão: “o fenômeno processual, comum às várias funções estatais, está ligado às características do direito público como um todo, e não a alguma particularidade de setores específicos”. In: *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

É bem verdade que não se tratam de processos idênticos, havendo a previsão de regimes jurídicos específicos para cada realidade processual, até porque visam o cumprimento de finalidades próprias. No entanto, não se pode pretender reduzir o que se passa no âmbito administrativo a mero procedimento, visto que ali também está presente típica relação jurídica processual que manifesta o exercício de uma função estatal⁹⁵, não se confundindo com os ritos ou marcha procedimental que dela decorrem.

O procedimento adotado irá variar de acordo com a natureza da conduta administrativa a ser colocada em prática, entendendo-se, com isso, por procedimento como as variadas formas que o processo poderá assumir para concretizar a atuação da Administração. No processo licitatório, por exemplo, que disciplina a aquisição de bens e serviços pelo poder público, a Lei nº 14.133/2021 estabelece variadas modalidades para se implementar aludida aquisição a depender do bem ou serviço que se pretende obter, havendo, assim, diversos procedimentos licitatórios previstos para o processo de licitação.

Assim, uma vez que sobre as atividades realizadas pela Administração, em todas elas, perfaz-se o esquema processual⁹⁶, sobre elas também incidirão as garantias constitucionais e legais que acobertam o instituto. Sérgio Ferraz e Dallari, aliás, tecem proficientes considerações sobre esse aspecto, cujos termos seguem transcritos:

Não procede, destarte, traçar províncias para o processo administrativo numa delas aplicando as ideias nobres do *processo*, noutras delas fazendo ressuscitar o “patrimonialismo fazendário” do procedimento administrativo. Em outras palavras: não é defensável distinguir dois graus ou dois modelos de processo administrativo: um primeiro, composto pelos processos não revisivos, não sancionatórios, não punitivos, para os quais não seria aplicável, na íntegra, a pauta constitucional e axiológica por nós deduzida, uma espacialidade em que a Administração desenvolveria as etapas sem publicidade, motivação, contraditório, etc.; um segundo grau ou modelo, constituído por processo revisivos, sancionatórios, punitivos, para os quais – aí, sim, e só então – impostergáveis a publicidade, a fundamentação, etc.⁹⁷

Em suma, ainda que se permita, dentro dos limites jurídicos, a conformação das condutas individuais pela Administração, isso somente poderá se corporificar mediante o manejo de um processo prévio que permita traçar o caminho percorrido para se chegar ao ato derradeiro. Visto que, apesar de irrelevante de um modo geral para o direito privado⁹⁸, a

⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 38.

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 37.

⁹⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 28.

⁹⁸ Diz-se “de um modo geral” visto que atualmente o direito privado tem voltado suas atenções, ainda que parcialmente, ao processo de formação das vontades, tal como ocorre com o instituto da boa-fé objetiva, que se faz presente em várias passagens do Código Civil, a exemplo do art. 113, cujos termos prescreve que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

viabilidade de se avaliar o processo de constituição das decisões promovidas pela Administração Pública torna-se essencial em termos de controle⁹⁹, eis que no direito público compartilham da mesma relevância jurídica a conduta materializada pelo Estado com os caminhos pelos quais referida conduta se materializou.

Até porque, quanto mais o Estado intenciona regular os comportamentos privados – seja através de leis, seja mediante atos administrativos – mais o direito exige a obediência a certas formalidades que, nos termos já expostos, não se limitam a respeitar as fronteiras impostas pelas liberdades individuais (direito material). É imprescindível que referido comportamento esteja processualizado, com a definição das balizas de atuação estatal, no caso, a forma através da qual se percorrerá para atingir a esfera jurídica dos particulares. Nesse aspecto, leciona Celso Antônio que: “A contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração”¹⁰⁰.

Nesse sentir, referida postura guarda um melhor alinhamento com as atuais propostas garantísticas inseridas em um estado democrático de direito, não, por evidente, no intuito de se conceber um poder burocratizado em sua acepção pejorativa, mas como forma de racionalização das condutas administrativas¹⁰¹, principalmente após a Constituição consagrar o *due process of law* como uma garantia fundamental que se aplica também ao direito processual administrativo¹⁰². Não há mais, por assim dizer, como se falar na legalidade de um ato caso se constate qualquer ilegalidade no processo que o forjou¹⁰³.

Disso decorre que no atual estágio jurídico-institucional, conceber uma Administração cujos comportamentos estejam a par dos regramentos normativos, e conseqüentemente fora do controle de elaboração do ato – ainda que não envolva conflito – é compactuar, inclusive, com a preservação de posturas autoritárias, visto que conforme assevera Odete Medauar: “O caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se, desse modo, a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii*, dominante na época do poder absoluto”¹⁰⁴.

⁹⁹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 162.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 459.

¹⁰¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Processualização do Direito Administrativo. In: Marrara, Thiago (org). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1ª ed. São Paulo, 2014. p. 288.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e a busca da verdade. **Revista Magister de direito civil e processual civil**. Imprensa: Porto Alegre. v. 13, n. 77, mar./abr., 2017. p. 33.

¹⁰³ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

¹⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 289.

Conforme se expôs linhas acima, a decisão administrativa não mais resulta de um ato com tons de imediatidade, considerado isoladamente, sob uma perspectiva estática. Pelo contrário, a manifestação de vontade da Administração Pública é atualmente vislumbrada em uma realidade dinâmica, procedimentalmente regrada, estando o ato inserido e abrangido pelo processo que o constituiu. Assim, a vontade administrativa é processualmente construída e não instantaneamente declarada, havendo um verdadeiro caminho no que respeita à produção de suas decisões.

Portanto, a processualidade no âmbito do direito Administrativo, ao conformar a atuação estatal aos desígnios e prescrições legais, não só regulamenta e condiciona seu agir, como também garante meios de conhecimento e consequente controle daquele mesmo agir, circunstâncias essas que perfeitamente se amoldam às propostas de um Estado que se pretende de direito. Ademais, o processo também tem sido uma ferramenta essencial para consagrar as vias de uma Administração Pública democrática, cujos intentos têm encontrado no instituto um instrumento de viabilização dos valores perseguidos, temática que abordaremos a seguir.

1.2.2 O PROCESSO A SERVIÇO DA DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA

Como amplamente cediço, a atual conformação do Estado brasileiro acompanha o movimento observado em grande parte dos países de cultura ocidental, adotando não somente uma concepção de estado de direito, como também crescendo-se àquele qualificativo o viés democrático.

Inclusive, em termos de opção constitucional, nossa Carta de 88 não deixa transparecer quaisquer dúvidas acerca do intento em erigir o Estado brasileiro sobre uma proposta democrática, quando já em seu art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em um “Estado Democrático de Direito”. Nessa perspectiva, o valor democracia passa não somente a estar positivado no ordenamento jurídico, possuindo eficácia normativa, como também se apresenta como um norte a servir de direcionamento acerca da interpretação e conformação dos demais institutos àquele mesmo valor, visto sua qualidade de princípio fundamental estruturante¹⁰⁵.

Nesse aspecto, adentrando mais especificamente no conceito de democracia, esta, em termos etimológicos, representaria em uma tradução livre o “governo capitaneado pelo povo”, eis que na linguagem grega, onde a expressão surgiu, o termo “*demo*” significa “povo”,

¹⁰⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010. p. 191.

enquanto que “*kracia*” se refere a “governo”. Assim, não seria necessariamente um governo do povo, no sentido de administrado (por alguém) com vistas aos interesses populares, mas um governo propriamente dirigido, orquestrado pela própria população, mediante a formação de consensos.

Contudo, se na realidade da Grécia Antiga essa proposta se fazia praticável¹⁰⁶, dado o contingente populacional e a ideia de que somente os cidadãos¹⁰⁷ gregos participavam da vida política da *polis*, a complexidade do mundo contemporâneo não se mostrou mais capaz de sustentar referido modelo denominado de democracia direta.

Com isso, o arcabouço estrutural que se seguiu – após vários incursos históricos – corresponde à democracia representativa, que nada mais é do que a voz do povo se fazendo reverberar mediante a eleição de representantes mandatários, cuja missão seria refletir a vontade popular no seio da arena democrática, determinando os desígnios da nação através da gestão da coisa pública e da produção de leis gerais e abstratas¹⁰⁸.

Se de início referido sistema se fez relativamente coeso e eficiente, notadamente na gênese do Estado liberal, no qual se apercebia uma certa homogeneidade de interesses, os tempos que se sucederam acabaram por colocar sob questionamento a mera representação política como forma de inserção da população no direcionamento das decisões públicas¹⁰⁹.

É que no contexto que segue, o Estado vai gradativamente abandonando sua concepção inicialmente absenteísta, para cada vez mais adentrar em assuntos prestacionais e que buscam satisfazer interesses públicos que vão além do mero fornecimento de condições para o livre exercício da vida privada¹¹⁰. Outrossim, aludidos interesses passam a assumir uma outra singularidade, eis que atualmente a sociedade é por excelência dinâmica e multifacetada¹¹¹,

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 269.

¹⁰⁷ A concepção de cidadão na Grécia antiga não corresponde à concebida no atual estágio civilizatório no qual nos encontramos, visto que, conforme esclarece Raisia da Silva Carmo: “O conceito de povo utilizado [...] para fins de participação na democracia era demasiadamente restritivo, na medida que uma grande parcela da população das Cidades-Estados era privada da tal direito, tais como: mulheres, estrangeiros, escravos e crianças”. In: Democracia: da via direta ao novo modelo de participação popular na Administração Pública. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Paraná: Juruá, 2015. E-book. Posição 451.

¹⁰⁸ Nos termos consignados por Eduardo Garcia de Enterría, referindo-se à transição para o Estado de Direito, neste: “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária”. In: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madri: Alianza, 1994. p. 125.

¹⁰⁹ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura, organizador. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Passim.

¹¹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e processo administrativo. SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 48.

¹¹¹ Seria a formatação pós-moderna do estado pluriclasse adiantado por Giannini, cujos contornos vêm sobrepor o ideal monoclasse que se fazia presente no apogeu do estado liberal. In: GIANNINI, Massimo Severo. **Il pubblico potere: Stati e amministrazioni pubbliche**. Bolonha: Il Mulino. p. 45.

cujos desígnios em voga correspondem às mais diversas concepções, sendo em alguns casos, inclusive, conflitantes entre si.

Ademais, com a crise de legalidade que se vivencia, na qual o parlamento mostra-se a cada dia mais incapacitado de atender de modo satisfatório os reclamos sociais por intermédio de sua atividade legislativa, o Executivo vem assumindo um maior protagonismo atinente à regulação da coletividade¹¹². O interesse público não é mais somente aquele previamente delimitado por lei em sentido formal, proveniente do legislativo, mas em variadas circunstâncias construído caso a caso, de acordo com os fatos e interesses sob questão¹¹³, exigindo da Administração uma atuação que até então não estava diretamente relacionada à sua função; visto que nas proposituras iniciais a atividade administrativa se resumia à mera aplicação da lei.

O Estado, desta feita, não mais se vê em condições de, sozinho, entregar o que dele se espera, seja no que respeita à produção legislativa, seja em relação à própria atividade administrativa¹¹⁴, que tem como uma de suas principais funções materializar o interesse público. É a partir desse momento que se apresenta o processo administrativo como uma ferramenta a serviço dos ideais democráticos, na medida em que o interesse da coletividade, dantes de posse exclusiva do parlamento, passa em grande medida às mãos da Administração, a qual assume a incumbência de definir seu conteúdo e amplitude sem passar necessariamente pelo filtro das casas legiferantes.

O processo administrativo, se torna, assim, sob os influxos do regime democrático, um elemento-chave¹¹⁵ que confere maior segurança jurídica e viabiliza a efetiva participação dos particulares no processo de decisão orquestrado pela Administração Pública.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 79.

¹¹³ Conforme destaca Demian Guedes: “Com a multiplicação de atividades estatais, a legislação não consegue mais detalhar a atuação administrativa, prevendo apenas objetivos gerais e princípios norteadores. Desfaz-se o mito de que administrar seria ‘aplicar a lei de ofício’, pois o agente estatal, ao tratar do caso concreto, deve estar atento não apenas às insuficientes disposições legais, mas a todo o ordenamento”. In: **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 90.

¹¹⁴ Com base na doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Tem-se aqui que a solução tradicional da democracia indireta, em que representantes eleitos deveriam decidir sobre todas e quaisquer políticas públicas, salvo as que tivessem sido constitucionalmente definidas, tornou-se paulatinamente deficiente e insuficiente para a legitimação plena dos governos, já que partia de uma presunção de legitimidade, por isso cedendo à evolução em curso para convolar-se em uma democracia direta ou semi-direta, conforme a hipótese decisória de que se cogite, passando a depender da permanente participação cidadã, aberta, assegurada e incentivada pelo estado, para que se efetive a legitimidade”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: Consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado – RERE**, nº 13, março/maio 2008, Salvador - BA. p. 7.

¹¹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

Nesse contexto, a realidade democrática vem assumindo uma faceta peculiar nos tempos atuais, na qual o cidadão passou a ocupar uma maior centralidade no funcionamento da máquina estatal. Se até recentemente sua contribuição se limitava a indicar representantes para compor periodicamente o poder, agora estão sendo cada vez mais demandados a contribuir ativamente com a formatação dos direcionamentos da *res publica*. A Constituição Federal, inclusive, já normatiza mencionada possibilidade, quando define, no parágrafo único do art. 1º, que o poder proveniente do povo poderá ser exercido diretamente, nos termos definidos pela própria Carta política.

Nesse sentido, uma vez que cabe à Administração perseguir o interesse público que melhor se adéque às necessidades da sociedade, nada mais lógico e democrático que propiciar aos membros dessa mesma sociedade a oportunidade de contribuir para a formação das decisões públicas, sendo que esta participação se dará invariavelmente através do processo¹¹⁶.

Assim, os rumos estatais poderão ser definidos a duas ou múltiplas mãos, servindo o processo como o elemento agregador e fio condutor de referido desiderato. Seria no processo e através dele que os interesses da coletividade passariam a angariar forma, com a contribuição dos indivíduos, mormente aqueles diretamente afetados pela conduta que se pretende corporificar.

Para além disso, essa participação social, procedimentalmente concatenada e formalizada, assume sem sombras de dúvida uma função legitimante dos posicionamentos da Administração. É que a efetiva presença dos cidadãos na formação das vontades estatais se apresenta contemporaneamente como uma das principais ferramentas jurídicas destinada a expurgar a vertente autoritária e verticalizada que se fez perdurar nos contornos do Direito Administrativo¹¹⁷.

O processo, então, seria um instituto também legitimador da conduta administrativa, e, por consequência, da própria democracia. Nesse aspecto J. Habermas alerta para o fato de que a legitimidade das decisões colocadas em prática pelo Estado depende em grande medida da aceitabilidade dos destinatários destas decisões. E para que se concretize referida aceitabilidade é essencial que o poder público permita, de forma procedimentalizada, a contribuição da população, principalmente aqueles potenciais atingidos pela medida¹¹⁸.

¹¹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 151.

¹¹⁷ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 15, 1996. p. 25.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Seibeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 142.

Isso se deve, como bem esclarece Jacques Chevalier, ao fato de que a norma jurídica na atualidade – podendo-se compreender aí as decisões estatais de uma forma geral – não mais retira sua legitimidade tão somente por sua origem decorrer do poder público, exige-se mais, que seria uma certa racionalidade de seu conteúdo como forma de aceitação social¹¹⁹. E o processo administrativo funcionaria, no caso, justamente como um instrumento de racionalização, vez que, além de formalizar o caminho de constituição do ato final, permite a participação dos que com ele guardem direta ou indiretamente um interesse. Nas palavras de Fábio Lins: “A participação democrática se faz necessária no processo de tomada das decisões, a fim de que estas se tornassem mais legítimas (daí a importância da figura do processo administrativo, substituindo o ato administrativo como objeto central das investigações)”¹²⁰.

Ademais, ainda em termos de legitimação, conforme se disse linhas acima, a Administração não mais suporta, singularmente, definir o que seria o interesse público, chamando ao debate o próprio cidadão. Este, antes adstrito a se ver representar, hoje passa a assumir papel ativo no discurso público, podendo influir diretamente nos desígnios da coletividade, utilizando a via processual como seu principal veículo de manifestação. Sobre essa questão, inclusive, Vitor Rhein Schirato, lança as seguintes observações:

[...] em uma configuração estatal como a presente, na qual a lei por demais fluida não consegue trazer o interesse público a ser tutelado para cada caso e o Estado desce à arena pública, é o processo que, mediante a participação dos particulares na construção de um direito negociado, permite a identificação dos interesses subjacentes a cada caso concreto e seu sopesamento, conferindo a legitimidade necessária à atuação administrativa.¹²¹

No mais, uma vez que o interesse público é moldado com o auxílio de seus reais destinatários, há um evidente ganho de efetividade, visto que o que será entregue pela Administração é o que de fato dela se espera. Em outros termos, o ato administrativo final possuirá uma probabilidade muito maior de produzir os efeitos pretendidos quando durante o processo de sua constituição foram convocados a participar aqueles que absorverão o conteúdo da decisão estatal.

Nessa quadra, o processo administrativo incorpora uma função diretamente relacionada à eficiência democrática, visto que se permitirá atender ao maior número de interesses de forma efetiva, reduzindo os gargalos e tomadas de decisões voluntaristas, que não raramente estão em

¹¹⁹ CHEVALIER, Jacques. **Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122.

¹²⁰ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. A eficiência da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Paraná: Juruá, 2015. E-book. p. 213.

¹²¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e processo administrativo. SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 60.

patente descompasso com os reais problemas sociais. Conforme atesta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a eficiência administrativa se apresenta: “na melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”¹²². Nesse sentido, quanto mais pessoas satisfeitas, mais democrática certamente será a postura estatal, atingindo da forma mais ampla possível os anseios da coletividade.

Para mais das funções legitimadoras e de ganhos de eficiência, o processo também adquire nítido papel de controle da Administração. Isso porque, uma vez que a formação de seus atos deverá seguir um caminho juridicamente estabelecido, além de ser possível a partir de então observar os seus rastros, os eventuais desvios poderão ser, por evidente, questionados, seja no âmbito da própria Administração, seja judicialmente.

Conforme esclarece Rafael Munhoz, quando o agente público pratica um ato administrativo, deve-se ter em mente que: “A vontade é estatal, e o interesse é público. Logo, a formação de vontade do agente administrativo deve ser disciplinada e controlada, impedindo-se que o agente se afaste da finalidade legal”¹²³. Com isso, o processo seria o instrumento que viabilizaria essa verificação de conformação quanto à observância das prescrições legais, mais precisamente aqui as relacionadas ao caminho juridicamente disciplinado para a emanação da decisão estatal.

Ademais, somando-se ao que já se expôs, em uma democracia erigida sobre a tutela do Direito, inconcebível imaginar a existência de poderes institucionais completamente desgarrados da viabilidade de seu controle. Assim, as competências tidas por discricionárias, que ensejariam atos dotados da mesma natureza, não podem ser compreendidas como atribuições que estariam caminhando em paralelo à realidade jurídica, visto que a competência discricionária é, por excelência, uma competência juridicamente estabelecida¹²⁴.

E sob essa perspectiva, mesmo que a lei já de antemão confira uma ampla liberdade de atuação, ainda assim existirão fronteiras principiológicas que deverão ser observadas¹²⁵, notadamente o inafastável interesse público que, de longa data, rege o atuar administrativo. O processo, nessa quadra, aparece justamente como elemento agregador que corporifica, registra

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 311.

¹²³ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 149.

¹²⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 48.

¹²⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 246-247.

e exterioriza o caminho seguido pelo agente público para elaboração do ato final, permitindo, dessarte, a determinação de sua decisão no âmbito de uma espaço normativo relativamente aberto¹²⁶. O processo funcionaria, assim, como um contrapeso à inerente indeterminação própria das competência discricionárias¹²⁷. Sobre essa perspectiva, Demian Guedes pondera que:

Mesmo nas hipóteses, cada vez mais raras, em que apenas uma regra seja aplicável, sua incidência sobre os fatos dependerá da discricionariedade de ao menos uma autoridade julgadora, que não hesitará em rejeitar ou sacrificar a aplicação da norma em nome de princípios gerais, explícitos ou implícitos no ordenamento. Para controlar, ou ao menos acompanhar essa aplicação discricionária, impõe-se a observância cuidadosa de um processo.¹²⁸

Sendo assim, o processo estaria aqui servindo, ainda que por via reflexa, como um elemento que viabiliza e coloca em prática o princípio da transparência, princípio esse elementar dentro dos desígnios democráticos. Sobre esse ponto, aliás, Bobbio já definia com peculiar síntese a democracia como o “governo do poder público em público”¹²⁹, ou então o governo do “poder visível”¹³⁰.

A bem da verdade, controle e transparência são realidades que se complementam e que não podem ser compreendidas de forma isolada; pelo menos sobre a perspectiva do direito administrativo. Isto se deve ao fato de que não é possível controlar algo que, por razões óbvias, esteja fora do alcance cognoscível, assim como de nada adiantaria conferir publicidade aos atos estatais sem que fosse permitido qualquer tipo de questionamento por parte da população, visto que é marca inerente aos regimes democráticos a viabilidade da contestação pública¹³¹ acerca das posturas adotadas pelos governantes ou seus agentes. Sem ela, poderíamos qualificar um governo sobre qualquer outra denominação, menos de “democrático”.

126 ALBERTO, Marco Antônio Moraes. A lei brasileira de processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades. BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 283.

127 SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 510.

128 GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89.

129 BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Macro Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 06

130 BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Macro Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 04.

131 ALBERTO, Marco Antônio Moraes. A lei brasileira de processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades. BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 282.

Por fim, há uma clara função garantidora do pleno funcionamento do sistema democrático, visto que, a partir do instante em que se vislumbra uma atuação da Administração sob o prisma dinâmico-processual – e não mais através de um ângulo estático do ato como expressão da vontade isolada, concreta e final – assegura-se um comportamento estatal comprometido com as balizas legais de seu *modus procedendi*.

Isso porque, da mesma forma como as engrenagens de uma máquina ou os circuitos de um equipamento estão preordenados pelo seu idealizador a funcionarem seguindo uma sequência lógica de comandos, o ordenamento jurídico pátrio também o faz mediante as leis processuais, as quais predizem como o Estado deve agir, traçando linhas de atuação que carregam em seu conteúdo a “programação” estabelecida pela decisão na arena democrática¹³².

Logo, desviar-se das lei processuais, ou simplesmente negar sua efetividade, é nada mais do que ir de encontro à própria noção de democracia. É, por assim dizer, agir de forma autoritária, visto que estaria o poder público atuando fora das regras delineadas pelos reais detentores do poder, os quais, estabeleceram não só os limites, mas, antes de tudo, o caminho que deverá ser observado pelo Estado no sentido de materializar sua atuação¹³³. É nesse aspecto e sobre essa visão que deverá ser enxergado o processo de uma forma geral, e o processo administrativo em particular, eis que em seu bojo estão contidos os alicerces do sistema democrático, permitindo à máquina estatal um agir juridicamente coeso com os princípios que inspiram a realidade republicana.

Portanto, do que se pode perceber, o processo administrativo detém acurada relevância para a efetiva implementação de uma Administração alinhada com os ideais de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, Sérgio Ferraz e Dallari chegam inclusive a questionar o tempo que se passou até que fossem publicadas as primeiras leis sobre processo administrativo no país, denominando como um verdadeiro “escândalo” que se date de 1999 a primeira lei editada pelo governo federal¹³⁴. Isso porque a realidade processual no âmbito do direito Administrativo é vista como uma efetiva garantia para os cidadãos, sendo que seu tardio reconhecimento e consequente positivação jurídica fatalmente coincide com a permanência de posturas não muito republicanas nos países que assim se portaram.

¹³² Bobbio relata que: “o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraproposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. In: Op. cit. p. 18.

¹³³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 62.

¹³⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 25.

Com isso, para aludidos autores, processo e democracia seriam facetas de uma mesma moeda, ou como dizem “binômio incindível”¹³⁵, não sendo possível imaginar um Estado no qual se ostentem valores de cunho democrático onde o poder Executivo possa conduzir seu comportamento desprendido de balizas legais de atuação. Sobre essa questão, aliás, interessante constatação faz Sundfeld ao relatar que:

Na América Latina, de língua castelhana, por exemplo, o surgimento dos primeiros textos sistemáticos sobre procedimento administrativo é capaz de ir contando a história da própria afirmação do direito administrativo frente a uma realidade hostil, em paralelo à acidentada luta pela democracia¹³⁶.

Assim, dentro do que fora exposto, pode-se afirmar que o processo administrativo seria, em última análise, um instrumento que concretiza a opção de nossa Constituição quanto a um modelo de Estado Democrático de Direito¹³⁷, na medida em que congrega todas aquelas funções delineadas acima, permitindo um efetivo controle e participação social na conduta da Administração. Até porque a percepção atual de democracia não pode ser reduzida ao disciplinamento das formas de se acessar o poder, mas sobretudo ao regramento de como se deve realizar o exercício daquele mesmo poder¹³⁸, compondo o processo instituto essencial e indispensável para a devida concretização deste desiderato.

No capítulo seguinte, dada a relevância demonstrada que a processualidade angariou na seara do direito administrativo, iremos adentrar nos pormenores do princípio do devido processo legal, postulado basilar da realidade processual, analisando sua pertinência e aplicabilidade no que concerne ao âmbito de atuação da Administração Pública. Antes, porém, nos debruçaremos sobre as atuais teorias constitucionais cuja aplicabilidade nos permitem implementar uma novo olhar sobre a realidade administrativa. Mesmo porque, as revisões que pretendemos propor acerca do atributo da presunção de veracidade necessitam de uma base teórica consistente e bem estruturada, eis a longevidade e tradicionalidade de sua aplicação no Direito pátrio.

¹³⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 28.

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. p. 297.

¹³⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 149.

¹³⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010. p. 204.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

Conforme explanado no capítulo anterior, convivemos em um regime democrático. Porém, não só. A realidade brasileira assenta-se sobre um Estado democrático de Direito. Nele há uma conformação mútua dos ideais democráticos com a previsão dos direitos tidos por fundamentais, conceitos estes considerados as peças estruturantes dos valores basilares incorporados pela grande maioria das civilizações ocidentais¹³⁹.

Diante da elementar centralidade que ocupam no sistema jurídico, democracia e direitos fundamentais acabam por influenciar toda a ordem jurídica, espraiando seus valores e premissas de forma a provocar, inclusive, a revisão de institutos que de alguma forma não mais se adequam aos seus preceitos. Neste capítulo nos propomos a analisar especificamente as repercussões que os direitos fundamentais e a atual hermenêutica constitucional foram capazes de influir sobre o direito administrativo, com ênfase para o modelo constitucional de processo e as matizes do princípio do devido processo legal administrativo, visto que as compreensões daí decorrentes serão crucias no sentido de empreendermos nossa análise acerca da aplicabilidade do atributo da presunção de veracidade dos atos da Administração e o consequente *onus probandi*.

2.1 ASPECTOS QUE REGEM O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

No âmbito dos países que adotam o regime democrático como sistema político de governo os respetivos documentos constitucionais gozam, atualmente, de extrema proeminência jurídica, visto que suas prescrições não mais se limitam a traçar os delineamentos estruturais de organização das instituições estatais, nem mesmo funcionam como meras cartas de intenções ou programas governamentais que teriam como objetivo apenas sugerir e direcionar a adoção de políticas públicas.

Pelo contrário, o contemporâneo paradigma que rege o direito constitucional é marcado pela centralidade, superioridade e, principalmente, a normatividade das Constituições¹⁴⁰. Esses atributos, no entanto, decorrem de transformações estruturais na seara do Direito que se aperceberam somente a partir da segunda metade do século XX, mais precisamente após o encerramento da 2ª guerra mundial. Trata-se do que hoje se denomina de

¹³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 49.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. ed. 240, Abr/Jun. Rio de Janeiro, 2005. p. 84.

neoconstitucionalismo, correspondente a um fenômeno que transcende a dimensão puramente jurídica, visto advir de uma concepção própria de Estado de Direito e um novo modo de evidenciar o papel da constituição, seja em relação aos poderes públicos, seja sob a ótica da própria sociedade¹⁴¹.

Em termos estritamente jurídico-dogmáticos, aludido fenômeno se apresenta como um novo modo de se compreender a interação normativa que se desenvolve no âmbito do sistema jurídico, mais especificamente no que se refere à relação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Segundo Pérez Luño, referida interação passa a se realizar da seguinte forma: (i) deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; (ii) deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional; (iii) deslocamento do controle jurisdicional de legalidade ao controle jurisdicional de constitucionalidade¹⁴².

Nesse sentido, se a existência de uma constituição como documento jurídico-político não pode ser encarada como uma realidade recente, o mesmo não se pode afirmar acerca da forma pela qual sua compreensão dentro do ordenamento passou a ser concebida. A força normativa a que se empreendeu às disposições constitucionais foi essencial no sentido de lhe conferir as condições necessárias para seu alçamento e sustentação como lei fundamental, superior e central no âmbito dos sistemas jurídicos, fazendo valer e conferindo aplicabilidade a direitos que até aquele momento dependiam do legislador para lhes conferir eficácia.

Assim, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma nova faceta do Estado de Direito, que, em oposição ao Estado Legal do liberalismo clássico, traduz-se em Estado Constitucional, cuja característica elementar se refere à previsão de mecanismos jurídicos-processuais direcionados a propiciar a efetiva implementação dos direitos fundamentais, que até então gozavam de fraca densidade vinculativa¹⁴³. Barroso elenca três marcos que em sua visão foram cruciais a fim de que atingíssemos o atual patamar jurídico-teórico dispensado ao direito constitucional¹⁴⁴.

¹⁴¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de Direito no contexto do Neo-Constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis, SC: Boiteaux, 2008. p. 3512.

¹⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.. 2002. p. 94 e ss. *Apud* CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de Direito no contexto do Neo-Constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis, SC: Boiteaux, 2008. p. 3514.

¹⁴³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016. p. 172.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 2.

Primeiramente, como *marco histórico*, teríamos a derrocada dos regimes totalitários na Europa ocidental, mais precisamente na Alemanha e Itália. Nesse período, onde atrocidades contra as vidas humanas foram praticadas, o constitucionalismo se alia às ideais democráticas para refundar uma nova proposta de organização política¹⁴⁵, alocando o cidadão como eixo central de suas atenções.

A doutrina indica a Lei Fundamental de Bonn, promulgada na Alemanha em 1949, como o principal documento que instaurou o constitucionalismo contemporâneo nos países de tradição jurídica romano-germânica¹⁴⁶, tendo o Tribunal Constitucional Federal daquele país elevado destaque como órgão destinado a promover e sedimentar a produção científica e jurisprudencial do direito constitucional. Há também o reconhecimento da contribuição promovida pela Constituição italiana, de 1947, cujas previsões estavam do mesmo modo alinhadas com essa nova roupagem democrática que inspirava os então recém reconstituídos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, são uníssonas as vozes que atribuem à redemocratização política e a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 como o marco histórico que permitiu em nosso país a instauração do constitucionalismo contemporâneo¹⁴⁷, constando expressamente os valores da soberania popular e da dignidade da pessoa humana como elementos fundamentais constitutivos do alcunhado Estado Democrático de Direito.

Dando seguimento, na condição de *marco filosófico*, há de se destacar principalmente a reincorporação pela filosofia do direito do pensamento difundido por Immanuel Kant, cujas premissas partem do pressuposto da dignidade da pessoa humana como valor supremo e inerente a qualquer indivíduo, independentemente da condição ou posição que ocupe na sociedade. Sustentadas nestes dogmas, várias constituições democráticas passaram a incorporar a dignidade humana em seus textos, juridicizando referido valor, tais como ocorreu com as Cartas alemã, espanhola e portuguesa¹⁴⁸. No Brasil, conforme já mencionado, seu texto também passou a prevê-la expressamente.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris*. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 3.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 181.

¹⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010. p. 273.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. ed. 240, Abr/Jun. Rio de Janeiro, 2005. p. 85.

Em verdade, a inserção de prescrições carregadas de intenso conteúdo axiológico no corpo dos documentos constitucionais é decorrência do movimento pós-positivista, cujas pretensões basilares eram se afastar do legalismo puro oriundo do positivismo jurídico, visto que as bases teóricas deste último serviram de fundamento para sustentar regimes totalitários, na medida em que a realização da justiça se resumia à estrita observância dos comandos normativos, sem que fosse empreendido qualquer juízo de valor.

Com isso, diante da evidente falha humanitária no decorrer de aplicação dos postulados positivistas, busca-se resgatar uma reaproximação entre o direito e a moral, porém, sem os contornos metafísicos do jusnaturalismo que se fez presente no início do liberalismo clássico¹⁴⁹. Nesse sentido, diante das propostas pós-positivistas, normas dotadas de elevado conteúdo valorativo passam a ser novamente incorporadas pelo Direito, sendo os princípios constitucionais, corporificados nos direitos fundamentais, a principal via de manifestação do ordenamento jurídico acerca dos valores estruturantes do novo constitucionalismo observado nas democracias ocidentais, especialmente no que respeita à inserção e promoção da dignidade da pessoa humana¹⁵⁰.

Ditos valores, como esclarece Ana Paula de Barcellos, constituem “consensos mínimos” inseridos quando da promulgação das Cartas constitucionais, que representam as escolhas acerca dos novos juízos axiológicos que irão guiar o recém instaurado Estado Democrático de Direito¹⁵¹. Pelo fato de estarem situados em normas de estatura constitucional, em sua grande maioria veiculados sob o manto dos direitos fundamentais, possuiriam uma certa blindagem contra modificações substanciais eventualmente intentadas por maiorias de ocasião, sendo papel primordial dos tribunais constitucionais justamente proteger referido núcleo normativo, permitindo que se preservem as bases do regime democrático e impedindo o desvirtuamento de direitos basilares como a vida, liberdade, propriedade, livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, etc.

Diante disso, com um constitucionalismo repaginado agora sob os olhares de uma nova realidade democrática, assim como os valores morais reintroduzidos no sistema jurídico mediante a positivação de princípios e regras dotados de elevada carga axiológica, era

¹⁴⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010. p. 276.

¹⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica**. Vol. 02, n.º. 55, Curitiba, 2019. p. 503.

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. ed. 240, Abr/Jun. Rio de Janeiro, 2005. p. 86.

necessário o desenvolvimento de um arcabouço dogmático capaz de conferir a correspectiva proteção e eficácia normativa a tais premissas¹⁵², decorrendo então o *marco teórico* de onde é possível vislumbrar basicamente três relevantes transformações que se fizeram observar em torno do direito constitucional.

A primeira delas concerne ao reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais. Isso porque, até então, conforme já adiantado linhas acima, às constituições não era dispensado o *status* de norma jurídica, sendo apreendidas como meros documentos de natureza essencialmente política¹⁵³, cujas previsões não detinham a capacidade de vincular os poderes públicos. Com isso, o que constava no corpo das Constituições demandavam do Legislativo e Executivo uma observância voluntária e espontânea, visto que ao Judiciário não lhe era permitido fazer cumprir suas prescrições na medida em que faltava a imperatividade própria dos preceitos jurídicos.

Entretanto, diante da necessidade em se atribuir efetividade aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, notadamente diante das futuras e inevitáveis incursões que haveriam de sofrer, era mais do que premente franquear a possibilidade de se exigir coercitivamente o respeito a seus comandos normativos. Assim, desenvolve-se o entendimento, hoje já amplamente sedimentado, no sentido da inteligência das normas constitucionais como autênticas normas jurídicas, dotadas dos atributos de imperatividade e coercibilidade que lhes são inerentes.

Nesse passo, na qualidade de uma segunda transformação teórica que se pode averiguar foi a paulatina expansão da jurisdição constitucional, capitaneada pelos tribunais constitucionais, que passaram a deter a principal incumbência de guarnecer o ordenamento jurídico sob a ótica das disposições constantes das Cartas constitucionais, notadamente os valores consagrados nos direitos fundamentais. Com isso, a Lei, até então fruto das escolhas legislativas, passou a corporificar um dever de conformação substancial, havendo matérias cujos terrenos não estavam totalmente livres quanto às vontades parlamentares.

Assim, o judiciário, que até aquele momento se limitava a resolver conflitos cuja origem decorria diretamente do que estava previsto nos preceitos legais, passou a utilizar intensamente os regramentos de estatura constitucional como fonte normativa, realizando uma conformação não somente de legalidade das contendas *sub judice*, como também exercendo um controle de

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. ed. 240, Abr/Jun. Rio de Janeiro, 2005. p. 86.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 3.

constitucionalidade, seja das leis *in abstracto* (tarefa geralmente atribuída aos tribunais constitucionais), seja dos conflitos *in concreto* diretamente levados aos seu conhecimento.

E justamente quando o judiciário passa a realizar referido controle, a atividade de interpretação e aplicação das normas constitucionais demanda um acréscimo de novos métodos relativos à hermenêutica jurídica, sendo esta a terceira transformação¹⁵⁴ teórica apercebida na seara do direito constitucional. Desse modo, a partir de então, na medida em que os postulados clássicos interpretativos não se mostravam suficientemente adequados a resolver conflitos presentes neste novo âmbito de aplicação, desenvolve-se novos métodos destinados a solucionar questões relacionadas: (i) à extensão e aplicabilidade de cláusulas gerais, que não continham um mandamento preciso e especificamente definido; (ii) normatividade e consequente efetividade quanto à incidência dos princípios constitucionais; (iii) resolução de eventuais conflitos existentes perante normas de mesma hierarquia constitucional, especialmente as de natureza principiológica.

A essa nova interpretação constitucional é possível constatar um traço característico em todas as três modalidades acima elencadas, que seria a intensa participação do intérprete na modelagem da norma jurídica, passando este a atuar como um verdadeiro coparticipante no processo de criação do Direito¹⁵⁵, visto que sua atividade vem a somar-se a do legislador na configuração da disposição jurídica final.

Isto se deve ao fato que os conflitos que gravitam em torno de cláusulas gerais, princípios fundamentais ou então bens jurídicos alocados no mesmo corpo constitucional não oferecem uma solução previamente determinada, sendo tarefa de quem irá decidir realizar juízos valorativos, seja integrando o sentido de conceitos abertos ou concretizando o alcance e extensão dos princípios jurídicos, seja realizando atividade ponderativa quanto aos choques que porventura existirem diante de normas de mesma hierarquia constitucional. O resultado que decorrerá, portanto, não estava previamente definido em sua completude pelo legislador, constituindo a atividade judicial decisória não mais uma mera enunciação mecânica do preceito legal aplicável, mas um verdadeiro processo de elaboração do conteúdo normativo que deverá incidir sobre a contenda levada a seu conhecimento.

Enfim, o fato é que essa nova roupagem do qual se transvestiu o direito constitucional possibilitou um avanço expressivo para além das fronteiras da própria disciplina. Diante da

¹⁵⁴ Ao invés do termo “transformação” utilizado por Barroso, entendemos mais apropriado falar em “evolução teórica”, na medida em que os métodos clássicos de interpretação e aplicação do direito não foram superados, eis que continuaram gozando de operacionalidade.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 8.

superioridade e centralidade que passou a ocupar no âmbito do sistema jurídico, todos os demais ramos do direito passaram a sofrer de algum modo influência dos ditames constitucionais. Essa influência não estava limitada a uma simples conformação de natureza formal, no sentido de observância das regras de produção legislativa ou pertinência vertical de constitucionalidade. Foi mais além, gerando um processo expansivo das normas constitucionais, que provocou – e ainda perdura – uma releitura valorativa de todo o ordenamento a partir dos contornos da Lei fundamental, denominado de constitucionalização do direito, o qual detalharemos a seguir.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, faz-se oportuno delimitar o que se quer afirmar por constitucionalização do direito, visto que a expressão suporta variadas acepções na realidade jurídica. Desta feita, uma delas seria a presença de uma constituição no ordenamento jurídico e de sua posição de supremacia em relação às demais normas que compõe o mesmo sistema. Essa definição, no entanto, como sobreleva Barroso, é traço característico da maioria dos sistemas jurídicos da atualidade, carecendo de especificidade e não se referindo ao fenômeno que aqui se quer caracterizar¹⁵⁶.

Uma outra forma de se apreender aludida expressão seria relacioná-la à incorporação no documento constitucional de temas que, a princípio, estariam reservados ao legislador ordinário¹⁵⁷, tais como normas relativas ao direito civilista ou que rege as relações de trabalho. Em que pese esta circunstância ser uma realidade vivenciada por vários ordenamentos, a exemplo da própria constituição brasileira, também não é exatamente este o significado cujos contornos pretendemos explorar.

A constitucionalização do direito a qual relacionamos se refere à irradiação, com força normativa, dos conteúdos material e axiológicos das normas constitucionais, por todo o sistema jurídico¹⁵⁸. Representa, como bem sintetiza Gustavo Binbenojm:

[...] no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. (...) impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-

¹⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 31.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 65.

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 31-32.

los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra.¹⁵⁹

Essa nova forma de enxergar o fenômeno constitucional, no qual verifica-se um efeito expansivo de suas disposições, tem como um de seus principais pilares o reconhecimento de uma *dimensão objetiva* no que respeita aos direitos fundamentais. No caso, ditos direitos, em seu nascedouro, guardavam uma relação direta com a proteção do cidadão em face do Estado, exigindo deste uma conduta omissiva de não intromissão, eis que se prestigiava a liberdade particular como uma grande conquista dos propósitos liberais. Desta feita, os direitos fundamentais correspondiam a direitos subjetivos por excelência, na medida em que possuíam a função de resguardar posições jurídicas individuais em face do poder público.

Com a passagem do estado liberal para o *welfare state*, passou-se a exigir uma atuação estatal não somente restrita à proteção das liberdades individuais, mas também compromissada com a implementação positiva de condutas destinadas à entrega de alguns bens jurídicos do mesmo modo considerados de fundamental essencialidade para o homem em particular, e para a sociedade de uma forma geral¹⁶⁰. A partir de então é que se começa a vislumbrar o conteúdo dos direitos fundamentais para além de uma ótica estritamente individualista¹⁶¹.

Autores mencionam o caso Lüth, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como o marco inicial no que concerne ao reconhecimento desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁶², oportunidade na qual referida Corte firmou entendimento no sentido de que a eficácia jurídica daqueles direitos não se restringe à defesa do indivíduo – isoladamente – em sua subjetividade face às intromissões estatais, eis que constituem, também, e com a mesma relevância: “[...] decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com uma eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos”¹⁶³.

Desde então foi sendo solidificado o entendimento no sentido de que o sistema jurídico protege alguns direitos e valores em específico, os quais passam a ser tornar relevantes não

¹⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 65.

¹⁶⁰ FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A Constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 262.

¹⁶¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016. p. 172.

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 65.

¹⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 74.

somente em razão de sua capacidade em proteger posições jurídicas individuais, mas também por permitir um proveito geral de toda a sociedade em sua satisfação¹⁶⁴. Nesse sentido, os direitos fundamentais, em sua compreensão objetiva, congregam os valores que determinada comunidade entende como os mais importantes a serem garantidos, justificando sua irradiação para os demais campos do direito e, por consequência, influenciando: “uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos”¹⁶⁵.

Ademais, somado a esse ponto, foi da mesma forma decisivo para a constitucionalização do direito o desenvolvimento no campo da hermenêutica constitucional da técnica de *interpretação conforme a constituição*¹⁶⁶. Assim, com base neste postulado, ensina Barroso que pode-se realizar: “a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes”¹⁶⁷, ou então proceder ao que se denomina de *declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*: “que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição”¹⁶⁸.

Assim, diante do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que as normas constitucionais também funcionam como elementos que congregam valores em seu conteúdo, que se irradiam por todo o ordenamento, referida técnica hermenêutica propiciou a operacionalização da já mencionada releitura do ordenamento jurídico. Esta tarefa de revisão das normas jurídicas em face dos preceitos constitucionais, é importante reafirmar, não se restringe à atividade Judicial, quando do exercício de sua função jurisdicional, mas que também pode e deve ser levada a efeito pelas demais autoridades públicas, no momento de aplicação das normas jurídicas¹⁶⁹.

Com isso, as normas constitucionais passaram a se tornar fontes condicionadoras e informadoras de todo o direito infraconstitucional, notadamente no que se refere aos demais

¹⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 34.

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371.

¹⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 67.

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 17.

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. p. 17.

¹⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 68.

ramos do direito público¹⁷⁰, visto gozarem de uma relação mais direta com as propostas constantes na constituição, vindo a sofrer uma influência mais intensa em seus institutos.

Quanto ao direito administrativo em particular, inobstante ter logrado por muito tempo uma posição de insulamento teórico e dogmático, também acabou por sentir os influxos deste processo de constitucionalização. Isso porque, até então, o direito administrativo seguia de forma relativamente isolada, na medida em que o princípio da separação dos poderes e o desenvolvimento francês de uma jurisdição própria lhe permitiu sustentar, desde o seu nascedouro, uma considerável autonomia¹⁷¹, sendo a jurisprudência administrativa até então a fonte interpretativa, por excelência, do direito público.

Ocorre que com o desenvolvimento da jurisdição constitucional e a consequente sobreposição do direito constitucional sobre os demais ramos da ciência jurídica, o direito administrativo acabou por ceder sua posição de supremacia no direito público que durante longa data lhe pertencera¹⁷². Essa circunstância, no entanto, ao contrário de representar um declínio para aludido ramo jurídico, o que se pôde observar foi sua paulina transformação, visto que o foco passou a estar mais voltado para as garantias do cidadão, e não para o exercício e imposição da autoridade.

É que o direito administrativo, inobstante suas nobres propostas garantísticas iniciais, esteve em seu nascedouro com os olhares ligeiramente inclinados para a lógica da autoridade¹⁷³, principalmente porque, conforme já exposto, sua dogmática fora erigida sob as bases de uma considerável autonomia, sendo seus institutos e regramentos desenvolvidos em torno da viabilização jurídica do poder estatal¹⁷⁴. O que se tinha, portanto, eram relações jurídicas consideravelmente verticalizadas entre a Administração Pública e os particulares¹⁷⁵, os quais ocupavam uma nítida posição de sujeição.

¹⁷⁰ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 31.

¹⁷¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 30.

¹⁷² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 36-37.

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 72.

¹⁷⁴ Conforme ressalta Luzardo Faria: “Em que pese delineado para combater o autoritarismo reinante nas monarquias absolutistas que estavam sendo depostas naquela época, sua finalidade era muito mais a garantia do poder político e econômico nas mãos da classe burguesa do que propriamente uma transformação social”. In: FARIA, Luzardo. **O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública**. GABARDO, Emerson; MOTTA, Fabrício. (Coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de direito**. Curitiba: Íthala, 2019. p. 290.

¹⁷⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 61.

O processo de constitucionalização, no entanto, tem provocado uma verdadeira guinada no modo como o cidadão é considerado pelo direito administrativo, passando aquele a ocupar um posto de maior centralidade, visto que até pouco tempo atrás, como bem relembra Binjenbojm: “categorias administrativas básicas como interesse público, poder de polícia, serviço público tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais”¹⁷⁶.

Desta feita, mais especificamente no contexto da realidade brasileira, foi a Constituição de 1988 a responsável por promover essa guinada sobre a disciplina do direito administrativo. Conforme descreve Patrícia Baptista:

A catalogação de inúmeros direitos fundamentais diretamente oponíveis à Administração e a positivação de valores que a sociedade brasileira entendeu relevante impor ao Poder Público promoveram uma substantivação do direito administrativo, dando lugar ao surgimento de uma disciplina muito mais preocupada com a proteção da posição jurídica do cidadão contra o arbítrio.¹⁷⁷

Com isso, a partir de sua promulgação, resultado do movimento de redemocratização política e institucional, os valores constitucionais fundamentais presentes na Carta de 88 passaram a imprimir forte influência sobre institutos de longa tradição do direito administrativo, os quais, nos termos já expostos, foram idealizados no intuito de permitir o exercício do poder estatal, sem que fosse realizado um efetivo confronto com as garantias individuais.

O deslocamento da pessoa humana para o centro do ordenamento e o respeito basilar à sua dignidade, acabou por provocar uma necessária releitura de posicionamentos que entendiam, por exemplo, pela imperiosa supremacia do interesse público sobre o interesse particular; a completa insindicabilidade de condutas da Administração que decorressem de seu âmbito discricionário de decisão; a vinculação restrita aos disciplinamentos de natureza estritamente legal, sem qualquer consideração sistêmico-valorativa dos comportamentos colocados em prática pelo Estado, principalmente em face dos valores constitucionais¹⁷⁸.

Impulsionado, portanto, pela impregnação axiológica decorrente do efeito expansivo dos princípios constitucionais, o núcleo das propostas atuais acerca do direito administrativo se encontra fortemente direcionado no sentido de fazer valer os direitos fundamentais, enxergando

¹⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 72.

¹⁷⁷ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 62.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 177-178.

o cidadão, e não mais o poder, como ponto de partida para o desenvolvimento dos regramentos que regem o atuar da Administração¹⁷⁹, sendo, inclusive, empreendida, quando necessário, a prefalada revisão de institutos que não mais estejam alinhados com essa nova realidade¹⁸⁰.

Esta releitura, oportuno ressaltar, entrementes a intensificação de seu desenvolvimento, ainda se apercebe em processo contínuo de implementação. É bem verdade que alguns postulados já passaram a gozar de uma maior aceitabilidade por parte da doutrina e jurisprudência, como é o caso do princípio da juridicidade administrativa, que corresponde à vinculação da Administração a todo o ordenamento jurídico, permitindo-se, em razão disso, aplicar diretamente as disposições constitucionais sem que haja necessariamente uma lei em sentido formal ou outro instrumento normativo que regulamente sua conduta¹⁸¹. Essa postura decorre do reconhecimento da força normativa da Constituição e, por via de consequência, da aplicabilidade de suas disposições, aí incluídas as normas de caráter principiológico¹⁸².

Do mesmo modo, e correspondendo a uma implicação direta do postulado anterior, os comportamentos lastreados em disposições normativas discricionárias não mais se encontraram albergados por áreas nas quais o controle judicial estava plenamente impedido de exercer sua influência. Agora, na medida em que as condutas da Administração também devem estar em consonância com os valores consubstanciados nos princípios constitucionais, a validade de um ato administrativo deixou de estar restrita à sua conformação com o regramento jurídico que diretamente autorizava sua emissão, sendo imperativo estar alinhado, de igual forma, com as diretrizes basilares que regem o sistema jurídico administrativo, tais como a moralidade, impessoalidade, eficiência etc¹⁸³.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 3135-3165.

¹⁸⁰ ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Belém, v. 5, n. 2, Jul/Dez. 2019. p. 79.

¹⁸¹ BARRETO, Carolina Pereira. A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo. In: Ubirajara Coelho Neto (Org.). **Temas de Direito Constitucional: Estudos em Homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho**. Aracaju, SE: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012. p. 109.

¹⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010. p. 281.

¹⁸³ Nesse sentido, segue trecho do voto prolatado pelo Ministro Luiz Fux, na ADI 1.923/DF: “Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional.” (Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. Data de julgamento: 16/4/2015. Data da publicação: 4/5/2015.)

Desta feita, a par dos exemplos acima, e de outras transformações que já podem ser observadas na área do direito administrativo, resultado das fortes influências constitucionais, fato é que se trata de um processo ainda em fase de expansão, na medida em que algumas práticas da Administração permanecem em desalinho com os novos ares de um sistema jurídico cuja figura do cidadão e de seus direitos fundamentais ostentam uma posição de elevada proeminência.

Além do exposto, por mais que não se refira exatamente ao mesmo fenômeno, a robusta presença de regramentos relativos à Administração Pública no corpo da Constituição de 1988 representa um relevante aspecto a ser levado em consideração, visto que invariavelmente acaba por também influenciar nesta proposta de readequação do direito administrativo. Até porque a vigente Constituição é inédita ao proceder de forma tão detalhada e completa a previsão dos princípios e disposições básicas do direito administrativo em comparação às Cartas anteriores¹⁸⁴.

Nesse sentido, por mais que se trate de questões relativamente distintas, há uma natural correlação entre elas¹⁸⁵, eis que o ordenamento jurídico corresponde a um sistema uno e harmônico, cujas disposições guardam uma relação de imbricação mútua. Desta feita, como destacado por Barroso:

Embora o fenômeno da constitucionalização do direito, como aqui analisado, não se confunda com a 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 a ter um caráter subordinante.¹⁸⁶

Essa constitucionalização-inclusão¹⁸⁷, somada à constitucionalização-releitura¹⁸⁸, resultou em variados efeitos no ramo do direito administrativo, sendo que para os propósitos

¹⁸⁴ FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A Constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 267.

¹⁸⁵ FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A Constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 266.

¹⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 39.

¹⁸⁷ Configura-se, nas palavras de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o: “tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. p. 44

¹⁸⁸ De acordo com os mesmos autores, esta: “liga-se à impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. p. 44

do presente trabalho um em particular se destaca, que seria a previsão da ampla defesa e do contraditório – corolários do devido processo legal – ao campo do direito administrativo. A partir de então o que se tem são normas de estatuta constitucional que passam a disciplinar expressamente a realidade processualística da Administração, abrindo espaço para consideráveis avanços dogmáticos, visto tornar assente a extensão das garantias processuais mais basilares sobre o âmbito administrativo. Acerca destes influxos, reservamos o tópico seguinte.

2.3 O COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE A ÓTICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sob o prisma constitucional a realidade processual hoje se faz intensamente presente no Direito pátrio. Aliás, assim não poderia ser diferente, tendo em vista que diante de um Estado que assume claras configurações republicanas e democráticas, o exercício do poder demanda a imposição de balizas e limites, sendo, portanto, inegável a correlação existente entre o regime constitucional e o disciplinamento das práticas processuais¹⁸⁹.

É que o documento constitucional, na condição de Carta política de estruturação do Estado, funciona justamente como um instrumento no qual estão reduzidos a regramentos jurídicos os valores e acordos amplamente firmados pela soberania popular, quando do exercício de seu poder constituinte. Dentre as tratativas daquele acordo, afiguram-se as disposições de natureza processual, determinando os requisitos mínimos a serem observados pelo Estado quanto à sua forma de agir. O poder público, portanto, além das disposições fundamentais acerca das liberdades públicas, também encontra-se vinculado à observância dos disciplinamentos relativos à forma de conduzir suas atividades, mormente as que interferem diretamente na esfera jurídica dos particulares.

Assim, a par dos regramentos e direitos mais específicos presentes na legislação infraconstitucional, o intuito de se prever já no corpo da Constituição algumas prescrições relativas ao fenômeno processual tem como norte a fixação de garantias mínimas, que devem se fazer presentes como condição *sine qua non* para o pleno exercício do acesso à Justiça¹⁹⁰. O direito processual, desta feita, não se mostra mais apenas como um ramo da ciência jurídica

¹⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80.

¹⁹⁰ Leia-se, aqui, o acesso à Justiça em seu sentido mais amplo, como o direito à uma resposta proveniente do Estado, que pode operar-se também no âmbito do contencioso administrativo.

destinado, de forma acessória, a permitir a satisfação do direito material¹⁹¹. Pelo contrário, sua relevância atingiu patamares fundamentais, no sentido de ser considerado atualmente como uma ferramenta de concretização da própria Justiça¹⁹².

As prescrições constitucionais acerca do processo gozam do mesmo relevo jurídico em comparação às disposições atinentes aos direitos de natureza material, até porque um se faz pressuposto necessário do outro, visto que seria um tanto quanto despropositado a existência de um vasto rol de direitos subjetivos caso os mesmos não fossem acompanhados de um conjunto de previsões processuais adequadas à sua efetiva realização, havendo espaço para arbitrariedades e consequente esvaziamento do próprio direito material. É essencial, desta feita, que exista tanto a previsão de espaços de proteção de estatura constitucional que guarneçam os cidadãos em relação às suas liberdades fundamentais, assim como a disposição dos meios que os resguardem mediante uma efetiva tutela por parte do Estado quando se fizer necessário a salvaguarda daqueles mesmos direitos.

Com isso, a chamada *Tutela Constitucional do Processo* abrange, nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁹³, o a) direito de acesso à Justiça, compreendendo o direito de ação e defesa. Aqui também incluímos o direito de petição perante os órgãos da Administração Pública, visto a processualidade ampla a qual já fizemos alusão linhas acima; e o b) direito ao processo, que atualmente se transfigura em termos mais precisos no instituto do devido processo legal.

Desta forma, pelo entendimento de referidos doutrinadores, a Constituição resguarda a disciplina processual em duas frentes umbilicalmente relacionadas, que seria o direito de exigir uma resposta por parte do Estado frente aos conflitos de interesses (direito de acesso à Justiça) e que essa resposta se faça mediante um conjunto de disposições juridicamente estabelecidas (direito ao processo). O devido processo legal corresponde justamente a este último enfoque,

¹⁹¹ Conforme nos ensina Cintra, Grinover e Dinamarco, numa primeira fase, que perdurou até meados do século passado: “o processo era considerado simples meio de execução de direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). [...] Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo.” In: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

¹⁹² Humberto Theodoro Júnior, referindo-se à atual realidade processual constitucional, aduz: “Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de processo justo em substituição à velha noção de devido processo legal”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 236.

¹⁹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 82.

funcionando como princípio configurador de todos os demais que informam a relação processual, sendo, com isso, seu delineamento e estudo pressuposto necessário para a perfeita inteligência das demais disposições e valores que informam o direito processual.

Em termos históricos, a origem do princípio do devido processo legal remonta à Magna Carta inglesa de 1215¹⁹⁴, elaborada sob o império do Rei João Sem-Terra¹⁹⁵. Sua previsão teve como contexto um período no qual se pretendia claramente impor limites sobre o exercício do poder estatal, tendo em vista o descontentamento dos barões em relação aos desmandos que frequentemente ocorriam por parte da Coroa. No caso em particular do princípio sob exame, os limites que se objetivavam implementar haviam por incidir justamente sobre o âmbito de formação da vontade do Estado, estabelecendo garantias para os cidadãos, os quais a partir de então somente seriam destituídos de seus bens ou contidos em sua liberdade através de balizas legais definidas sob a aspecto processual.

Assim, passou-se a estabelecer garantias formais diretamente relacionadas ao procedimento de imposição de penalidades. Conquanto se entendesse que ao Estado era dada a capacidade de intervir na esfera jurídica dos particulares, essa intromissão teria que observar certos limites e obedecer determinadas prescrições, tais quais as definidas no documento constitucional, a exemplo do item 21, no qual se previa um julgamento de condes e barões somente pelos seus pares, sendo a punição proporcional ao delito cometido. Do mesmo modo, no item 39 se estabelecia que prisões, desapropriações, exílio, ou quaisquer restrições levadas a efeito pelo poder público deveriam observar, necessariamente, prévio julgamento, nos termos da legislação vigente.

Para os específicos propósitos do presente trabalho, outrossim, um item em particular se destaca, eis que no capítulo 38 da Carta se estabelecia que: “Nenhum bailio levará, de hoje em diante, alguém a julgamento, com base apenas em sua palavra, sem testemunhas dignas de crédito para apoiá-lo”. Assim, percebe-se uma preocupação que se manifestava já no século XIII a respeito da prova das alegação como mecanismo necessário à efetivação das intromissões estatais. Para o período se exigia, desta feita, no mínimo, como requisito relacionado à instauração do julgamento, prova de natureza testemunhal, sendo insuficiente a mera “palavra”

¹⁹⁴ Cabe aqui o alerta de Jorge Miranda quando esclarece que o termo *due process of law* – que em nosso vernáculo o traduzimos para “devido processo legal – não constou inicialmente na Magna Carta de 1215, sendo inicialmente alcunhado de *law of the land*. Foi somente em 1344, já no reinado de Eduardo III, que se passou a utilizar a expressão assim como amplamente difundido e conhecido atualmente. In: MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional**. LISBOA, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990. p. 18.

¹⁹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 198.

(declarações do proponente) como substrato a sustentar uma acusação. Ademais, aludida testemunha deveria ser uma pessoa “digna de crédito”, não se permitindo que a declaração proviesse de qualquer um que intentasse depor em desfavor do acusado, enxergando-se aqui um germe das regras atinentes à suspeição e impedimento processual.

Conforme bem adverte Egon Bockmann, a cláusula do devido processo legal detinha no direito inglês uma peculiaridade garantística em comparação aos sistemas romano-germânico – no qual o Brasil está inserido – que seria o fato de em seu ordenamento utilizarem como fontes primárias as decisões jurisprudenciais¹⁹⁶. Sendo assim, os regramentos de conduta eram formados casuisticamente, de acordo com os conflitos que demandavam do Judiciário um posicionamento. As normas que regiam os conflitos sociais não eram objeto de uma extensa codificação ou de um conjunto de leis pré-definidas, mas fruto da construção pretoriana¹⁹⁷.

No sistema da *common law*, cada caso era solucionado com base em princípios gerais e referências a decisões pretéritas que guardassem similitudes com a controvérsia sob exame. Logo, na medida em que o direito surgia nas Cortes, o processo de sua constituição se mostrava de extrema importância, havendo de se estabelecer expressivas garantias formais. Nos dizeres de Egon Bockmann:

[...] na justa medida em que a forma processual antecede os direitos materiais, assume especial relevância a garantia de que o “processo” seja realizado segundo o modo “devido”. Dessa circunstância derivará a objetiva proteção a determinados direitos subjetivos, limitada ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais.¹⁹⁸

Desta forma, em decorrência das especificidades do sistema jurídico inglês, o princípio do devido processo legal encontrou terreno fértil para ensaiar seus passos iniciais e se firmar posteriormente como um conjunto mínimo de garantias a serem observadas pelos tribunais quando da formação de suas decisões.

Porém, em que pese sua gênese seja advinda do direito anglo-saxão, referido princípio contou com seu maior desenvolvimento e difusão em solo norte americano, cuja primeira e até hoje vigente Constituição promulgada naquele país incorporou previsão, através da 5ª emenda, no sentido de que ninguém poderia ser: “privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, (...)”. Com isso, os Estados Unidos passaram a incorporar também em seu

¹⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 201-202.

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e Common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009. p. 54.

¹⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203.

ordenamento um espírito garantístico processual, destacando-se por haver proporcionado avanços no sentido de conferir um âmbito de proteção para além do aspecto meramente formal.

No caso, o Estado americano foi o responsável por desenvolver a faceta substancial do princípio do devido processo legal, que refletia um controle de conteúdo das leis e decisões emanadas pelo poder público¹⁹⁹. Para se compreender bem essa questão, deve-se ter em mente inicialmente que, ao contrário de sua colônia inglesa, os EUA possuíam uma constituição formalizada, um documento que servia de referência valorativa, dotado de supremacia jurídica e que passou a ser determinante em relação à produção do Direito aplicável. Tudo deveria passar pelo crivo da Lei fundamental, padecendo de inconstitucionalidade o que fosse conflitante com seu espírito²⁰⁰.

Diante desse fator, atos do Legislativo e Executivo deveriam não somente estar em consonância com o devido processo de elaboração juridicamente estabelecido (aspecto formal), mas também guardar estrita vinculação com as disposições basilares de seu sistema jurídico, devendo sofrer o correlato controle leis ou decisões administrativas que fossem consideradas arbitrárias ou irrazoáveis de acordo com os princípios constitucionais que norteavam os interesses da coletividade.

Essa concepção, digamos “amplíssima”, acerca da extensão do controle lastreado no princípio do devido processo legal foi aos poucos sendo objeto de algumas restrições, visto que, *a priori*, as Cortes americanas se intitulavam sob competência para decidir toda e qualquer demanda que vislumbraassem atentar contra os interesses da coletividade, imiscuindo-se em matérias tributárias e planos econômicos de governo, quando julgavam carentes de razoabilidade os posicionamentos adotados²⁰¹. Essa postura fora objeto de ulteriores críticas, culminando com a decisiva postura adotada pelo juiz H. L. Black, integrante da Suprema Corte, que passou a dispensar uma maior autonomia e respeitabilidade em relação aos demais poderes, o que levou aquele Tribunal a circunscrever a intromissão judicial em matérias que dissessem

¹⁹⁹ Conforme nos informa San Tiago Dantas: “[...] enquanto na Inglaterra jamais se concebeu que o princípio pudesse ser invocado contra um ato do Parlamento, supremo depositário da soberania, nos Estados Unidos a fórmula cedo começou a ser considerada limitativa para o próprio Congresso, e a constituir um dos *standards* jurídicos com que a Corte Suprema censura a constitucionalidade das leis, de modo que o tribunal já podia dizer no *leading case* Hurtado v. Califônia: ‘*Applied in England Only as guards Against executive usurpation and tyranny, here They have become bulwarks also against arbitrary legislations*’ (110 U.S. 516)”. In: Igualdade perante a Lei e *due processo of law*. In: DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27-28.

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209:7-18, jul./set. 1997. p. 8-9.

²⁰¹ RODRIGUES, Lêde Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 96.

respeito diretamente aos direitos fundamentais não-econômicos, mais precisamente relacionados à vida, liberdade e propriedade²⁰².

Atualmente, nos Estados Unidos o princípio do *substantive due process of law* acha-se especificamente relacionado ao conteúdo das normas processuais, no sentido de averiguar a qualidade do processo estabelecido em lei²⁰³. Portanto, não basta que a atuação do Estado se faça sobre um corpo de regras juridicamente definidas, que observaram, inclusive, os requisitos legislativos para sua produção. Exige-se mais, no sentido que aquelas mesmas regras processuais estejam em perfeita conformidade com as garantias constitucionais.

Essa, aliás, a razão do termo “devido” que compõe a expressão sob exame, visto que, além da necessidade de um prévio processo para que o poder público possa manifestar sua vontade, bem como que este processo esteja legalmente delineado, é indispensável sua conformidade com os valores e princípios que informam o sistema jurídico ao qual está inserido²⁰⁴. Pensar diferente remeteríamos à conclusão de que todo e qualquer processo, desde que juridicamente previsto, seria juridicamente válido, ainda que em suas prescrições contivessem as mais sórdidas arbitrariedades, tais como a imposição de empecilhos e onerações desarrazoadas às partes, de modo que lhes fossem esvaziado seu próprio direito de defesa²⁰⁵.

Desta feita, às leis processuais não bastam prever os procedimentos nos quais as autoridades públicas devam guiar sua atuação, é premente que referidos procedimentos, a fim de que se possam considerar juridicamente apropriados e consentâneos com o ordenamento que integram, propiciem um efetivo exercício das mais amplas garantias processuais. Esse é, outrossim, o magistério da professora Lúcia Valle Figueiredo, cuja concepção reflete o seguinte posicionamento: “Pode-se respeitar a lei e estar-se-á aplicando o devido processo legal, se o juiz aplicar a lei tal como esta veio à luz. Todavia, não será devido processo legal se a lei materialmente infringir direitos e garantias individuais”²⁰⁶.

²⁰² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215-219.

²⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 220.

²⁰⁴ Conforme leciona Bedaque: “De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem”. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

²⁰⁵ Bem ilustra essa questão a decisão do STF na Adin 5766, na qual a Corte entendeu pela inconstitucionalidade parcial dos dispositivos incluídos pela reforma trabalhista (Lei 13.467/17), cujos arts. 790-B e 791-A exigiam o pagamento de honorários periciais e advocatícios à parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita. No caso, a maioria dos Ministros vislumbraram que a regra processual acabava por criar empecilhos indiretos ao pleno acesso da justiça, visto que constituía uma oneração indevida aos trabalhadores, parte geralmente hipossuficiente da relação processual. (Adin 5766 – Min. Relator Roberto Barroso. Proc. nº 9034419-08.2017.1.00.0000, Data do Julgamento: 20/10/2021).

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal. **Revista de Direito Tributário**, 58/109-113. São Paulo: RT, 1991.

A Constituição Federal de 1988, além do ineditismo em prever expressamente o princípio do devido processo legal em seu rol de direitos e garantias fundamentais, o fez da forma mais ampla possível, sem restringir sua incidência a determinados campos do direito processual²⁰⁷, tal qual os processos de natureza jurisdicional. Assim, doutrina²⁰⁸ e jurisprudência²⁰⁹ são pacíficas em reconhecer a aplicabilidade do devido processo legal e seus corolários aos processos de natureza administrativa.

Em nossa constituição Cidadã, portanto, reza o art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Como se vê, toda e qualquer intromissão estatal que pretenda, de alguma forma, restringir a liberdade ou os bens de qualquer pessoa deverá respeitar os contornos que caracterizam e dão substrato ao princípio do devido processo legal. Com isso, em termos formais, não restam dúvidas quanto à recepção de nosso ordenamento no que respeita ao princípio sob exame.

Por outro lado, em relação aos contornos substanciais do princípio, poder-se-ia pensar que, diferentemente da realidade Norte Americana, o *substantive due process of law* não estaria albergado em nosso sistema jurídico. No entanto, realizando apanhado histórico, Gil Ferreira de Mesquita constata que – mesmo que não expressamente – o devido processo legal em sua feição substantiva fora pela primeira vez aplicado pelo STF já em 1968, quando o Min. Themístocles Cavalcanti, relator do *habeas corpus* nº 45.232-GB, reconheceu que o art. 48, da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei no 314/67) atentava contra os princípios basilares processuais²¹⁰.

Na ocasião, mencionado Decreto-lei prescrevia em seu art. 48 que as prisões em flagrantes ou mesmo o tão só recebimento de uma denúncia fundada na Lei de Segurança Nacional resultaria na imediata: “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa

²⁰⁷ Carlos Ari Sundfeld, constatando essa amplitude, considera o devido processo legal como um princípio referente a todo o direito público, que se espalha por todas as funções estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

²⁰⁸ Marçal Justen Filho sustenta, por exemplo, que: “A Constituição de 1988 foi enfática ao submeter a atividade administrativa à observância do devido procedimento administrativo” In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 5816.

²⁰⁹ Por todos, citamos o seguinte julgado: “REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. I - A ausência de notificação prévia do contribuinte afrontou a garantia do **devido processo legal administrativo**, suprimindo-lhe os direitos da **ampla defesa** e do **contraditório** para que pudesse impugnar o débito que lhe seria cobrado. II - Remessa oficial desprovida. (TJ-DF 07140220620178070018 DF 0714022 06.2017.8.07.0018, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/07/2018, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 31/07/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)” (grifo nosso)

²¹⁰ MESQUITA, Gil Ferreira de. O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006. p. 214 e seg.

pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.” Ou seja, antes do necessário e adequado trâmite processual, o digamos “suspeito” já seria afastado de suas atividades laborais, somente podendo retomá-las caso fosse, ao final, absolvido. Essa previsão legal, conforme adiantado, fora rechaçada pelo STF, no sentido de que o processamento do modo como estava previsto não se mostrava “devido”, eis que se chocava com os princípios mais basilares constitucionais, a exemplo do direito à vida, que ali se manifestava pela capacidade em suprir à própria subsistência mediante o exercício do trabalho.

Como se vê, os fundamentos que serviram de base para o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Segurança Nacional se reportaram a alguns direitos materiais específicos, como o direito à vida e ao trabalho. Isso não quer dizer que o *substantive due process of law* se limite, por evidente, aos direitos ali referidos. Pelo contrário, sua concepção abrange os ideários do *just and fair standarts*, promovendo o ajustamento processual aos parâmetros de razoabilidade e interdição de arbitrariedades²¹¹. Ou como conclui Egon Bockmann, seria a cláusula substancialmente desenvolvida visando uma relação jurídica justa e equitativa, conferindo segurança jurídica ao particular, de modo que sua dimensão moral seja respeitada pelo Estado²¹².

No mais, uma vez que o princípio sob exame tem amplo campo de incidência, não comportando discriminações quanto às searas processuais, forçoso reconhecer que referido entendimento acerca de sua feição substantiva seja plenamente aplicável aos processos de cunho administrativo²¹³, notadamente aqueles que interferem diretamente na esfera jurídica dos particulares.

Nesses termos, ainda que haja disposições normativas estabelecendo o rito processual administrativo, mostra-se premente que referidas prescrições promovam os direitos e as garantias mínimas tal como positivadas em nosso sistema jurídico através da Lei fundamental. Assim, as leis que regem a atividade da Administração Pública precisam estar alinhadas com os ditames processuais fundamentais a fim de que se reconheça sua validade. Como já advertia Rafael Munhoz:

²¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 182.

²¹² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 222.

²¹³ Cármen Lúcia: “O que é certo que é a cláusula do devido processo legal, em sua concepção substantiva e não apenas formal, integra a principiologia que informa a atividade administrativa de qualquer entidade e de qualquer dos ramos do Poder Público”. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 206.

[...] o princípio do devido processo legal não se limita a exigir a instauração de um processo preestabelecido em lei, previamente à atuação administrativa que cause danos aos particulares. Mais do que isso: o processo a ser instaurado deve permitir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato administrativo tenham oportunidade de exercer uma série de garantias processuais, as quais têm por escopo protegê-los da arbitrariedade da Administração Pública.²¹⁴

Portanto, o entendimento atual é que não se deve ater-se a questionar unicamente se as leis processuais foram observadas durante a formação de vontade da Administração, mas se as próprias leis processuais, tal como estabelecidas, encontram-se em harmonia com as garantias e valores constitucionais²¹⁵. Ambas as circunstâncias ferem de igual modo e com a mesma intensidade o atuar administrativo.

Em verdade, o que se pretende, em última análise, com a implementação da faceta substantiva do *due process* é corporificar o princípio da igualdade no bojo da legislação que tem por função definir os trâmites processuais²¹⁶. Esses trâmites, desta feita, devem estar atentos aos postulados da isonomia cuja máxima determina que o Direito deve buscar o constante equilíbrio, procurando igualar as partes de forma que as eventuais deficiências ou qualidades não se sobressaiam a ponto de gerar gritantes disparidades. Fazendo menção ao direito norte-americano, donde sugira o aspecto substantivo do princípio, San Tiago Dantas relata que:

Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um reajustamento proporcional de situações desiguais, a lei satisfaz os requisitos da lei justa. Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento desses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao direito, e um tribunal americano se recusaria a ver nela *the law of the land*.²¹⁷

Assim, é próprio da Lei constar discriminações, sendo que estas têm por escopo unicamente alcançar a paridade entre as partes, e não o contrário. Quando se analisa a relação processual travada sob a realidade administrativa há a peculiaridade de que o Estado já é por si só um ente dotado de características que o colocam em um patamar acima dos particulares. Logo, diante deste fato, na condução do processo caberá à Administração Pública a adoção de

²¹⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 91.

²¹⁵ Como defende Fábio Medina Osório: “Uma leitura literal de uma norma jurídica poderia permitir um absurdo reconhecimento do ‘devido processo legal’ à pessoa humana, o que não se ajusta ao comando constitucional e está longe de coincidir com uma correta visão teórica a respeito do alcance dessa cláusula constitucional. O devido processo legal não é, portanto, o respeito às leis processuais ou o produto de uma visão lógico-gramatical da legislação”. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 190.

²¹⁶ Nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo: “O princípio da igualdade, averbamos, coloca-se como vetor fundamental no texto constitucional. Em consequência, como vetor fundamental do devido processo”. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209:7-18, jul./set. 1997. p. 10.

²¹⁷ DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a Lei e *due process of law*. In: DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43.

expedientes legais que tenham por finalidade abrandar tal situação, fazendo valer o princípio da isonomia que se expressa no tratamento igualitário dos que são iguais e desigualmente aqueles que nessa condição se apresentam²¹⁸.

Isso porque o administrado não mais é visto como um súdito – que deve suportar os encargos estatais diante da máxima do interesse público – mas sujeito de direitos, os quais se materializam mesmo diante do Poder Público. Com isso, o processo deixa de ser um mero instrumento de verificação da legalidade, transmutando-se em uma via de aglutinação de todos os interesses envolvidos, intentando harmonizá-los; e, caso se pretenda estabelecer quaisquer preferências, estas deverão assumir a garantia dos direitos fundamentais²¹⁹.

Desta feita, as regras processuais devem se manifestar de modo que se equalize referida realidade, objetivando alçar o cidadão a ponto de ser possível travar uma relação justa, paritária, que lhe possibilite o exercício amplo de seus direitos²²⁰. Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo: “será *undue process of law*, se tivermos leis que desigualem, ou discriminações desarrazoadas. Ou, ainda, se o contraditório não puder materialmente ser executado”²²¹.

O processo administrativo, portanto, tem por vigente determinação constitucional o dever de estar em conformidade com as garantias processuais basilares do sistema jurídico, sendo-lhe estendido todo aquele leque protetivo cuja doutrina costuma designar por “Modelo Constitucional do Processo”²²². Seu intento é propiciar na prática a implementação da justiça ao caso concreto, justiça essa que se materializa diante da corporificação dos direitos presentes

²¹⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 94.

²¹⁹ LAMY, Marcelo. A difícil constitucionalização do processo administrativo. Curso de Direito Constitucional Administrativo. Bloco II. p. 27 s/d. Apud HAONAT, Angela Issa. Processo administrativo e garantias constitucionais. **Revista ESMAT**, ANO 7 - Nº 9. jan. à jun. 2015. p. 80.

²²⁰ Rodrigo Galvão, ao citar o jurista português Jorge Miranda, leciona que: “[...] a participação do administrado não pode ser reduzida ao conteúdo do *audi alteram partem* - o procedimento deve se desenrolar dentro de um contraditório, com igualdade de posições entre a Administração e o administrado”. In: GALVÃO, Rodrigo. Democratização da administração pública e bases constitucionais do processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 110.

²²¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Devido Processo Legal e Fundamentação das Decisões. **Revista de Direito Tributário**, n. 63. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 213.

²²² Referido modelo, nas palavras de Eduardo Rodrigues dos Santos e Wendel Ferreira Lopes, surge: “[...] como um modelo processual garantidor, que visa efetivar as garantias do texto constitucional, mas também como um modelo que visa constitucionalizar o sistema processual, ou seja, tornar o Processo um instrumento Constitucional, fazendo-o transcender uma realidade pretérita de simples instrumento técnico, passando a assumir uma feição de instrumento realizador de Justiça.” In: LOPES, Eduardo Ferreira; SANTOS, Eduardo Rodrigues. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo à luz do modelo constitucional do processo. **JURISVOX : Revista da Faculdade de Direito de Patos de Minas**, Centro Universitário de Patos de Minas. Ano 12, n. 12 (nov. 2011). Patos de Minas: UNIPAM, 2011. p. 35.

na Carta política²²³. Como bem concluem César Augusto Luiz Leonardo e João Victor Nardo Andreassa:

[...] como consequência da constitucionalização do direito administrativo e dos princípios processuais na busca de um processo constitucionalmente adequado, o princípio do devido processo legal, juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, afirmam a democratização das decisões administrativas, pois estas não mais são produtos das autoridades administrativas julgadoras.²²⁴

O devido processo legal, nesse sentido, não mais se apresenta como um rol de garantias processuais voltadas para o processamento de demandas cujo trâmite se passava tão somente sob o âmbito jurisdicional. Com a expressa previsão dos processos administrativos no inciso LV do art. 5º da Carta constitucional que determina a obediência à ampla defesa e contraditório, bem como da irrestrita exigência da observância do devido processo legal quando se objetiva a restrição de bens ou liberdade, o ordenamento pátrio passou a unificar as searas processuais, conferindo-lhes as mesmas garantias fundamentais que deverão pairar sobre os particulares²²⁵, estejam eles nos quadrantes da Justiça ou nos domínios do Estado-administração.

No curso do atuar administrativo, desta feita, afigura-se primordial que o processo que irá instrumentalizar seu comportamento conceda ao particular a gama de garantias protetivas de forma a possibilitar-lhe uma relação isonômica, na qual o contraditório e a ampla defesa possam de fato transparecer²²⁶, promovendo-se as modificações e adaptações nos institutos que de algum modo ainda não se encontrem perfeitamente alinhados com os valores e princípios que povoam atualmente nosso sistema jurídico.

Nesse sentido, a partir das premissas acima, que demandam referida adequação processual em face da Administração frente às garantias decorrentes do *due process of law* e seus corolários, passemos a analisar no capítulo seguinte a aplicabilidade e consequente conformidade jurídico-sistêmica dos institutos da presunção de veracidade e inversão do ônus

²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. in: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 240.

²²⁴ LEONARDO, César Augusto Luiz; ANDREASSA João Victor Nardo. Constitucionalização do direito administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2. p. 01-18, Jul/Dez. 2019. p. 15.

²²⁵ HAONAT, Angela Issa. Processo administrativo e garantias constitucionais. **Revista ESMAT**, Ano 7 - nº 9, jan. à jun. 2015. p. 81-82.

²²⁶ Discorrendo sobre os aspectos contemporâneos do princípio do devido processo legal, Odete Medauar relata que: “No tocante às partes, consiste, principalmente, na garantia de igualdade processual (inclusive assistência judiciária), na garantia do juiz natural, contraditório, ampla defesa e motivação”. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 81.

da prova presentes no âmbito do Direito Administrativo quando do exercício pelo Estado de sua competência sancionatória.

3. O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Uma vez dispostas as premissas teóricas expostas acima, seguiremos neste instante com a averiguação da pertinência jurídico-valorativa do atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos. A reflexão que doravante se empreenderá deverá ser guiada justamente por um ideal no qual nos propomos a assumir os valores democráticos, de um Estado não mais hierarquizado, bem como orientado pela promoção e ampla implementação das garantias constitucionais, notadamente as de natureza processual. Este deverá ser o norte que assumiremos em nossa análise.

3.1 O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E O CONSEQUENTE *ONUS PROBANDI* – O modelo tradicional em confronto com a processualidade administrativa.

Como de longa data lecionado nos escritos que se debruçam sobre o ato administrativo, questão que não lhe pode escapar é a que diz respeito aos atributos que o acompanham em sua manifestação jurídica. No caso, referidos atributos seriam qualidades às quais se emprestam aos atos emanados pelo Poder Público que, justamente por conta desta condição, seriam dotados de características próprias e peculiaridades quando comparados aos atos provenientes dos particulares de um modo geral²²⁷. As características e peculiaridades às quais se alude são, por evidente, no sentido de conferir uma posição de superioridade, observando potestades e desprendimento de algumas amarras legais que a princípio não estão presentes no trato diário das manifestações de vontade dos sujeitos privados.

A doutrina costuma elencar basicamente três atributos que estariam incorporados aos atos administrativos, que seriam: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade²²⁸. Para os propósitos do presente trabalho o enfoque recairá sobre o

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182.

²²⁸ Além dos três atributos mencionados, a doutrina costuma também citar a exigibilidade e a tipicidade. No entanto, entendemos estar contida a exigibilidade na autoexecutoriedade, visto que ambos se referem ao poder administrativo de colocar em prática, sem a intermediação judicial, a obrigação constituída. Para Celso Antônio, contudo, não se tratam de termos equivalentes, visto que a exigibilidade: “não garante, por si só, a possibilidade de *coação material, execução* do ato”. Para o autor, desta feita, a exigibilidade seriam meios indiretos de fazer valer a obrigação imposta pela Administração, enquanto que a executoriedade estaria relacionada à possibilidade de compelir materialmente o particular a realizar a conduta desejada. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 390. Já a tipicidade, nos dizeres de Di Pietro, corresponde à necessidade do ato administrativo relacionar-se: “a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados efeitos”. Acontece que vislumbramos aí a mais pura manifestação do princípio da legalidade que rege toda a atividade administrativa (fato este reconhecido pela própria autora), não fazendo muito sentido sua previsão como um atributo do ato. Mesmo porque a própria noção de legalidade atualmente transpassa uma lógica de figuras típicas, estanques, cuja previsão esteja plenamente formalizada e delimitada. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 194-195.

primeiro²²⁹, o qual comporta uma subdivisão, eis que a presunção de legitimidade se refere tanto à adequação jurídica do ato aos contornos legais, quanto sua conformidade com a realidade dos fatos que serviram de base para seu advento.

Assim, pode-se dizer que os atos administrativos gozariam de uma presunção de legalidade como também de uma presunção de veracidade. Nos dizeres de Demian Guedes a presunção de legalidade: “implica que o ato exarado pela Administração presume-se *legal* (conforme o Direito), valendo até o reconhecimento jurídico de sua nulidade”, ao tempo que a presunção de veracidade do ato resulta que: “seus pressupostos fáticos são admitidos como verdadeiros até prova em contrário”²³⁰.

Aludida subdivisão se mostra pertinente na medida em que todo ato emanado pela Administração deverá possuir um lastro jurídico e outro fático, eis que sua manifestação de vontade comportará uma regra jurídica que a autorize, assim como um fato sobre o qual recaia. Partindo dessa perspectiva, um ato administrativo poderá estar adequado em termos legais, mas utilizar pressupostos fáticos que não condizem com a realidade. Ou também o contrário, visto que apesar de corresponder à verdade dos fatos, poderá estar utilizando dispositivo normativo que não autorizaria sua emanção.

Logo, vê-se que se tratam de disposições distintas e que por conta deste aspecto devem ser analisadas em apartado, até porque os efeitos que cada uma empreende nas relações jurídicas são diferenciados. A presunção de legalidade traz consequências no plano eminentemente jurídico, sendo sua análise uma questão de conformidade do ato com as regras de regência do sistema normativo. Já a presunção de veracidade recairá sobre os pressupostos fáticos que foram utilizados pela Administração como autorizativos para seu agir, debruçando-se a investigação acerca da veracidade das informações prestadas pelo agente público.

Há de salientar que os atributos sob análise são provenientes de entendimento eminentemente doutrinário, não havendo disposição expressa de lei que confira ditas prerrogativas às manifestações de vontade da Administração Pública. Ademais, inobstante haver uma certa confluência acerca da existência em si das qualidades que cercam os atos administrativos, inexistente consenso sobre os fundamentos que as sustentam.

²²⁹ Entrementes nosso trabalho se debruçar de forma crítica sobre o atributo da presunção de legitimidade, existem obras que também questionam os demais atributos do ato administrativo. Por todos, citamos a duas obras seguintes: SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Os Caminhos do Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²³⁰ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-24.

Nesse sentido, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro referidos atributos do ato administrativo possuem decorrência imediata do regime jurídico em que estão inseridos, que seria o regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público²³¹. Assim, entende a autora que não somente esta prerrogativa, como todas as demais que se mostram presentes na atuação da pessoa estatal, refere-se à ideia de: “[...] ‘poder’ como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular”²³². Logo, verifica-se aqui que a prerrogativa guardaria uma relação direta com o conceito de “poder”, enaltecendo-se a condição de supremacia que os atos Estatais conservariam sobre os administrados.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por outra via, apesar de praticamente partir dos mesmos fundamentos precedentes – consubstanciado na posição de supremacia que os poderes públicos incorporam – dispensa várias linhas visando esclarecer que os privilégios atribuídos aos atos da Administração ostentam nítido carácter instrumental²³³, no sentido em que sua utilização deverá operar-se com vista à satisfação dos interesses da coletividade, e nunca como um mecanismo de mera operacionalização do aparato governamental. Assim, as prerrogativas estatais somente existem e persistem em nosso sistema jurídico como condição de concretização do interesse público, mesmo porque a implementação e proteção deste último manifesta-se como a razão de existir do próprio Estado de Direito.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles sustenta que a presunção de legitimidade decorreria do princípio da legalidade ao qual a Administração estaria vinculada, conforme disposto expressamente no art. 37 da Constituição Federal. Assim, na medida em que a atuação dos agentes públicos, no exercício de função administrativa, deve observar o que se encontra disposto em Lei, presume-se que os atos deles provenientes estarão em conformidade com os preceitos legais²³⁴. No mais, tanto a presunção de legalidade quanto a presunção de veracidade teriam como justificativa o atendimento à celeridade e segurança que devem reger as atividades do Poder Público, visto que, do contrário, a execução de seus comandos poderia sofrer constante mitigação em razão da pronta impugnação dos particulares²³⁵, comprometendo a concretização dos misteres estatais.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 190.

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 191.

²³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 389.

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182.

²³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182.

Este também é o pensamento de Marçal Justen Filho, para quem a presunção de legitimidade do ato administrativo: “é um instrumento necessário à satisfação dos deveres inerentes à função administrativa”²³⁶, sem as quais o Estado ficaria praticamente impossibilitado de exercer as finalidades juridicamente prescritas, visto que seria necessário obter provimentos jurisdicionais junto ao Poder Judiciário no sentido de, somente assim, vincular o comportamento de terceiros.

De uma forma mais abrangente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto além de reconhecer que a legitimidade dos atos estatais possui estreita relação com o princípio da legalidade, relaciona também referido atributo ao Estado democrático de direito ao qual estamos insertos, de modo que: “a *legitimidade* se deriva diretamente do princípio democrático, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais — *políticas, administrativas e judiciárias*”²³⁷.

Desta feita, por todo o exposto, percebe-se que a Doutrina, malgrado as variações quanto à fundamentação adotada, reconhece com certa regularidade o atributo da legitimidade como pertencente às manifestações de vontade unilaterais exaradas pela Administração Pública. Ocorre que, conforme adiantado linhas acima, dita presunção comporta uma subdivisão, na medida em que reflete tanto no aspecto relacionado à regularidade legal dos atos administrativos, bem como sobre a veracidade dos fatos declarados.

Sendo assim, quanto ao primeiro enfoque – que reconhece uma presunção de legalidade em face dos atos provenientes da Administração Pública – entendemos que se encontra em conformidade com os princípios que regem o sistema normativo pátrio, mesmo porque, com inspiração nas lições de Vitor Rhein Schirato, referida qualidade é inerente a todos os atos jurídicos, inclusive os provenientes dos particulares. Visando sustentar a assertiva de que não é somente o ato administrativo que goza de referido atributo, o autor lança a seguinte reflexão:

[...] tal afirmação apenas seria correta [quanto à presunção de legalidade recair somente sobre os atos estatais] caso estivéssemos diante de uma das seguintes situações: os atos administrativos são absolutamente presumidos legítimos (presunção *iure et de iure*), sendo os demais atos jurídicos relativamente presumidos legítimos; ou apenas os atos administrativos são presumidos legítimos, não sendo qualquer dos demais atos jurídicos presumidos legítimos. Ambas as suposições estão incorretas, como demonstraremos.²³⁸

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 11080.

²³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89.

²³⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011. p. 126.

Segundo o Schirato, os dois cenários apresentados seriam incompatíveis com nosso sistema jurídico, eis que no primeiro caso, em se reconhecendo presunções absolutas, estaríamos impedindo o Judiciário de rever os comportamentos administrativos, visto que passariam a constituir relações jurídicas definitivas, afrontando o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da CF/88 . Por outro lado, ao não se admitir uma presunção relativa quanto aos demais atos jurídicos emanados pelas pessoas não estatais, adentraríamos em um cenário de absoluta insegurança jurídica, de forma que toda e qualquer manifestação de vontade que não proviesse diretamente das pessoas de direito público somente passaria a produzir efeitos após seu reconhecimento judicial²³⁹.

Portanto, seguindo o entendimento acima, compreendemos que a presunção de legalidade se faz presente em todas as manifestações jurídicas²⁴⁰, independentemente da qualidade das pessoas que a emitem – se pública, ou privada – apresentando-se como uma exigência lógico-normativa que entrega certa estabilidade às relações sociais. Sem dita presunção não seríamos capazes de empreender uma dinâmica nas interações do cotidiano cuja defluência dependesse de regramentos alicerçados em normas jurídicas. Caso a desconfiança fosse a regra e todos os atos que fossem capazes de constituir relações jurídicas necessitassem de um reconhecimento formal por parte do Estado, o convívio humano restaria atravancado, principalmente na sociedade de massa na qual estamos insertos na atualidade.

Logo, compreendemos mais do que necessário que se apreenda os atos da Administração como presumidamente legais, sendo esta uma exigência para que possa realizar suas atividades e estabelecer relações jurídicas com a estabilidade que se exige em um Estado de Direito. Do mesmo modo como presumimos que as Leis são dotadas de uma presunção de constitucionalidade, podemos também presumir que os atos do Poder Público estão em conformidade com o Direito²⁴¹.

Realizadas essas colocações, passemos ao segundo aspecto. Este, no entanto, não se mostra tão pacífico quanto aos posicionamentos adotados pela Doutrina em comparação ao atributo da presunção de legalidade anteriormente analisado. É que a presunção de veracidade

²³⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011. p. 126-127.

²⁴⁰ Tal qualidade somente estaria afastada em situações de extrema peculiaridade, quando, por exemplo, um menor absolutamente incapaz se propõe a firmar negócio jurídico, o quando um servidor público determina o cumprimento de ordem manifestamente ilegal.

²⁴¹ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “Cremos, por outro lado, ser compatível com a nossa Constituição um princípio de presunção apenas de legitimidade (compatibilidade com o direito) dos atos do Estado em geral, inclusive dos atos administrativos, sob pena de se comprometer sua autoexecutoriedade e a ordem social. É a mesma lógica pela qual as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade”. In: Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 85.

implica tomar por verdadeiros os pressupostos de fato do ato administrativo, sendo o entendimento tradicional no sentido de se inverter o ônus da prova em face do particular que tenha por pretensão objetar o ato proveniente da atividade administrativa.

Vale constar aqui o alerta que o efeito relativo à inversão do *onus probandi* recai somente sobre o atributo da presunção de veracidade, não sendo correto relacioná-lo também à presunção de legalidade. Isso se deve à circunstância de que as provas, de um modo geral²⁴², devem se referir aos fatos, e não ao direito aplicado. É evidente que o particular pode discutir o embasamento normativo da manifestação de vontade administrativa, mas aqui não se trata diretamente da prova ou mesmo sua inversão, mas das teses que serão aventadas visando demonstrar a invalidade do ato. Em suma, o que se quer aclarar é que: “quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida”²⁴³, razão pela qual a inversão do ônus probatório alcança apenas as declarações consignadas no ato e não seu conteúdo normativo.

Assim, conforme lição clássica difundida por Hely Lopes Meirelles a incumbência de se provar a inveracidade dos fatos declarados pelo agente público recairia sempre sobre a parte impugnante²⁴⁴, referindo-se, por evidente, ao administrado que sofrera os efeitos da conduta estatal.

Nesse mesmo direcionamento são as lições de Roberto Dromi, cujo autor estrangeiro reconhece que o atributo estabelece uma regra de inversão da carga probatória, sustentando o posicionamento de que quem: “[...] impugna a legitimidade de um ato administrativo encarregase da prova em tal circunstância”²⁴⁵.

Ocorre que, conforme declarado, estas seriam posturas doutrinárias ditas tradicionais, visto que sua aplicabilidade, da forma como proposta, acaba por esbarrar em princípios e valores fundamentais que atualmente orbitam nosso sistema jurídico. Isso porque simplesmente transferir para os administrados, de forma direta e irrestrita, a responsabilidade por demonstrar a inautenticidade dos fatos unilateralmente reconhecidos pela Administração pode gerar situações nas quais haja uma patente e injusta desvantagem processual.

Parte-se do pressuposto de que as palavras e percepções apreendidas pelo agente público são dotadas de um precisão e certeza de modo que suas declarações são o bastante para

²⁴² Utilizamos a expressão “de um modo geral” tendo em vista que nosso ordenamento, em algumas situações excepcionais, exige prova de questões jurídicas, como o direito municipal, estadual e estrangeiro, nos termos do art. 376 do CPC.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 192.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 183.

²⁴⁵ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004. p. 380.

comprovar as ocorrências fáticas, restando ao particular envidar os esforços necessários, através de meios de prova formais, para desconstituir o que fora simplesmente afirmado pela Administração. Aqui, nos parece, ainda estamos diante de resquícios de um *constructo* teórico de traços autoritários, com o Estado ocupando uma posição de indômita hierarquia, muito aproximada da ideia dos tempos absolutos nos quais se proclamava o brocardo “*the king can do no wrong*”²⁴⁶.

É por conduto desta circunstância que Celso Antônio Bandeira de Mello, preambularmente ao tratar dos atributos que revestem os atos administrativos, adverte o leitor acerca da: “inconsistente e acrítica utilização de raciocínios, conceitos e fundamentos superados que trazem uma visão autocrática e marcada pelos ressaibos de um período já vencido, o do Estado de Polícia”²⁴⁷. Seguindo no mesmo norte há a doutrina de Marçal Justen Filho, cuja postura é no sentido de reconhecer que a: “versão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado”²⁴⁸. Desta feita, sustenta o autor que:

Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da soberania estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as prerrogativas do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência. A implantação de uma democracia republicana afeta essas concepções, mesmo quando não acarrete sua eliminação. Ou seja, o estudo dos atributos peculiares do ato administrativo tem de refletir os princípios inerentes à organização democrática do poder estatal.²⁴⁹

Odete Medauar, em artigo intitulado “Prerrogativas do ato administrativo”, após analisar as atuais vertentes doutrinárias que se inclinam por não mais adotar de modo integral o modelo tradicional quanto à aplicabilidade dos atributos, assevera que a sociedade e as instituições estatais da atualidade, dentre elas a Administração Pública, não são as mesmas dos séculos antepassados, chegando à conclusão que as: “concepções originárias do ato administrativo em termos de prerrogativas merecem o ‘controle de validade’ que vários autores vêm efetuando, pois certamente, na sua integralidade não se afinam aos tempos presentes”²⁵⁰.

Com isso, percebe-se um movimento cada vez mais intenso direcionado a revisar a forma como a presunção de veracidade é aplicada, notadamente porque a jurisprudência – em

²⁴⁶ MONTEIRO FILHO, Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez de (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 388.

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 11065.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 11065.

²⁵⁰ MEDAUAR, Odete. As prerrogativas do ato administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. p. 304-310. Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014. p. 310.

sua ampla maioria – ainda mantém posicionamento de forma a reconhecer o ônus da prova como responsabilidade do administrado²⁵¹, sendo incumbência deste não somente impugnar a matéria de direito, mas ao mesmo tempo apresentar material instrutório que seja idôneo o suficiente para demonstrar que as circunstâncias fáticas declaradas no corpo do ato não sucederam conforme exposto pelo agente público.

Como se disse, entretanto, aludido posicionamento acaba por gerar entraves processuais que em diversas ocasiões transfere ao particular um ônus por demais desarrazoado, chegando a situações em que a prova em si de sua inocência alcança patamares impossíveis, como sucede quando se exige a prova de fatos negativos, eis que não há como provar fatos que incorreram, restando ao administrador, no máximo, provar: “a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação”²⁵². É por conduto destas inconsistências do modelo tradicional que Celso Antônio Bandeira de Mello, em clara vanguarda, já propunha que os fatos afirmados pela Administração somente manteriam sua plena higidez até o momento em que fossem questionados em juízo²⁵³, instante a partir do qual caberia à Administração Pública comprovar a veracidade das circunstâncias fáticas por ela consignadas.

Lúcia Valle Figueiredo vai mais além, entendendo que o questionamento operado já na seara administrativa é capaz de ilidir a presunção, visto que é a Administração: “[...] quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado”²⁵⁴. Demian Guedes segue o mesmo posicionamento da autora precitada, compreendendo que a matéria probatória dos atos administrativos, uma vez questionados, deveria seguir a mesma distribuição regularmente adotada nos processos judiciais, restando a cada parte demonstrar e comprovar a veracidade dos fatos que sustentam suas alegações. Em seus dizeres:

²⁵¹ Inobstante a existência de julgados esparsos não adotando o modelo tradicional, a regra geral em nossos tribunais ainda é o reconhecimento da ampla presunção de veracidade das declarações prestadas pelos agentes públicos, imputando aos administrados a incumbência em demonstrar a inautenticidade dos fatos que embasaram o ato administrativo impugnado. Por todas, trago trecho presente na seguinte decisão do STJ: “[...] 18. Bom apontar que o auto de infração do IBAMA, goza de presunção de legitimidade. Em que pese essa presunção de legitimidade e veracidade não ser absoluta, ou seja, admitir prova em contrário, não se pode olvidar que tem o condão de inverter o ônus da prova. Isto é, a validade dos atos administrativos só pode ser quebrada por prova produzida a cargo da parte interessada (art. 373. I, do CPC/15). Não logrando a autora/apelante apresentar provas capazes de ilidir a presunção de legitimidade e veracidade do auto de infração lavrado pelo Ibama, fica mantida a penalidade administrativa aplicada. 19. [...]”. (Superior Tribunal de Justiça STJ - Agravo em Recurso Especial: AREsp nº 1646664 RJ 2020/0004995. Min. Relator Manoel Erhardt. Data da publicação: 16/12/2021).

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 11130.

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 389.

²⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

Vale advertir que não se propõe aqui a imposição do ônus probatório sempre em desfavor da Administração Pública. Nem se defende que ela deva produzir prova de todos os fatos alegados no processo. O que se impõe aos órgãos estatais, diante da impugnação dos administrados, é o dever de comprovar as suas alegações de fato; cabendo ao particular, em regra, a prova das suas próprias afirmações, feitas em seu interesse.²⁵⁵

Assumindo uma postura mais acentuada, Alexandre Santos de Aragão discorda da existência em si do atributo da presunção de veracidade, eis que em sua compreensão os princípios do devido processo legal, da publicidade, da finalidade e da motivação que regem atualmente a realidade administrativa direcionam a interpretação de modo que a Administração tenha por dever a necessidade de demonstrar os fatos que embasaram sua atuação, à exceção dos casos em que a prova seria de impossível realização²⁵⁶.

Enfim, do que se percebe, há uma crescente no sentido de se afastar o efeito da inversão do ônus da prova como uma consequência regular da presunção de veracidade dos atos administrativos. E um dos motivos pelos quais reputamos essencial para operacionalização dessa guinada é justamente a processualidade que permeia atualmente a realidade administrativa. A partir dela a conduta da Administração deixou de ser analisada sobre âtomos de poder formalizados em atos autistas²⁵⁷, passando a compreendê-la dentro de uma ótica funcional, integrada processualmente.

Realmente, sob uma perspectiva isolada do ato, como expressão máxima do poder estatal, fazia todo sentido compreender os atributos como fora elaborado pelo modelo tradicional. No entanto, quando não mais o enxergamos ensimesmado, voltado unicamente para viabilização do poder, mas como um dos elementos que irá compor a relação jurídica Estado/particular²⁵⁸, na qual incidirá uma miríade de direitos e obrigações para ambas as partes, inclusive oriundos de *status* constitucional, as imponentes qualidades do ato passam a ceder e demandar uma adequação normativa.

²⁵⁵ GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 148.

²⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 78.

²⁵⁷ Expressão utilizada por Floriano de Azevedo Marques Neto, que, apesar de reconhecer a polêmica que poderia advir ante seu uso, entende que designa com extrema precisão a qualidade que se quer designar: um ato indiferente ao seu entorno, que desconsidera o administrado e os direitos e garantias que lhes são reconhecidos atualmente pelos ordenamentos democráticos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96-97.

²⁵⁸ Como bem esclarece Cármen Lúcia Antunes Rocha, tratando da transição operada do ato para o processo: “Antes centrada na tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passou a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim exterior e superior ao seu autor”. In: Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 200.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto assevera que o atributo da presunção de veracidade nada mais é que a manifestação pura de um ato administrativo indiferente para com os administrados e seus direitos mais basilares. Com isso, para o autor, além da introdução da consensualidade na prática administrativa e a crescente ampliação dos mecanismos de controle, a processualidade se mostra como um dos vetores de transformação desta postura autossuficiente dos atributos, de forma que: “não há como se preservar a unilateralidade como pressuposto da prática do ato administrativo”²⁵⁹, haja vista que: “[...] no ambiente da processualidade, *as posições conflitantes têm de ser consideradas* (v.g., levadas em conta inclusive para fins de fundamentação) no momento de produção do ato (ou seja, no curso do necessário processo administrativo)”²⁶⁰.

Logo, é partir do momento em que passamos a enxergar os atributos na dinâmica processual e os entraves jurídicos-pragmáticos que o *constructo* clássico empreende – consubstanciado na infalível inversão do ônus probatório – que percebemos sua obsolescência e contrastabilidade com o sistema jurídico vigente, alicerçado em garantias processuais que não se coadunam com uma postura estatal na qual se pratica restrições ao patrimônio e liberdade dos particulares cujo lastro sejam unicamente as declarações operadas por agentes públicos.

Diante disso, os atos administrativos, e por consequência seus atributos, devem ser analisados não mais de forma isolada, mas no contexto de um processo administrativo, passando a depender a veracidade das declarações estatais do que fora produzido ao longo do processo, afastando a ideia de uma verdade pressuposta²⁶¹. Assim, de acordo com os ensinamentos de Vitor Rhein Schirato, não se pode simplesmente presumir por verdadeiras as declarações da Administração e lançar todo o ônus probatório sob a incumbência do administrado, na medida em que a verificação dos pressupostos fáticos dependerá de uma: “coerência com os atos e fatos constantes do processo administrativo que deu origem ao ato, os quais sempre devem ser produzidos com respeito aos direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa”²⁶².

²⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

²⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

²⁶¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011. p. 128.

²⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011. p. 129.

Ou seja, uma determinada afirmação não se torna verídica simplesmente porque oriunda da caneta de pessoas investidas de função estatal. A veracidade dependerá dos instrumentos que o sistema jurídico apontou por legítimos.

Com isso, vê-se que a lógica da processualidade recepcionada pelo direito administrativo e as garantias dali decorrentes são os responsáveis por capitanear essas transformações doutrinárias acerca do atributo da presunção de veracidade do ato administrativo e a aplicabilidade da inversão do *onus probandi*. Em razão disso, no tópico seguinte analisaremos com um maior detalhamento como os princípios da ampla defesa e contraditório contribuem na efetivação dessa guinada.

3.2 APLICABILIDADE DO ÔNUS PROBATÓRIO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Conforme já assinalado ao longo deste trabalho, a Carta constitucional vigente foi expressa ao prever os princípios do contraditório e ampla defesa como aplicáveis aos processos de natureza administrativa. Assim, o inciso LV do art. 5º, figurando entre os direitos e garantias fundamentais, passou a prever como uma exigência essencial constitucionalmente declarada a observância de referidos princípios no curso de processos que tramitam sob âmbito da Administração Pública.

É lugar comum nos depararmos nos escritos doutrinários que referidos princípios são uma decorrência do princípio do devido processo legal, havendo uma imbricação lógica entre eles. No entanto, apesar da jurisprudência pátria reconhecer o *due process of law* como incidente nos processos administrativos antes mesmo do advento da Constituição de 88²⁶³, fato é que somente a partir dela que os princípios do contraditório e ampla defesa passaram a ser considerados de forma consistente nos julgados das Cortes superiores sobre os comportamentos administrativos²⁶⁴, notadamente daqueles que interferem diretamente na esfera jurídica dos particulares, restringindo o patrimônio ou a liberdade.

²⁶³ A Súmula 21 do STF, datada de dezembro de 1963, cujo teor inadmitte exoneração sumária, sem direito de defesa, de funcionário público em estágio probatório, tem como fundamento principal a necessidade de observância do devido processo legal nos processos de cunho administrativo.

²⁶⁴ Como bem observa Rodrigo Pagani de Souza, tratando dos princípios em comentário: “[...] tal reconhecimento de uma ampla aplicabilidade nem sempre existiu. A própria redação do art. 5º, LV, da CF, no inequívoco sentido da aplicabilidade dos princípios em tela à esfera administrativa, constitui resposta à orientação contrária da jurisprudência anterior, que, sob a Carta de 1969, hesitava em adotar a tese doutrinária da aplicabilidade destes princípios à esfera administrativa”. In: As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo. MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 122.

Nesse sentido, além da própria jurisprudência – pós 1988 – inclinar-se no sentido de uma ampla aplicabilidade daqueles princípios aos processos de natureza administrativa, a Lei nº 9.784/99 acabou por reforçar esse trajeto quando previu, no caput do art. 2º, um rol de princípios, os quais dentre eles figuram a ampla defesa e o contraditório como essenciais à validade dos trâmites administrativos. Com isso, mostra-se que inexistem dúvidas a respeito da recepção e conseqüente amplitude que aludidos princípios obtiveram em nosso sistema jurídico, restando a partir de então analisar o conteúdo de ambos e verificar em que medida interferem no atributo da presunção de veracidade e os efeitos por ele deflagrados.

Desta feita, iniciando pelo princípio do contraditório, este pode ser definido como sendo o direito de influenciar ativamente a decisão que será, ao final do processo, proferida²⁶⁵. Com isso, manifesta-se no sentido das partes processuais tomarem ciência de tudo quanto ocorre no caminhar processual, de forma que possam se manifestar em relação aos atos e fatos processuais, e, por via de consequência, que estas manifestações sejam consideradas por quem de direito seja o responsável por realizar o julgamento.

Sobre essa perspectiva, Ferraz e Dallari desdobram o princípio do contraditório em três vias que lhe conferem a amplitude conteudística que lhe é inerente. Assim, o primeiro desdobramento repousaria no *direito à informação*, que se traduz no conhecimento da existência do processo, seu conteúdo, curso atual e elementos que o integram; em seguida, há o *direito de manifestação*, que nada mais é que a possibilidade de se pronunciar sobre tudo o que consta no corpo dos autos processuais, bem assim sobre todas as matérias que possam vir a influenciar a decisão final; por fim, acresce-se o *direito de ter os argumentos levados em consideração*, de modo que sobre tudo o que tenha sido objeto de manifestação pelas partes seja efetivamente analisado e incorporado ao *decisum* pelo órgão julgador²⁶⁶.

Em suma, representa a lógica da necessidade de informação e a correspondente possibilidade de reação²⁶⁷, não olvidando, evidentemente, do dever de serem analisados e valorados tudo o que fora manifestado pelas partes ao longo da marcha processual.

Pois bem, uma vez definida a forma como o princípio do contraditório se apresenta, há de evidenciar que o mesmo possui estreita relação com o princípio da igualdade processual. Isso porque, conforme a doutrina de Egon Bockmann Moreira, uma das principais finalidades

²⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 276.

²⁶⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 140.

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 93.

do contraditório é permitir que se equalize eventual disparidade processual, de modo que seja conferida uma igual oportunidade de manifestação a todos os interessados, e que estas manifestações possuam a mesma relevância frente ao órgão decisor, prestigiando-se a isonomia²⁶⁸.

Ou seja, as declarações prestadas no curso processual devem conter idêntico peso sob a consideração da decisão, não se podendo permitir que as palavras advindas do órgão estatal se apresentem como mais legítimas e em grau de superioridade em comparação às exteriorizadas pelo particular. Diante disso, o autor precitado reconhece que, mesmo que diante de processo administrativo, em função da necessidade de se assegurar um tratamento isonômico, o órgão julgador deverá conferir às manifestações das partes efeitos equivalentes, empreendendo-lhes uma consideração equânime²⁶⁹.

A partir dessas constatações é que percebemos que o atributo da presunção de veracidade do ato administrativo quando inserto na realidade processual sofre acentuada mitigação de seus efeitos, visto que as declarações emanadas pelo agente público passam a ocupar o mesmo patamar das declarações prestadas pelo administrado. Assim, havendo uma negativa por parte deste acerca de um determinado fato, este mesmo fato não pode simplesmente se alicerçar nas palavras da Administração, visto que ambas as declarações ostentam a mesma hierarquia processual. A partir daí surge a necessidade da prova, cabendo a cada qual dispor das que sustentam suas alegações. Se a Administração relata um fato que lastreia uma infração, deverá ela mesma – Administração – provar referido fato.

Até porque, dentro de uma perspectiva das repercussões pragmáticas do princípio da isonomia, este se apresenta justamente para promover um reposicionamento diante de reais - ou mesmo potenciais – desequilíbrios. O Estado, pela própria natureza que ostenta, já possui uma certa superioridade frente à coletividade. O processo, desta feita, deverá funcionar como um elemento balizador, que passa a devolver o equilíbrio à relação jurídica, tornando-a paritária.

Caso se conceba uma maior valia às palavras do agente público em comparação à dos particulares, também se poderia conferir, de uma forma geral, maior peso a todo e qualquer elemento de prova quando esta fosse proveniente do poder público, estando os particulares sempre um passo atrás. Esse, definitivamente, não é o espírito que se espera do princípio da

²⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279.

²⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 280.

igualdade processual, também denominado pela doutrina como princípio da paridade de armas²⁷⁰. Conforme leciona Leonardo Greco, diante deste princípio, a fim de que se possa influir de forma eficaz na formação da decisão, as partes: “[...] devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma delas deve ter mais do que as outras a possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas”²⁷¹.

Desta maneira, ao Estado não cabe declarar um fato e posteriormente, ele mesmo – ainda que diante de uma impugnação – confirmar esse fato, tudo isso sem que haja uma via probatória que lhe confira sustentação. A paridade aqui restaria completamente comprometida. É sob esse aspecto que García de Enterría e Fernández afirmam que documentos decorrentes da Administração, tais como autos de infração, adquirem valor de meras denúncias, visto que para incorporarem autêntico valor probatório precisam ser ratificados no curso do processo, em exame contraditório²⁷². O mesmo se pode observar na doutrina italiana, visto que Ângelo Bucema e Giácomo Enzo partilham do entendimento que a simples declaração do fisco não se mostra suficiente como prova a constituir a obrigação tributária, exigindo-se a integração de outros elementos documentais²⁷³.

Logo, diante do princípio do contraditório, e da paridade de armas ao qual lhe é ínsito, constata-se uma clara colisão com o atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos. Ao se observar o ato integrado à realidade processual, percebendo que sua manifestação não se dará de forma isolada e pontual, mas passará a compor uma relação jurídica, e que esta relação, por continuidade, irá desencadear um feixe de direitos e obrigações mútuas, não se pode mais ignorar que o contraditório restará frustrado quando se permite a manutenção de privilégios probatórios, mesmo que a pessoa detentora destes privilégios seja o ente Estatal²⁷⁴. Conforme bem esclarece Egon Bockmann Moreira:

[...] a presença da Administração em um dos pólos do processo administrativo apenas acentua a necessidade de respeito ao particular que ocupa o outro pólo. A formação

²⁷⁰ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 125-126.

²⁷¹ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 126.

²⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 454.

²⁷³ Dizem os autores que: “*Le semplici affermazioni del fisco, ancorchè contenute e proclamate in processi verbali di constatazione, non possono di per sè costituire prove a favore dello stesso fisco senza il supporto o l'integrazione d'altri elementi documentali*” In: BUSCEMA, Ângelo e GIACOMO, Enzo di. **II processo tributário**. Milano: Giuffrè, 2000. p. 140.

²⁷⁴ Nas palavras de Cármen Lúcia: “Não se haverá, pois, de cogitar-se [...] de presunções favoráveis à entidade administrativa em detrimento ou diferenciadamente do particular, nem o que quer que favoreça ou facilite, imotivadamente, o comportamento público, discriminando privilegiadamente a pessoa estatal. A discriminação que beneficia o Estado prejudica o particular.” In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 216.

do convencimento do órgão decisório não é tarefa unilateral e desproporcionada, tal como se fosse possível à Administração prestigiar exclusivamente o seu entendimento.²⁷⁵

O agente que irá emitir o ato deverá, com isso, estar atento para a realidade na qual sua conduta configura apenas um momento da relação jurídica que se constituirá, eis que por intermédio daquele ato um processo será deflagrado, justamente visando permitir a efetivação do contraditório, onde aqueles três aspectos já tratados acima devem estar presentes, que seria a informação, oportunidade de manifestação e real consideração dos argumentos apresentados. Agora, caso a Administração declare um ilícito e o particular, ao tomar conhecimento, manifeste-se contrariamente aos fatos narrados, não haverá paridade e, portanto, contraditório se porventura o órgão julgador – inobstante ter acesso às declarações do administrado – simplesmente não às considere sob o argumento de que as palavras provenientes do poder público se encontram em patamar de superioridade.

No modelo tradicional, a oportunidade de manifestação e a efetiva consideração do que fora exposto pelo particular somente seria relevante sob a condição de se possuir algum elemento de prova contundente, circunstância essa que não se exige da Administração nem no instante da constituição do ato, nem *a posteriori*, quando do desenrolar da relação processual, o que demonstra um nítido desequilíbrio e permanente manutenção de uma disparidade entre os sujeitos. Diante disso, o *constructo* clássico ignora de certa forma as várias dimensões que compõem o contraditório, eis que a informação prestada pelo Estado acerca dos fundamentos fáticos do ato é mitigada pela desnecessidade de elementos probatórios que a confirmem. As afirmações realizadas pelo administrado junto ao processo detêm um valor menor em comparação às advindas dos agentes públicos e o que for relatado por aquele não será objeto de atenção caso esteja desacompanhado dos componentes instrutórios.

Logo, diante da lógica do modelo tradicional, no qual inverte-se o ônus probatório em desfavor do particular, o contraditório vê-se completamente desconsiderado, haja vista que Administração se posiciona em patamar de permanente supremacia. Além de constituir unilateralmente obrigação jurídica com base em suas declarações, essa situação perdura mesmo após impugnada pelo sujeito contra quem o ato deflagra seus efeitos, sendo as palavras deste último irrelevantes caso não venham acompanhadas de provas que de algum modo demonstrem sua inocência. Aqui não se percebe a existência de uma relação dialógica. Pelo contrário, a concretização da atuação estatal acaba por figurar a encenação de um monólogo, sendo o Estado

²⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 280.

o único protagonista, os cidadãos meros espectadores, e o desfecho sempre o mesmo: cumpre-se à risca o roteiro apresentado desde o ato inicial²⁷⁶.

Assim, é necessário que o ato em formação já considere de antemão a relação processual que se constituirá, na qual se exigirá a observância de todas as garantias processuais constitucionais, podendo-se dizer, conforme leciona Odete Medauar, que não se poderá falar na existência de contraditório caso o órgão responsável pela emissão do ato administrativo: “não se coloque no mesmo plano que o sujeito, no tocante a direitos, ônus, ações e reações”²⁷⁷. Com isso, diante da fundamentalidade que o princípio ostenta, mostra-se necessário que não se limite a garantir formalmente o contraditório entre as partes, mas que o mesmo seja considerado também sob seu aspecto substancial²⁷⁸, devendo-se afastar posturas que não sejam capazes de propiciar uma efetiva paridade processual.

No mais, quanto à reação que se permite aos administrados diante de atos do poder público, esta deve ser assegurada sob as garantias constitucionais da ampla defesa. Este princípio guarda estreita relação com o do contraditório, visto que exprime justamente manifestação relativa a uma de suas facetas, que é a possibilidade de se pronunciar a respeito das informações prestadas no processo pela parte contrária. Como bem definiu José dos Santos Carvalho Filho, deve-se compreendê-lo como: “o conjunto de meios através dos quais o indivíduo pode comprovar situação diversa daquela que contraria seu interesse específico”²⁷⁹.

Referida capacidade de reação deve ser interpretada da forma mais abrangente possível, na medida em que o texto constitucional foi expresso ao fazer referência à “ampla defesa”, e não simplesmente ao “direito de defesa”²⁸⁰, o que nos permite deixar de lado interpretações e posicionamentos que pretendam de algum modo restringir sua aplicabilidade. Ademais, ainda que inexistam disposições normativas em decretos, resoluções ou portarias especificando seu exercício em determinada situação, é de sobrelevar que o mesmo possui incidência irrestrita e

²⁷⁶ GUEDES, Demian. O Estado Democrático de Direito e Reavaliação do Ato Sancionador. in: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 304.

²⁷⁷ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 99.

²⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

²⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal – comentários à lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

²⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 112.

imediatas²⁸¹, visto que o Estado não poderá adentrar na esfera jurídica dos particulares sem que lhes sejam oportunizado o direito de se defender em processo regularmente instaurado²⁸².

Além disso, relevante salientar que, apesar de estarmos focados nos processos de cunho sancionatório, o direito à ampla defesa é extensível a quaisquer processos nos quais haja litigantes. Assim, recomenda-se que seja sempre franqueado ao administrado as garantias inerentes à ampla defesa, mesmo que *ab initio* não se vislumbre um conflito entre as partes, até porque trâmites onde não haja uma evidente e inicial natureza condenatória podem vir a gerar um conflito de interesses no decorrer da marcha processual, após, por exemplo, a manifestação de um dos interessados cuja declaração possa vir a gerar um choque de pretensões.

Realizadas essas considerações, é de se registrar que dentre os desdobramentos aos quais se podem aludir quanto ao princípio da ampla defesa, um deles se destaca para os propósitos deste trabalho, que seria, segundo Alberto Xavier: “[...] o direito à prova nos seus três corolários (o direito de acesso à prova, o direito à apreciação da prova e o direito à impugnação de prova)”²⁸³. Logo, é inerente à garantia da plenitude de defesa que se possa tomar conhecimento das provas existentes, analisá-las e, caso entenda devido, opor-se à elas conforme os meios em Direito permitido.

Disso decorre a conclusão que para a operacionalização do direito de defesa mister que se tenha acesso, de antemão, ao material probatório que acompanha e dá sustentação aos fatos levantados por quem acusa. A Administração Pública, nesse sentido, a fim de permitir que o particular exerça seu direito de se defender com plenitude deverá franquear acesso aos documentos e demais aparatos instrutórios de forma a permitir que o sujeito atingido tenha condições de confeccionar adequadamente sua impugnação.

Desta forma, para que referida garantia possa materializar-se é imperioso que o Estado comprove os fatos sobre os quais se valeu para exarar seu comportamento, não se mostrando

²⁸¹ MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In: NETO, Eurico Bitencourt; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 84.

²⁸² Mesmo em situações nas quais exista a necessidade de condutas autoexecutórias e imediatas pela Administração, como se verifica em casos de urgência e perigo iminente, o direito de defesa deverá ser respeitado, ainda que diferido para um momento posterior, onde todas as garantias processuais incidirão no sentido de permitir que o particular exponha suas razões. Durval Carneiro Neto, referindo-se ao *due process of law* no âmbito administrativo, faz o alerta que o mesmo incide invariavelmente: “inclusive em situações de urgência, pois eventual necessidade de pronta atuação da Administração por si só não deve obstar a adoção de um devido processo legal, ainda que sob rito adequado à urgência, algo similar, aliás, ao que já acontece nas medidas cautelares e antecipações de tutela no processo civil.” In: CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de Legitimidade: Sem sempre é como diz o guarda da esquina. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil. p. 7.

²⁸³ XAVIER; Alberto. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro:Forense, 2005. p. 11.

uma atitude republicana a restrição de liberdades e patrimônio cujas circunstâncias autorizativas do ato estejam unicamente na “cabeça” do agente público prolator. É de se reconhecer, à visto disso, que a prova possui uma nítida função de contenção de arbitrariedades que porventura possam ser praticadas pela autoridade administrativa²⁸⁴, conservando uma relevante: “função política de legitimação racional do poder”²⁸⁵.

Desta feita, a fim de que se possa apresentar uma efetiva e contundente reação contra um comportamento administrativo é essencial que se tenha conhecimento acerca das provas que lastreiam o suporte fático do ato a ser impugnado. Não há como oferecer resistência, em uma acepção ampla, quando se tem conhecimento apenas das circunstâncias declaradas, visto que em face do particular será exigido que seja apresentado um material instrutório mínimo, sem o qual sua pretensão não será acolhida.

Percebe-se, assim, uma patente restrição à ampla defesa, isso porque, na medida em que caberá ao administrado se defender do que fora sustentado pela Administração, a ele competirá apresentar contraprovas de fatos que não foram provados²⁸⁶, transparecendo a exigência de um comportamento de árdua e dubitável execução. Aqui, por certo, o particular se encontra em clara desvantagem, principalmente quando se depara com situações nas quais – não raramente – deverá demonstrar a inoocorrência de um fato, o que, conforme doutrina de Marçal Justen Filho, mostra-se impraticável²⁸⁷.

Portanto, a inversão do ônus da prova, da forma como fora configurado pela clássica doutrina administrativista, acaba por ser um mecanismo de instrumentalização da autoridade estatal, na medida em que este é capaz de constituir obrigações e impor penalidades sem que tenha necessariamente que demonstrar materialmente a ocorrência do fato ilícito, restando suficiente a simples declaração de seu acontecimento.

É que as presunções relativas e a decorrente inversão do ônus probatório não detêm natureza jurídica de meios de prova²⁸⁸. Tratam-se, em verdade, de expedientes jurídicos

²⁸⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. **RDA**, Rio de Janeiro, 102: 1-U, out./ dez. 1970. p. 2.

²⁸⁵ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 116.

²⁸⁶ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 97.

²⁸⁷ Segundo o professor: “É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 11130.

²⁸⁸ Conforme esclarece Ricardo Marcondes Martins: “A regra do ônus da prova não é um meio de prova: quando o fato não resta provado, a regra do ônus da prova não prova o fato, mas disciplina como o juiz deve decidir a causa; da mesma forma, a regra jurídica da presunção não prova o fato, mas enfraquece o módulo de prova e altera

destinados a obter um equilíbrio processual nos casos em que a exigência da comprovação de um fato pode tornar inacessível o próprio direito sobre o qual se pleiteia. Nessas circunstâncias, o ordenamento permite que as regras convencionais sejam alteradas. É o que se percebe, por exemplo, com as investigações de paternidade, cuja prova do vínculo biológico somente pode ser confirmada mediante o material genético do filho(a) e seu genitor. Assim, o fato constitutivo do direito apenas pode ser comprovado com a colaboração de ambos, restando impossível o efetivo reconhecimento do vínculo nos casos em que o pai simplesmente se nega a realizar o exame de DNA²⁸⁹.

Nesses termos, vê-se que a inversão do ônus probatório visa tornar o direito alcançável, eis que em situações excepcionais manter o regramento padrão acabaria por redundar em injustiças. Ao fim, percebe-se uma clara incidência do princípio da isonomia, de forma que as exigências processuais somente podem persistir até o ponto em que se mostrem praticáveis e não sobrecarreguem em demasia uma das partes, eis que de nada vale possuir um direito sem que se possa prová-lo²⁹⁰. É o que já advertia Cândido Rangel Dinamarco, visto que compartilha do entendimento que: “nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem a ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos”²⁹¹.

Assim, diante de circunstâncias onde a prova se mostra difícil ou mesmo impossível, o princípio do devido processo legal e seus consectários impõem a inversão do *onus probandi*, transferindo a carga probatória à parte que ostenta maior aptidão para demonstrar a sucessão dos eventos²⁹². Seguindo essa linha de pensamento, seguem as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva a inversão do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo”²⁹³

a regra do ônus da prova”. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. In: **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010. p. 136.

²⁸⁹ Nos termos da Súmula 301 do STJ, a negativa paterna em realizar o exame constitui em face dele uma presunção relativa de paternidade, eis seu conteúdo: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

²⁹⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 287.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. VIII. p. 81.

²⁹² MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010. p. 136.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 189.

Diante disso, é capaz de chegarmos a duas conclusões: a) a inversão do ônus probatório se apresenta como uma medida excepcional destinada a equalizar a relação processual, e não como um artifício utilizado para manutenção ou mesmo intensificação de uma posição jurídica de vantagem; e b) ao se inverter a lógica instrutória, deve-se ter em mente que o sujeito contra quem irá recair a medida possui condições reais de demonstrar o fato objeto da deliberação.

Disso decorre que o modelo tradicional vai de encontro à ambas as premissas acima, eis que o Estado constitui inicialmente uma penalidade cujo lastro é tão somente as declarações prestadas pelo agente público, sendo essas circunstâncias mantidas mesmo após a instauração do processo, transferindo para o administrado um encargo probatório excessivo, pois exige que demonstre sua inocência sem que haja uma efetiva comprovação do ilícito administrativo, mas apenas uma afirmação de sua ocorrência. Por outra via, quanto ao segundo aspecto, é corriqueiro na realidade das infrações administrativas que para se desincumbir da penalidade o particular deva provar fato de natureza negativa ou então as chamadas provas diabólicas, que seriam aquelas que se revelam de difícil ou impossível realização²⁹⁴, deixando-o em situação de flagrante estorvo probatório, cujo resultado seria praticamente uma condenação prévia.

Desta feita, é muito mais coerente com a lógica do sistema exigir que a Administração comprove os fatos que constituem a infração, pela simples justificativa que é ela quem possui as informações e o contato imediato com os eventos que lhes serviram de supedâneo para emanação do ato. Este, aliás, é o posicionamento que vem sendo sustentado por parte da doutrina, como pode ser observado, por exemplo, das lições proveniente de Lúcia Valle Figueiredo, para quem: "se a regra de que a prova é de quem alega não fosse invertida, teríamos, muita vez, a determinação feita ao administrado de prova impossível, por exemplo, da inocência da situação de fato"²⁹⁵. Na mesma linha Ferraz e Dallari, eis que embasados no magistério de Daniel Ferreira sustentam que o ônus probatório do ilícito deveria recair: “[...] sobre a Administração, uma vez que a imposição de sanção só é constitucionalmente admitida mediante observância do devido processo legal, aí se incluindo o direito à motivação e decisão fundadas em prova firme”²⁹⁶.

²⁹⁴ Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, seria a prova diabólica uma: “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, sendo nenhum meio de prova capaz de permitir tal demonstração”. In: CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31. p. 12.

²⁹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

²⁹⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 289.

Realmente, é o agente público que possui melhores condições para comprovar os fatos sobre os quais teve contato para emissão do ato, até porque em variadas ocasiões o particular atingido não se encontra no momento de comparecimento da fiscalização, sendo que alguns eventos se modificam ou se desfazem no decorrer do tempo. Assim, nestas circunstâncias não haveria nem como produzir provas para uma futura impugnação. Ademais, sem que seja realizada uma confecção do ato juntamente com o material probatório, os fatos passam a assumir a percepção pessoal do servidor público que o exarou, não existindo nada que possa confirmá-los a não ser as declarações unilaterais do próprio agente público, abrindo espaço para o autoritarismo e desvios de poder.

Do exposto, inverter o ônus probatório em desfavor do administrado apenas reduz seu direito de defesa, visto que deverá desconstituir, mediante demonstração probatória, obrigação concebida unilateralmente, embasada tão somente no que fora declarado pelo agente emissor do ato punitivo. Ao nosso sentir esta realidade, conforme se demonstrou, não só dificulta o exercício da defesa, como em algumas ocasiões a torna praticamente impossível, transmutando-se a presunção de ocorrência do fato em uma certeza inexorável²⁹⁷. Portanto, diante do nítido comando constitucional acerca da observância da ampla defesa aos processos de cunho administrativo, faz-se premente que realinhemos as posturas jurídicas de forma que referido princípio seja respeitado e possa se fazer presente de modo substancial nos processos conduzidos pela Administração Pública.

Contraditório e ampla defesa, como imbricações do princípio do devido processo legal, possuem incidência imediata e constituem balizas de aplicação e interpretação do direito. As condutas administrativas, por certo, não estão imunes a eles, devendo os processos de cunho restritivo de direitos garantir sua máxima incidência, permitindo que a capacidade de tomar conhecimento das circunstâncias fáticas e o exercício do direito de defesa sejam observados em sua faceta mais abrangente. Logo, em respeito ao *due process of law*, a prova dos fatos que resultaram no ilícito administrativo se faz necessária²⁹⁸, eis que a efetividade da atuação estatal

²⁹⁷ Em artigo sobre a temática ora abordada, Adriano Vitalino dos Santos relata que: “Nesse casos, em que é extremamente difícil ou impossível ao administrado comprovar que a motivação que embasou a edição do ato administrativo ocorreu de outro modo, a conclusão a que se chega é que a presunção de legitimidade do ato administrativo transmuda-se de relativa para absoluta”. In: A prova diabólica e sua influência sobre a presunção de legitimidade do ato administrativo. **Revista de Doutrina TRF4**, 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Adriano_dosSantos.html. Acesso em: 16 de dez de 2021.

²⁹⁸ Comungando da mesma postura aqui adotada, Demian Guedes relata que: “Sem a prova efetiva dos fundamentos de fato do ato restritivo de direitos individuais, não se pode falar em devido processo legal, com a necessária observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Se a jurisprudência encontra nesses princípios fundamentos para garantir, no processo administrativo, a produção e o acompanhamento da prova pelo particular - com a sua intimação prévia etc.-, sob pena de nulidade, o que dizer de processo com condenação, mas

não pode desconsiderar o Estado de Direito na qual está inserida, deixando de lado a obediência a princípios processuais fundamentais.

Enfim, tudo o que se expôs até aqui, tem como norte a necessidade de que os processos punitivos que corram no âmbito da Administração não se cominem sanções com base em meras ficções ou aparências de verdade, mas que tenham um lastro probatório, que demonstre e confira um certo grau de certeza no que respeita aos comportamentos estatais. Como já se pronunciava Odete Medauar a respeito do contraditório, o mesmo viabiliza posicionamentos mais ponderados e aderentes à realidade, visto que: “Sob o ângulo técnico, evidencia-se a finalidade instrutória, de busca da verdade, de conhecimento mais preciso dos fatos, de coleta de informações para a decisão correta”²⁹⁹.

Ou seja, o que se espera como resultado da aplicação dos princípios em tela é permitir que o processo produza uma decisão justa, sendo que para isso será necessária uma reconfiguração dos fatos, de modo a viabilizar uma adequada aplicação dos preceitos legais. Sem referida reconfiguração dos pontos factuais controvertidos a verdade se apresentará de forma nebulosa, precária, estando a manifestação estatal sustentada em alicerces frágeis. A esse respeito, sobre a verdade, sua natureza e as implicações processuais que sua busca pode acarretar no âmbito do processo administrativo reservamos o próximo tópico.

3.3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O COMPROMISSO COM A VERDADE MATERIAL: a prova como uma garantia fundamental

Conforme expõe Vitor de Paula Ramos a verdade poderá constituir em dado relevante ou mesmo irrelevante para as interações humanas, visto que na sociedade existem relações cuja essência encontra-se vinculada ao mérito (*merit-based*), ao tempo em que outras formas de relação estão diretamente baseadas no interesse (*interest-based*)³⁰⁰. Para estas últimas, a verdade seria um dado não essencial, eis que o convívio travado independe da veracidade em si dos fatos que lhe servem de lastro. Como exemplifica o autor: “quando alguém manifesta a um amigo vontade de ir ao cinema, a verdade subjacente a essa manifestação não tem qualquer relevância”³⁰¹.

sem prova?”. GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96.

²⁹⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

³⁰⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. vol. 224/2013, p. 41 – 61, Out / 2013. p. 3.

³⁰¹ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. vol. 224/2013, p. 41 – 61, Out / 2013. p. 3.

Por outro lado, relações baseadas no mérito, nestas sim a verdade transparece como um elemento essencial, que será decisivo para traçar os delineamentos e resultados decorrentes do que as pessoas que se encontram neste liame esperam. O precitado autor, para ilustrar, utiliza como exemplo um jogo de futebol no qual a informação se a bola, de fato, ultrapassou a linha entre os travessões e efetivamente realizou o “gol” é uma dado relevante, visto que o resultado da partida dependerá de quem houver concretizado aquele feito por mais vezes.

Assim também é o Direito, uma vez que as condutas humanas, para se conformarem às suas prescrições, precisam guardar uma interrelação direta entre o que a norma prevê e o que de fato ocorrera. Caso o Direito deixasse de lado esse compromisso com a veracidade dos fatos e passasse a ser aplicado de forma aleatória, sem necessariamente guardar uma relação de correspondência entre os preceitos normativos e a realidade a qual se faz alusão, haveria, por assim dizer, uma perda de propósito de sua própria essência, na medida em que a sociedade não mais seria capaz de relacionar suas condutas às determinações legais.

Esse direcionamento pela reconstituição dos fatos, ou melhor dizendo, essa busca pela verdade, afigura-se, portanto, como da natureza mesma do Direito. Desta feita, conforme as palavras de Leonardo Greco: “Se é dos fatos que os direitos se originam, somente a efetiva possibilidade de demonstrá-los é capaz de assegurar o acesso efetivo aos direitos constitucionalmente e legalmente assegurados”³⁰².

No que respeita ao direito administrativo em particular, este supedaneado no interesse público, vigora o princípio processual da verdade material³⁰³, cuja doutrina o reconhece praticamente de forma uníssona. Em contraposição ao que seria a verdade em sua concepção formal, no processo administrativo haveria um compromisso com os: “[...] fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos”³⁰⁴. Nesse sentido, de acordo com os escritos de Ferraz e Dallari:

No processo judicial normalmente se tem entendido que aquilo que não consta nos autos não pode ser considerado pelo juiz, cuja decisão fica adstrita às provas produzidas nos autos; no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.³⁰⁵

³⁰² GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 124.

³⁰³ Com base nas lições de Héctor Escola, Celso Antônio compreende o princípio: “no dever administrativo de realizar o interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 472.

³⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 121.

³⁰⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 171.

Na doutrina estrangeira afiguram-se entendimentos semelhantes, como pode ser observado nos ensinamentos de Roberto Dromi, para quem, nos procedimentos administrativos, o órgão julgador deve ajustar-se aos fatos reais, ainda que não necessariamente apresentados no processo pelas partes, eis que: “*Si la decision administrativa no se ajustar a los hechos materialmente verdaderos su acto estaria viciado*”³⁰⁶. Héctor Escola assim também se pronuncia, compreendendo que do princípio da oficialidade decorre a autorização para que a Administração busque a todo instante, e mediante os meios legais, a comprovação dos fatos tal qual realmente sucederam, não se encontrando adstrito às provas oriundas dos interessados processuais³⁰⁷.

Nesses termos, o que se percebe é um claro compromisso do processo administrativo com o descortinamento da realidade, o que, a princípio³⁰⁸, contrastaria com os processos de natureza judicial, nos quais o julgador estaria mais limitado à verdade apresentada pelas partes através de suas alegações e expedientes probatórios, eis que sua cognição deveria ater-se ao que consta exclusivamente nos autos, não se estimulando uma postura de proatividade instrutória.

Aqui cabe o esclarecimento acerca do que estamos referindo como verdade material, na medida em que não pretendemos supor que o processo administrativo tenha por objetivo desvelar a realidade em sua faceta absoluta – como se isso fosse possível. Isso porque, a chamada “verdade absoluta” estaria diretamente relacionada à essência mesma dos fatos, e não é exatamente esta que se persegue no âmbito processual de uma forma geral. O que se procura, no fim, é uma tentativa da máxima capacidade com a aproximação da verdade³⁰⁹, na medida em que por mais que se pretenda reconstituir os acontecimentos passados, nunca será possível realizar tal tarefa de forma integral.

O que se quer afirmar quando se faz alusão ao princípio processual da verdade material, em contraponto à verdade formal, relaciona-se ao método utilizado como procedimento de investigação sobre os fatos objeto do conflito. Assim, conforme destacava Carnelutti, existem procedimentos nos quais se confere ao julgador uma ampla capacidade de averiguação dos fatos (verdade material), enquanto que em outros momentos o direito limita aludida capacidade,

³⁰⁶ DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo* Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973. p. 510.

³⁰⁷ ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990. p. 1178.

³⁰⁸ Diz-se “a princípio” tendo em vista que no âmbito judicial cada vez mais se estimula a iniciativa instrutória do juiz, notadamente após o novo Código de Processo Civil, o qual ampliou os poderes instrutórios, permitindo que o julgador assumira um maior protagonismo na formação de sua convicção, abandonando aquela posição de um mero espectador da contenda entre as parte. Assumindo essa postura, confira-se: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Justiça e verdade na prestação jurisdicional, segundo o direito processual civil brasileiro. **Revista Trib. Reg. Fed. 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019.

³⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, RT, 2001. p. 46.

sendo que nestas circunstâncias o processo transmuta-se para um expediente formal de determinação da realidade³¹⁰.

Desta feita, não é a verdade absoluta que se pretende alcançar nos trâmites administrativos, mesmo porque existem entraves naturais e jurídicos que não podem ser desconsiderados. No entanto, se é certo que a verdade em sua plenitude jamais será alcançada pelas vias processuais, isso não significa concluir que sua busca esteja comprometida³¹¹, e é justamente esse compromisso que se apercebe como princípio processual no direito administrativo.

Ocorre que, conforme já se disse, o modelo tradicional reputa como presumivelmente verdadeiro o que for afirmado pela Administração, mantendo-se a higidez do ato enquanto não for desconstituída referida presunção mediante prova em contrário. Como bem esclarece a doutrina que assim se posiciona, trata-se de uma presunção relativa, visto que permite à parte contra quem a presunção se dirige - no caso, o administrado - a possibilidade de demonstrar sua não correspondência com a realidade. Neste expediente se percebe uma clara orientação no sentido de se adotar um mecanismo de verdade formal, na qual os fatos estariam sustentados por presunções, não alicerçados em métodos de efetiva demonstração do ilícito administrativo.

As presunções jurídicas, conforme bem elucida Luis Manuel Fonseca Pires, gozam por natureza da ideia de precariedade³¹². Para o autor, presumir significa colocar em prática uma convicção baseada em elementos indiciários, reputando algo como válido ou inválido no que se refere à conformidade ao Direito, bem assim como verdadeiro ou falso quanto aos fatos relacionados, tratando-se de: “uma avaliação provisória sobre determinada coisa ou pessoa porque sujeita à comprovação de sua condição contrária”³¹³.

Desta feita, quando o Direito trabalha com as chamadas presunções, o propósito principal é lidar com ficções jurídicas destinadas a supor que um determinado fato aconteceu, sem que necessariamente existam elementos que confirmem referida ocorrência. Este expediente, como se vê, não nos parece caminhar em harmonia com o princípio da verdade material que vigora sobre os processos de matriz administrativa, na medida em que se assenta

³¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 52.

³¹¹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, RT, 2001. p. 70.

³¹² PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, nº 54, p. 318-335, janeiro/março de 2006. p. 322

³¹³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, nº 54, p. 318-335, janeiro/março de 2006. p. 322

em uma cognição precária da realidade, impondo-se sanções com lastro em verdades presumíveis, porém não efetivamente comprovadas.

A percepção que o agente público detém da realidade, caso não haja nada além de sua palavra, restará abrigada apenas em sua mente, não sendo possível, nesse aspecto, realizar qualquer tipo de controle, seja o proveniente do próprio sujeito contra quem o ato surtiu efeitos, seja pela própria Administração quando assume posição de órgão julgador, embaraçando, inclusive, o exercício do seu poder de autotutela. Neste último caso, a praxe é referendar o que fora afirmado pelo agente emissor do ato, recaindo sobre ele um elevado grau de confiabilidade. Contudo, como já sustentava Jacob Bazarian, no âmbito científico – e aqui, por evidente, incluímos a ciência jurídica – não se pode permitir ilações baseadas na crença e na fé, visto que se faz necessário provar, demonstrar, fundamentar tudo o que se diz³¹⁴.

Portanto, como já se disse linhas acima, as presunções deveriam ser empregadas justamente quando frustradas as tentativas de se alcançar a veracidade dos fatos e em situações excepcionalíssimas nas quais exigir a prova seria o mesmo que negar o acesso ao direito³¹⁵. Havendo a real possibilidade em se demonstrar materialmente o que fora constatado, não vislumbramos justificativas plausíveis que sustentem a desnecessidade probatória, principalmente quando estamos no campo do reconhecimento de comportamentos estatais que irão interferir diretamente na esfera jurídica dos particulares, restringindo o patrimônio ou a liberdade³¹⁶.

Durval Carneiro partilha do mesmo entendimento, visto que entrementes reconhecer a serventia que as presunções e demais mecanismos formais de determinação da verdade conferem ao direito, na medida em que são utilizadas em algumas oportunidades de modo a viabilizar a decisão final e a conseqüente estabilização das relações jurídicas, compreende que este expediente deve ser aplicado com as devidas cautelas³¹⁷. Nesse sentido, sustenta o autor que: “é preciso atentar que o recurso às presunções, sobretudo àquelas previstas em normas gerais e abstratas, apenas se justifica quando os meios de prova sejam impossíveis ou de difícil produção”, concluindo, logo em seguida, que: “Se a busca da verdade material é perfeitamente

³¹⁴ BAZARIAN, Jacob. **O Problema da Verdade. Teoria do Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. p. 137-138.

³¹⁵ FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 80.

³¹⁶ Nos dizeres de Leonardo Greco: “A Administração Pública, mais do que qualquer outro sujeito de direito, tem o dever de colaborar lealmente na busca da verdade, pois o Estado não tem interesse em punir inocentes ou arrecadar tributos sobre fatos inexistentes”. In: GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. p. 140.

³¹⁷ CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de Legitimidade: Sem sempre é como diz o guarda da esquina. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil. p. 6.

possível em determinadas situações fáticas, através de meios razoavelmente disponíveis para a investigação da realidade, não há porque lançar mão de presunções”³¹⁸.

No fim, a questão se delinea entre as provas e a exigência do Direito em perseguir a verdade dos fatos. Presumir verdades e restringir direitos a partir delas nos parece muito frágil como técnica de decisão. Com isso, notadamente em termos de legitimação no exercício do poder, a prova deve apresentar-se como regra, visto ser, por excelência, a ferramenta utilizada pelo sistema jurídico no sentido de permitir que os fatos suscitados sejam reconstituídos de uma forma racional e objetiva, fornecendo o lastro material necessário às declarações emanadas pelos sujeitos estatais. É mediante a efetiva comprovação que o processo administrativo se adequará ao princípio da verdade material, afastando-se de uma: “concepção formal de verdade que fundamenta a validade da decisão exclusivamente na condição de autoridade do agente fiscalizador – caracterizando, assim, hipótese de inaceitável autolegitimação”³¹⁹.

3.4 ESTADO-ACUSADOR FRENTE AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Conforme demonstrado no segundo capítulo, o devido processo legal possui duas dimensões diante das quais pode ser vislumbrado, ou seja, sua aplicabilidade pode se dar sob um prisma formal, o qual recai sobre aspectos das garantias do trâmite processual, bem como é possível que se extraia uma maior amplitude, incorporando contornos de cunho substancial, de modo a analisar a adequação procedimental para além do formalismo legal, confrontando-o com os demais princípios basilares que se encontram presentes no sistema jurídico.

Sendo assim, reservamos o presente tópico para nos defrontarmos com alguns dos princípios que regem as relações administrativas e que podem espraiar seus efeitos também sobre o campo processual, tendo como pano de fundo, por evidente, a análise acerca do atributo da presunção de veracidade e o efeito da inversão do ônus da prova que o mesmo encerra.

3.4.1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A VISIBILIDADE DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS

Já se disse linhas atrás, mais especificamente no primeiro capítulo, que o processo é um consectário basilar do Estado Democrático de Direito, visto que confere legitimidade às decisões administrativas, permitindo uma ampla e dialógica participação dos administrados na

³¹⁸ CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de Legitimidade: Sem sempre é como diz o guarda da esquina. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil. p. 6-7.

³¹⁹ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 125.

formação de vontade da Administração, bem como estabelece parâmetros de comportamento previamente determinados pela ordem jurídica, determinando a forma pela qual deverá ser observada pelo poder público no sentido de colocar em prática sua atuação perante a sociedade.

Nesse sentido, vê-se não só a importância, mas acima de tudo a essencialidade que o processo encerra frente ao modelo político adotado pela vigente ordem constitucional. No mesmo caminho se insere o princípio da publicidade, eis que se apresenta como peça-chave do regime jurídico democrático, transparecendo não somente como uma consequência deste, mas também como um elemento garantidor de sua própria existência³²⁰. Isso porque, conforme já nos advertia Bobbio: “o poder tem uma irresistível tendência a esconder-se”³²¹. Sendo assim, é justamente através da publicidade do atuar estatal que se torna possível chegar ao conhecimento dos cidadãos os passos que estão sendo dados pelos governantes e agente públicos, propiciando, em última instância, a fiscalização e controle de seu agir.

Assim, não se exige a publicidade unicamente como forma de levar ao conhecimento geral os atos praticados pelo Estado. Se a isso estivesse limitado, o princípio se resumiria em uma cláusula meramente informativa, de autopromoção. Evidentemente que este não fora o intento do constituinte de 1988 quando a previu no caput do art. 37. Ali, claramente, se quis favorecer um controle abrangente por parte da coletividade, tornando como regra a ampla publicidade e transparência da atuação Administrativa³²²,

Nos termos das lições de Bruno Miragem, sob um viés administrativo, a publicidade poderá ser identificada em três grandes eixos de significado, sendo um primeiro a divulgação mesma das atividades estatais, tornando público suas ações e resultados, permitindo que os cidadãos estejam informados acerca do desempenho governamental. Além disso, o princípio também abrange o acesso a documentos e informações que estão de posse da Administração, de forma que se tenha conhecimento dos dados públicos, sejam de interesse geral ou pessoal. Por fim, aparece a publicidade como condição de validade e eficácia dos atos administrativos, eis que a manifestação de vontade estatal somente adquire validade e aptidão para produzir efeitos quando externada à sociedade mediante os meios oficiais³²³.

³²⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 167.

³²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política** – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. (Michelangelo Bovero org.). (tradução de Daniela Baccaccia Versiani). Rio de Janeiro: Campus; 2000. p. 387.

³²² MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 93.

³²³ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 7694.

Nesse último aspecto, conforme esclarece o autor, o princípio se fundamenta em duas finalidades específicas, que seria a de permitir o conhecimento dos destinatários do ato acerca de sua existência e conteúdo, como também, por consequência, viabilizar o controle do mesmo³²⁴. Desta feita, Bruno Miragem ressalta a importância de se compreender a publicidade como um comando que transcende a mera formalidade de se exteriorizar a vontade administrativa, visto que a partir do ato deverá ser possível identificar todos os seus elementos essenciais, tornando translúcida a atividade do poder público³²⁵.

E não poderia ser diferente, visto que o controle somente será capaz de ser colocado em prática de forma minimamente satisfatória caso se tenha conhecimento acerca de todas as nuances que englobam o agir administrativo. Qualquer componente que seja ocultado poderá ser decisivo para a adequada verificação de validade do ato, comprometendo, por assim dizer, a própria legitimidade quanto à atuação da Administração Pública, eis que praticada sem os tons de visibilidade que o Direito reclama. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto partilha do seguinte ensinamento:

(...) no Direito Público, e no Direito Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental e condição indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência de seus atos, ou, como mais adequadamente expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, poderem ser exercidas as várias formas de controle nela previstos.³²⁶

Portanto, a publicidade advém, em última análise, da necessidade de se franquear o controle. E para que esse controle possa ser exercido de uma forma ampla, afigura-se fundamental que as informações prestadas sejam claras, possibilitando que quem venha a tomar conhecimento possa compreender o que está sendo repassado, e que os dados fornecidos constem em sua mais extensa plenitude. Daí é que a doutrina indica como uma das facetas do princípio em comento a transparência processual, que se traduz em algo muito além da simples divulgação, abrangendo a compreensão do que está sendo disponibilizado³²⁷.

Diante disso, percebemos que o princípio da publicidade adquire corpo e intensidade quando revelado sob a dimensão da transparência, de modo a permitir: “que os cidadãos exerçam seus direitos e controlem as práticas estatais, sobretudo no intuito de coibir abusos e

³²⁴ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 7729.

³²⁵ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 7729.

³²⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar; 2006. p. 278.

³²⁷ GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 91.

ilegalidades”³²⁸. Como assinala José dos Santos Carvalho Filho, para que se alcance o objetivo último de se propiciar o conhecimento dos administrados acerca dos atos estatais, a atividade da Administração deverá guiar-se de modo transparente: “sem subterfúgios, omissões ou artifícios ardilosos”³²⁹.

Assim, considerando a necessidade de uma atuação pública e transparente por parte da Administração, o processo administrativo se apresenta como peça fundamental, eis que representa um dos meios pelos quais a publicidade é garantida³³⁰. Na medida em que o iter processual demonstra e registra os passos pelos quais o comportamento administrativo percorreu, não restam dúvidas quanto à sua capacidade em transparecer a atividade estatal.

Esse mesmo processo, contudo, deve ser dotado de ampla visibilidade. E a razão é simples: uma vez que todo agir administrativo tem no processo a sua forma basilar de corporificação, a transparência deste garante a da própria Administração³³¹. Logo, um processo público e transparente mostra-se como uma exigência lógica, visto que do contrário o princípio em comento restaria esvaziado em sua efetividade, eis que de nada adiantaria o registro processual caso o mesmo permanecesse sob a posse exclusiva do Estado, inacessível aos particulares.

Esta última observação também se aplica ao atributo da presunção de veracidade que milita em favor dos atos administrativos, visto que ao se ter como regra a inversão do ônus da prova em desfavor do administrado, exige-se que ele se insurja contra um fato que não se encontra objetivamente demonstrado, restando a constatação de sua ocorrência tão somente no âmbito de consciência do agente responsável por sua emissão. Com isso, o fato em si não adquire a visibilidade necessária, o que acaba por comprometer o controle.

Aqui a publicidade resta claramente prejudicada, porquanto o que se encontra visível são as declarações do agente e não a exteriorização objetiva do fato. Não há como verificar a veracidade do ocorrido, mas tão somente corroborar com o que fora revelado pela Administração. Neste modelo um elemento fundamental do processo (a prova) permanece

³²⁸ MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. *In*: NETO, Eurico Bitencourt; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 94.

³²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69.

³³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.

³³¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 163.

oculto, abrigando-se a versão do fato no sigilo que cerca a mente de quem o constituiu, circunstância que pode vir a se mostrar: “como esconderijo perfeito para o arbítrio”³³².

A publicidade, em nosso sentir, reclama que seja público não só o resultado final da ação administrativa, mas acima de tudo os caminhos utilizados para se chegar a ela, sendo a comprovação dos fatos um elemento crucial nesse transcurso de exposição da vontade estatal. Sem ela, tanto o particular quanto o Estado deverão controlar algo que não se conhece efetivamente, mas apenas se ouviu falar, concedendo-se uma robusta carga de autoridade às palavras do agente público que não mais possui acolhida em regimes republicanos como o que se encontra desenhado em nosso sistema jurídico³³³.

Portanto, entendemos que diante do princípio da publicidade, o qual inegavelmente se aplica às relações administrativas, o atributo da presunção de veracidade dos atos da Administração aliada à inversão do ônus da prova não possui guarida em nosso regime constitucional, uma vez que tem como diretriz desincumbir o Estado de demonstrar de forma objetiva os fatos nos quais se embasaram comportamentos restritivos de direitos. Em um regime que se pretende democrático, a publicidade transparece como regra, sendo necessário que se torne compreensível e visível os meios utilizados para constrição de liberdades, notadamente em face do sujeito diretamente afetado pela medida³³⁴, manifestando-se a prova como uma garantia jurídica essencial.

3.4.2 PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA: A exigência de uma demonstração objetiva dos fatos

A Constituição vigente consagrou expressamente o princípio da impessoalidade no *caput* do art. 37, sendo aliás uma novidade advinda mediante sua promulgação na medida em que as Cartas anteriores não traziam referido princípio no corpo de seu texto. Di Pietro leciona que referido princípio obteve de imediato duas concepções bem singulares, sendo uma voltada para a Administração e outra com olhares para sua relação com os administrados. No primeiro sentido, parte da doutrina enxergava no princípio um efeito prático de compreender que as ações provenientes dos agentes públicos deveriam refletir no órgão ou entidade do qual fazem parte,

³³² GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 110.

³³³ Assim também se posiciona Leonardo Greco, para quem: “não é mais aceitável que os fundamentos da atuação administrativa sejam objeto de apreensão psicológica exclusiva do agente imbuído do dever de fiscalização, sem contar com uma exteriorização probatória objetiva”. In: Greco, Leonardo. **As garantias Fundamentais do Processo na Execução Fiscal. Execução civil (aspectos polêmicos)**. Coord.: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha. São Paulo: Dialética, 2005. p. 257.

³³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102.

eis que o comportamento daqueles se materializa em nome da Administração, estando sob o exercício de função pública. De outra banda, havia aqueles que compreendiam no postulado da impessoalidade o direcionamento para uma Administração sem favoritismos, incapaz de: “atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”³³⁵.

Esta última acepção é a que mais interessa ao presente trabalho, visto seu foco recair sobre a necessidade de tratamento igualitário entre os administrados. Aliás, no que respeita ao princípio da isonomia, Celso Antônio entende que a impessoalidade nada mais é que sua representação, uma vez que transmite a ideia de intolerância a favoritismos ou perseguições perante os particulares³³⁶.

Em verdade, quando nos referimos ao princípio da isonomia não se está dizendo que o Estado deva tratar a todos – indistintamente – de forma idêntica, mas sim buscar equalizar as relações de modo que se possa alcançar uma certa paridade material. Logo, não se quer com o princípio da impessoalidade que a Administração deixe de realizar diferenciações, mas decorre do mesmo que sua atuação será antijurídica quando fundada em critérios irrazoáveis ou não estiverem objetivamente autorizados pela normatização correlata³³⁷.

No mais, uma vez que o princípio acima nos remete à obrigatoriedade de uma certa neutralidade³³⁸ por parte da Administração, sua imparcialidade somente poderá ser objetivamente aferida na medida em que seja possível o efetivo conhecimento das razões subjacentes ao comportamento administrativo. Neste ponto decorre o princípio da motivação, cujo doutrina clássica o define como sendo a necessária exposição dos motivos de fato (pressupostos fáticos) e de direito (pressupostos jurídicos) que serviram de base para expedição do ato ou decisão da Administração³³⁹.

Inobstante sua ausência no *caput* do art. 37, referido princípio é amplamente reconhecido pela doutrina³⁴⁰ e jurisprudência³⁴¹ como basilar na dogmática do direito

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 71.

³³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102.

³³⁷ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 8286.

³³⁸ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 182.

³³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 110.

³⁴⁰ Conforme expõe Odete Medauar: “A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto legal, não elide, contudo, a exigência de motivar nas atuações administrativas processualizadas, visto configurar decorrência necessária da garantia do contraditório.” In: MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 111.

³⁴¹ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). PROPAGANDA DE MEDICAMENTO. PROIBIÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO

administrativo. Além disso, a Lei nº 9.784/99 é expressa em seu art. 2º, parágrafo único, inciso “VII”, determinando que nos processos administrativos deverá ser observada a: “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;”. Semelhante prescrição consta no art. 50 do mesmo diploma legal, elencando situações onde se exige a motivação na expedição dos atos administrativos, dentre as quais estão os atos que imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

Nesse passo, é através do dever de motivação que se poderá ter contato com os elementos de fato e de direito que embasaram a conduta do agente público, e, via de consequência, aferir se sua atuação não se deu de forma a desviar da persecução do interesse público. Em termos mais específicos, o princípio em comento se justifica por se tratar de uma formalidade indispensável que viabiliza o controle de legalidade dos atos administrativos³⁴², impedindo desvios e abusos de poder. Nas palavras de Diego Zegarra Valdivia, o autor bem sintetiza a essência do princípio ao reconhecer que: “*se presenta hoy como principio unificador de una serie de preceptos constitucionales que tienen en común la exigencia de justificación de los actos de los poderes públicos*”³⁴³.

Assim, na medida em que se pretende uma atuação impessoal por parte do Poder público, esta, na realidade de um Estado de Direito, precisa ser controlável, transparecendo a motivação como componente essencial deste mister.

Isto posto, calha aqui atentarmos que a atividade fiscalizatória e sancionatória do Estado é por excelência discriminatória, no sentido em que irá conferir um tratamento diferenciado para um determinado setor ou situação. Nem todos os cidadãos serão abrangidos pelas mais variadas práticas fiscalizatórias, sendo que as sanções e encargos recairão somente sobre uma parcela dos particulares. Aliás, sobre o mesmo setor ou situação a conduta estatal também poderá assumir variadas vertentes, eis que existirão diferentes formas de penalidades ou restrições (ou mesmo sua ausência), assim como variados níveis de gradação das sanções impostas.

CARENTE DE MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MOTIVAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, DESPROVIDAS. 1. (...) 2. **O ato administrativo, para sua validade, deve apresentar motivação como elemento primário e essencial. Ausente a motivação quando de sua produção, está contaminado por vício e autoriza o controle pelo Poder Judiciário para invalidá-lo.** 3. Apelação e remessa oficial, desprovidas. Sentença confirmada. (AC 0020299-37.2008.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 04/12/2018 PAG.)

³⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 82.

³⁴³ VALDIVIA, Diego Zegarra. *La motivación como elemento esencial del acto administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 154.

Desta feita, é essencial que haja a possibilidade de controle, de modo a verificar a inexistência de voluntarismos ou mesmo equívocos por quem fora o responsável pela aplicação da Lei. Sendo assim, compreendemos que o dever de motivação deve ser atualmente interpretado não somente como a necessidade de descrição dos fatos que ensejaram o ato, mas sua correlata demonstração objetiva através da instrução probatória. Isso porque, como bem adverte Marçal Justen Filho, o motivo que embasa o ato administrativo consiste na representação mental do agente público, o qual tem como causa jurídica de sua decisão a conjugação intelectual dos fatos e direito que entende aplicável. Assim, em sua visão, a motivação como meio de formalização não se confunde com o motivo, eis que este: “integra a vontade do agente estatal. Não se trata de algo externo a ele, dotado de existência própria”³⁴⁴.

Portanto, ainda alicerçado nas lições do precitado autor, podem existir situações nas quais uma sanção seja aplicada de forma indevida: “não porque os fatos estejam "errados", mas porque a representação mental sobre eles é equivocada”³⁴⁵. É o denominado “erro de fato”, cuja ocorrência se apresenta quando o ato administrativo decorre de uma falsa percepção da realidade, estando baseada a conduta da Administração em fato inexistente ou diverso daquele constante da motivação. Aqui não há intento em descumprir a Lei, mesmo porque o agente acredita que aquela situação por ele utilizada como fundamento realmente sucedera.

Logo, para além dos episódios nos quais há um evidente propósito de constituir penalidades por razões de perseguições ou favoritismos, há de trabalharmos com a possibilidade – ou mesmo, probabilidade – de erros a serem cometidos pelos agentes públicos. Em ambos os casos a instrução probatória se justifica como imprescindível. Do contrário, como saber se os motivos de fato são realmente aqueles declarados por quem os exarou? No primeiro cenário, uma vez que o agente busca fins obtusos, por evidente que não irá deixar transparecer os reais propósitos que motivaram sua conduta, alocando em sua motivação fatos que transmitam um verniz de legalidade. Por outro lado, na segunda situação, o agente conserva piamente a crença na retidão de sua conduta, restando à Administração referendá-la como um dogma praticamente inabalável.

Nesse sentido, no que pertine à concepção clássica de inversão do ônus da prova em face da impugnação dos fatos administrativos, caberia ao particular encontrar meios que de algum modo fossem capazes de desconstituir os fatos apostos na motivação, sendo que o

³⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 10975-10982.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 10982.

insucesso teria como efeito a manutenção de penalidade com base nas declarações do próprio órgão que tem como incumbência sua aplicação. Esta situação nos parece mitigar o princípio da impessoalidade, na medida em que não será possível apreciar de forma concreta as efetivas razões que foram utilizadas para a tomada de decisão, sendo que neste caso em particular: “a punição ou não do administrado passa a se confundir com a idoneidade da palavra do servidor”³⁴⁶.

Desta feita, uma vez que os atos administrativos sancionatórios integrarão necessariamente processos, nos parece que uma interpretação consentânea com o direito ao contraditório – ou paridade de armas – demanda que os fatos constitutivos do ilícito sejam materialmente demonstrados pela Administração. Uma indicação dos motivos em que reste apenas a declaração dos acontecimentos, sem a respectiva comprovação, torna a futura decisão nitidamente pessoal, eis que o órgão que reconhece a transgressão é o mesmo que julga e delibera, sendo as palavras do agente não apenas um argumento, mas servindo como lastro da própria manutenção da sanção. Assim, sobre essas circunstâncias Lúcia Valle Figueiredo prenuncia-se da seguinte forma:

Na verdade, quando os atos emanados forem decorrentes de infrações administrativas ou disciplinares não há como não se exigir da Administração a prova contundente da existência dos pressupostos fáticos para o ato emanado. Para isso, a motivação do ato é de capital importância.³⁴⁷

Portanto, compreendemos que, visando sua máxima efetividade, a via mais adequada para concretização do princípio da impessoalidade seria mediante a interpretação na qual, ao exercer a motivação do ato administrativo, os pressupostos de fato não se restrinjam apenas à mera declaração, mas que estejam acompanhados da correspondente instrução probatória, como modo de conformação com o conteúdo substancial do devido processo legal e afastando a inconveniência de subjetivismos que não se mostram apropriados em um modelo de Estado que se pretende de Direito.

3.4.3 O PODER-DEVER DE AUTOTUTELA E A NECESSIDADE DE UM PROVIMENTO LEGÍTIMO

A doutrina costuma se referir à autotutela como um dos princípios que regem a realidade do direito administrativo³⁴⁸, visto a possibilidade de seu exercício em praticamente todas as

³⁴⁶ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 129.

³⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

³⁴⁸ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1979. p. 633.

atuações da Administração Pública. Trata-se, em verdade, de um princípio implícito, cuja decorrência direta origina-se do princípio expresso da legalidade, o qual, conforme cediço, determina que os comportamentos administrativos estejam amparados pelo que consta nas prescrições legais, somente podendo agir consoante o legalmente previsto e nos limites estipulados pela normatização de regência.

Desta feita, uma vez que cabe ao Poder Público a fiel observância da lei, seu constante controle apresenta-se como um imperativo, traduzido aqui no poder de autotutela³⁴⁹, que nada mais significa que a possibilidade de revisão, pela Administração, de seus próprios atos, seja no aspecto relacionado à legalidade, seja, inclusive, no que respeita ao próprio mérito³⁵⁰. Ou seja, ainda que o comportamento administrativo já tenha sido formalizado em um ato jurídico, este poderá ser posteriormente reavaliado pelo próprio ente que o exarou, sendo possível sua anulação sem que necessariamente haja uma provocação exterior, surtindo os efeitos daí decorrentes. Em nossos tribunais, aliás, a matéria é pacífica, havendo o STF estabelecido, através da súmula 473, que:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, dada a proeminência e consolidação de referido princípio, o mesmo fora expressamente positivado através da Lei nº 9.784/99, cujo art. 53 estabelece que: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Portanto, há em nosso sistema jurídico um direcionamento que autoriza a Administração decretar a invalidade de seus próprios atos quando exarados em desconformidade com a Lei. Referida autorização, no entanto, não pode ser vislumbrada como um permissivo que conferisse uma capacidade em manter atos ilegais, por livre conveniência – notadamente aqueles que são restritivos de direitos dos administrados³⁵¹. Pelo contrário, uma vez identificada uma

³⁴⁹ Conforme definição de João Antunes dos Santos Neto: “Podendo executar seus atos e decisões de ofício, ocorre, via de consequência, que a Administração também pode rever aqueles mesmos atos e decisões que colocou no mundo jurídico de forma unilateral e independente, de modo a melhor atender ao princípio da legalidade e ao interesse público. É o que se convencionou chamar de autotutela - princípio que permite que a Administração exerça, ela própria, o controle de seus próprios atos”. In: **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.138.

³⁵⁰ De acordo com o magistério de Di Pietro: “Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 73.

³⁵¹ Aqui não adentraremos na questão relacionada ao princípio da proteção da confiança, o qual relativiza o dever geral de anulação em situações específicas. Conforme atesta Bruno Miragem: “A questão sensível diz respeito às

injuridicidade, esta demanda imediata revisão³⁵². É por conduto desta circunstância que a doutrina costuma se referir a um “poder-dever” de autotutela da Administração³⁵³, no sentido de que controlar e aplicar as correções necessárias não é somente uma prerrogativa, mas também uma obrigação jurídica que deve ser observada³⁵⁴.

Com isso, uma vez que o Estado-administrador esteja diante de ilegalidades praticadas por seus agentes no exercício das mais variadas funções, torna-se um dever jurídico que o ato seja prontamente revisto, devolvendo-lhe a condição de validade, medida esta que pode ser materializada quer por meio da convalidação, quer mediante a própria declaração de nulidade da conduta administrativa. A verificação de validade, desta feita, opera-se de ofício, não havendo necessidade de haver uma provocação por parte do interessado como sucede no âmbito judicial.

Assim, durante a apreciação de uma defesa administrativa, o agente que estará à frente da análise processual tem por dever jurídico não somente se debruçar sobre os pontos apresentados pelo administrado ou terceiros interessados como matéria contestada, mas ao mesmo tempo verificar a pertinência e validade, em sua totalidade, dos atos exarados pela Administração, averiguando se foram respeitadas todos os pressupostos normativos e materiais que deveriam compor o enquadramento jurídico da conduta administrativa.

Outrossim, do que se percebe, o exercício do poder-dever de autotutela estará inserido, por certo, em um processo administrativo, no qual deverão estar presentes todos aqueles princípios que o informam, mormente o princípio macro do devido processo legal³⁵⁵. Desta

invalidades contidas em atos administrativos nulos. Neste caso, o princípio da proteção da confiança opera em três sentidos: a) a relativização do poder-dever da Administração de anular seus próprios atos (ponderação entre a autotutela administrativa e a segurança jurídica); b) a preservação dos efeitos obtidos pelo beneficiário de boa-fé que não tenha dado participado da invalidade do ato; e c) a limitação temporal para o exercício do direito de anulação do ato”. In: MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 6284 a 6293.

³⁵² Como bem esclarece Marçal Justen Filho: “Verificando a existência de um defeito (ilegalidade ou inconveniência) na atividade administrativa, surgirá o dever de o órgão de controle propor a solução a ser adotada. Portanto, a adoção de providências para corrigir os defeitos não é discricionária. A autoridade investida na competência de controle está juridicamente constrangida não apenas a desencadear a atividade de fiscalização. Também lhe incumbe, de modo inafastável, promover as providências cabíveis em face de eventuais irregularidades. A omissão ou a recusa em o fazer configurará infração a deveres funcionais, senão atuação criminosa.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle. Posição 31777.

³⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 802.

³⁵⁴ Confira-se trecho de decisão do STJ que bem ilustra o que foi dito: "(...) 5. É certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99”. (MS nº 16.141, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira. Julg. 25.5.2011. DJ, 2 jun. 2011).

³⁵⁵ Inclusive, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário, a Ministra Cármen Lúcia sugeriu a reformulação da Súmula 473 do STF, no sentido de acrescentar a seguinte expressão: “garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial”. (RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.9.2011).

feita, conforme visto acima, a verdade material integra a realidade processual administrativa, direcionando as análises acerca dos fatos no sentido de perseguir o que realmente ocorrera, não sendo a regra conformar-se com as declarações prestadas, incluídas aí as provenientes da própria Administração. Logo, quando o agente público se depara com a incumbência de examinar os aspectos de conformidade jurídica de um ato administrativo, o mesmo pode questionar as declarações prestadas pelo próprio Estado, cujo objetivo é apurar a adequação dos motivos de fato e de direito que embasaram a expedição do ato.

Nesta altura já podemos perceber que para um regular e amplo exercício da autotutela a demonstração material dos fatos se mostra como um imperativo. Isso porque, na medida em que os fatos compõem a configuração do comportamento administrativo, o controle daqueles somente pode ser efetivado mediante os elementos probatórios correlatos. Se um agente declara que uma determinada circunstância gerou uma infração, como seria possível verificar sua correspondência sem que exista um material instrutório correspondente? Neste caso, ante a ausência de provas, o que teríamos seria o Estado corroborando suas próprias afirmações.

Portanto, compreendemos que diante do exercício da autotutela, a fim de que a mesma possa se desenvolver de maneira regular e legítima, necessário que os fatos subjacentes ao ato administrativo estejam formalmente registrados, em especial quando estamos diante de condutas que irão interferir diretamente na liberdade ou patrimônio dos administrados. Isso porque o controle não se limita às formalidades extrínsecas da atuação administrativa, mas envolve todas as suas particularidades, albergando também as circunstâncias que autorizaram sua materialização. Aqui calha transcrever as lições evidenciadas por Durval Carneiro Neto, para quem: “Hoje não basta perquirir sobre as espécies e os efeitos dos atos administrativos a partir de uma perspectiva futura (para frente), sendo fundamental examiná-los com os olhos voltados para trás, isto é, com atenção especial ao contexto de sua formação”³⁵⁶.

Nos termos já analisados, os motivos de fato, aqueles que correspondem às condições materiais que ensejaram a emanção do ato pela Administração devem, necessariamente, guardar pertinência com a realidade na qual se referem. E essa verificação de pertinência, sob a lógica jurídico-processual, somente pode ser devidamente colocada em prática através dos instrumentos probatórios.

³⁵⁶ CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: Um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. Orientador: Prof. Dr. Edivaldo Boaventura. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público da UFBA-BA. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/21809>. Acesso em: 15 dez. 2021. p. 232.

Ademais, ainda que não haja impedimentos para que o próprio agente prolator do ato realize eventuais correções sob o aspecto da validade, o controle é na maioria dos casos exercido por um superior hierárquico ou um outro servidor designado que não fora o responsável por sua confecção, ou seja, pessoas estranhas à emanção do ato. Nesse sentido, a atividade revisional somente poderá ser efetivamente desempenhada caso se tenha acesso aos substratos probatórios que confirmam o ocorrido narrado na manifestação da autoridade pública cujo comportamento está sob apreciação. Sem o contato com as provas, o controle se apresenta de forma mitigada, eis que não será possível averiguar a autenticidade do suporte fático, mas apenas creditar tons de veracidade às palavras do agente que o noticiou.

Assim, o Estado simplesmente referendar o que fora por ele mesmo exposto, sem que haja algo que lhe confira evidência material, nos parece um expediente que ainda remonta aos comportamentos de um Leviatã sem amarras, cuja formatação dos poderes era voltada unicamente para permitir sua viabilização. Desta feita, para Cármen Lúcia, sob o manto da atual realidade democrática, o processo administrativo apresenta-se como: “[...] uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, à medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas”³⁵⁷. Concluindo que: “Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e prática do exercício do poder em determinado Estado”³⁵⁸.

Em suma, no contexto jurídico-sistêmico de um Estado democrático, no qual a Administração deve assumir e fazer valer na prática referidos valores, o processo não pode mais ser conduzido como uma mera formalidade cuja finalidade seja simplesmente conferir ares de aparência de legitimidade. O comportamento administrativo deve espelhar as garantias constitucionais³⁵⁹, permitindo que o desenrolar processual possa transparecer de forma nítida e controlável, inclusive para a própria Administração, que detém um dever jurídico em zelar pela escorreita atuação de seus agentes.

³⁵⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 192.

³⁵⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. P. 192.

³⁵⁹ Nas palavras do professor Daniel Cardozo de Moraes: “Ocorre que, muito embora o caráter formal da legitimação tenha sua importância, principalmente pela afirmação do processo democrático, a atual quadra do constitucionalismo impõe a efetivação de sua vertente material para a concretização do valores constitucionais que são imprescindíveis à legitimação da atuação administrativa. É sobre este fundamento que a atuação administrativa se torna legítima. Será pela concretização material da finalidade Administrativa, comprovada pela tutela dos direitos fundamentais, que revestirá sua atuação de legitimidade, pois esta tutela se mostra como o princípio e o fim da atuação administrativa em Estado Democrático de Direito”. In: MORAES, Daniel Cardozo de. O impacto do princípio democrático na legitimidade da atuação administrativa. **Verdictum Cadernos de Direito da Fash**, nº 2, 2014 – ISSN 1983-6236. p. 191.

Isto posto, na medida em que o princípio da autotutela se manifesta como um dever da Administração em avaliar a pertinência legal de seus próprios atos, este controle tão só se revestirá de plena efetividade, e conseqüente legitimidade, a partir do momento em que se possa realizar uma análise de conformação entre o que fora exposto formalmente com o que de fato ocorrera, nisso se exigindo o substrato probatório. Logo, sob uma perspectiva do devido processo legal substancial, compreendemos que a autotutela se expressará de forma legítima, conferindo um provimento devido, desde o instante que o Estado não se restrinja a suscitar de forma genérica a presunção de veracidade de suas próprias declarações, visto que: “se a Administração somente pode agir nas situações em que a lei lhe autoriza, tais situações devem ser de alguma forma por ela demonstradas”³⁶⁰.

3.4.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL AO *IUS PUNIENDI*

Matéria que certamente não pode fugir da apreciação deste trabalho diz respeito à questão que gira em torno do princípio da presunção de inocência que incide quando do exercício do *ius puniendi* estatal, visto que, conforme já atentava Fábio Medina Osório, existe uma verdadeira tensão que orbita entre referido postulado e o atribuído da presunção de veracidade dos atos administrativos que recai em desfavor dos acusados³⁶¹.

De início, há de salientar que em nosso ordenamento somente há previsão expressa acerca do princípio da presunção de inocência sob matéria de cunho penal. Assim se vislumbra da dicção do inciso LVII, art. 5º da Constituição de 88, o qual prescreve que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como se percebe, o dispositivo faz referência a processos de natureza criminal, cujo trâmite se desenrola nos limites jurisdicionais. No entanto, robusta parcela da doutrina nacional, bem como jurisprudência dos Tribunais superiores, entende que aludido princípio tem como objetivo último o guarnecimento dos acusados de uma forma geral, aplicando-se também aos processos administrativos de matriz sancionatória.

Nesse sentido se manifesta o autor supracitado, eis que reconhece a presunção de inocência como: “uma garantia genérica da pessoa humana, estendida aos acusados em geral, a

³⁶⁰ CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: Um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. Orientador: Prof. Dr. Edivaldo Boaventura. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público da UFBA-BA. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/21809>. Acesso em: 15 dez. 2021. p. 235.

³⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 416.

partir de um estatuto jurídico de liberdade outorgado originariamente aos cidadãos e às pessoas que transitam ou estão debaixo do império de um Estado Democrático de Direito”³⁶². Seguindo a mesma linha de pensamento, Alexandre dos Santos Aragão compreende que o princípio é uma decorrência lógica do devido processo legal, estendendo-se aos processos administrativos que possam ter como resultado a aplicação de sanções aos particulares³⁶³. Guilherme Favaro Corvo Ribas do mesmo modo compreende que a presunção de inocência aplicada à esfera penal originou-se de uma conjugação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, os quais – conforme já restou demonstrado – incidem por completo sobre a relações administrativas, notadamente as restritivas de direitos, havendo, com isso, uma perfeita aplicabilidade sobre estas últimas³⁶⁴.

Em semelhante direção parece caminhar os ordenamentos internacionais, reconhecendo a presunção de não-culpabilidade aos processos que tramitam sob a seara administrativa, como pode ser observado, por exemplo, na doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, cuja compreensão direciona-se no sentido de um reconhecimento amplo acerca da incidência do princípio sob o âmbito do direito administrativo³⁶⁵.

Desta feita, mais do que assente o princípio em tela sob os contornos do direito administrativo sancionador, resta averiguar sua pertinência frente ao atributo da presunção de veracidade, eis que aquele tem como um de seus traços mais marcantes a repercussão quanto à produção probatória³⁶⁶. E não poderia ser diferente, uma vez que dentre os efeitos colimados pela presunção de inocência está a consagração do ônus probatório recair sobre quem acusa³⁶⁷. Ou seja, o órgão acusatório deverá demonstrar através de provas a materialidade e autoria do ilícito ao qual se faz alusão, devendo eventual insuficiência instrutória impedir que se aplique as sanções pretendidas.

³⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 408.

³⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 79-80.

³⁶⁴ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010. p. 181.

³⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 179.

³⁶⁶ MENEZES, Renata Saad. A presunção de legitimidade e veracidade da administração pública à luz da presunção de inocência no processo sancionador. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 218.

³⁶⁷ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010. p. 181.

Diante disso, a questão gravita em torno de se entender como um expediente probatório suficiente as declarações emanadas pela Administração, de forma a constituir o pressuposto fático do ilícito. Fábio Medina Osório assume posicionamento que parece prestigiar, em certa medida, as afirmações consignados pelos sujeitos atuantes sob competência administrativa, eis que reconhece às declarações dos agentes públicos um “*status* de meios de prova”, visto que, em sua visão, não se pode atribuir àquelas declarações natureza de mera denúncia³⁶⁸. Em suas conclusões, inobstante alertar para o teor não absoluto da presunção de veracidade que cerca os atos administrativos, bem como da necessidade de observância do exercício da ampla defesa, sustenta que aludidas presunções em prol do agir administrativo gozam de certa importância, inexistindo “[...] um rol fechado ou exaustivo dessas provas, (...) não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos”, restando ao acusado: “[...] produzir uma contraprova, uma prova defensiva que desmoralize a validade e a eficácia da prova acusatória, ou que a coloque *sub censura*”³⁶⁹.

Referido posicionamento, apesar da respeitabilidade que o mesmo conserva, parece-nos não se adequar ao sistema jurídico atual. Como se pode perceber, o autor compreende as declarações emanadas pelos agentes públicos como um meio de prova, sendo que, entretanto, inexistente esta previsão em nosso ordenamento, mormente quando consideramos que seria aceito como prova bastante as palavras de quem acusa. É como se fosse possível reconhecer um homicídio com base unicamente nos dizeres da promotoria afirmando que um determinado sujeito foi o responsável pelo crime; sem mais. Esta suposição não se concretizaria justamente porque o princípio da presunção de inocência reclama a necessidade de provas; e ainda que o exemplo esteja no campo penal, referido princípio possui aplicabilidade no contexto administrativo conforme já demonstrado.

Ademais, pode-se perceber que Medina Osório, por reconhecer valor probante às declarações da Administração, faz alusão à produção de “contraprovas” pelos administrados. Contudo, conforme já se demonstrou, há aqui uma limitação à ampla defesa e contraditório, uma vez que se exige a realização de provas contra fatos não provados pelo agente público responsável pelo reconhecimento do ilícito, gerando um evidente desequilíbrio na relação processual.

³⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 417.

³⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 420.

De resto, como bem pondera Alexandre Santos de Aragão: “a presunção de veracidade de fatos meramente invocados pela administração pública levaria à presunção de culpa do administrado”³⁷⁰. Com efeito, quando se transfere o ônus da prova em face do administrado, imputando a este o dever jurídico de infirmar os fatos que constituem uma infração, passa-se a exigir que o mesmo demonstre sua inocência, circunstância que claramente se choca com os valores que a ordem constitucional vigente pretendeu resguardar³⁷¹. Sob o prisma do modelo tradicional, um ônus que caberia ao órgão acusador por pressuposto lógico, assenta-se ao encargo do administrado, comportando uma alteração na dinâmica processual sancionatória, eis que o particular somente não será condenado caso comprove de algum modo que não praticou as condutas declaradas, quando, na realidade, deveria ser justamente o contrário.

Por esses motivos compreendemos que melhor pertinência possui a parcela da doutrina que tem direcionado no sentido de afastar o atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos nos processos sancionatórios. Daniel Ferreira, por exemplo, partilha do entendimento que: “[...] em respeito ao modelo adotado pela nossa Carta Política em vigor, é de sempre se prestigiar a presunção de inocência, até prova robusta em contrário”³⁷², de forma que nestes casos que envolvem processo sancionatório: “[...] o ônus da prova é sempre da Administração Pública, de modo que em não se bem provado a tipicidade (substancialmente objetiva [e subjetiva, conforme o caso]), deverá a autoridade competente decidir pelo arquivamento do feito”³⁷³.

Alexandre Santos de Aragão, também com suporte na presunção de inocência, depreende que o atributo da presunção de veracidade não fora recepcionado pela Carta constitucional em vigor. Reconhece, entretanto, a tradicionalidade quanto à aplicação de referido atributo, bem como a ínsita dificuldade em reverter um hábito tão arraigado em nossa cultura jurídica, o que, em suas reflexões, pode demandar um certo tempo para ser efetivamente revisto³⁷⁴.

³⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 79.

³⁷¹ No Direito espanhol, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, ancorados no princípio da presunção de inocência, partilham do seguinte entendimento: “*que la carga e la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie este obligado a probar su propia inocencia*”. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 180.

³⁷² FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124.

³⁷³ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280.

³⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 85.

Realmente, os presentes valores constitucionais reclamam um olhar diferenciado para determinados institutos, promovendo as adequações à nova ordem jurídica. O que se tem aqui, inclusive, são institutos que se encontram em um patamar hierárquico diferenciado, eis que a presunção de inocência – ao contrário da presunção de veracidade das declarações administrativas – está topograficamente localizada no rol das garantias fundamentais do texto constitucional, o que de antemão já indica a quem se deve conceder prevalência. Nesse sentido, portanto, partilhamos das mesmas conclusões as quais se chegou Durval Carneiro Neto, visto que em seus dizeres:

A nova hermenêutica constitucional impõe a busca de parâmetros que conciliem a presunção de legitimidade dos atos acusadores com a presunção de inocência dos acusados. Tal ponderação de valores há de estar presente desde o processo de fiscalização administrativa que antecede à lavratura do auto de infração, efetivando-se o adequado registro fático que poderá servir posteriormente como meio de prova.³⁷⁵

Desta feita, em um Estado de contornos democráticos soa um tanto insólito realizar restrições aos direitos de propriedade e liberdade sem que seja necessária uma demonstração material da transgressão jurídica atribuída, supondo-se suficiente apenas seu relato. Assim, compreendemos que a Administração deverá guiar seu agir, desde o momento da constituição do ato construtivo, mediante a reunião e formalização das provas que se fizerem necessárias à demonstração do ilícito que se pretende imputar ao particular, medida essa que se coaduna e promove o princípio da presunção de inocência que deve guiar as relações jurídicas administrativas de cunho sancionatório.

³⁷⁵ CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de Legitimidade: Sem sempre é como diz o guarda da esquina. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil. p. 20.

4. NOVAS TECNOLOGIAS E O JUÍZO PONDERATIVO SOBRE O PODER DE POLÍCIA: Reflexos que recaem sobre o atributo da presunção de veracidade dos atos sancionatórios

A atividade sancionatória colocada em prática pela Administração Pública compreende um dos aspectos do classicamente denominado poder de polícia³⁷⁶, categoria jurídica responsável por permitir a utilização de expedientes constritivos da liberdade e propriedade com fundamento no bem comum. Assim, justamente diante da incumbência em assegurar a proteção do interesse público, o Direito conferiu meios a disposição do Estado no sentido de viabilizar sua atuação, reservando-lhes competências fiscalizatórias e ferramentas coercitivas, dentre elas a cominação de sanções e medidas restritivas.

Nesse sentido, sabe-se que em variadas ocasiões a Administração tem recorrido a soluções tecnológicas visando implementar e potencializar o exercício de sua atividade fiscalizatória, empregando-as com o propósito de tornar a execução de suas tarefas mais eficientes. Ocorre que, da mesma forma que a tecnologia pode e deve ser utilizada pelo poder público com o propósito de aprimorar o seu agir, compreendemos, conforme restará demonstrado, que também se deve tê-la como um elemento expansivo das garantias constitucionais.

Com isso, o presente capítulo será destinado a desenvolvermos uma raciocínio voltado a demonstrar como a tecnologia influencia o comportamento administrativo e, em sequência, em que medida a mesma deverá ser apreendida como um instrumento capaz de justificar um novo olhar sobre a instrução processual dos atos administrativos sancionatórios.

4.1 PODER DE POLÍCIA, ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde a constituição do estado moderno e da própria noção de direito administrativo que com ele nascera o poder de polícia sempre esteve presente. Na verdade, referido conceito acompanhou ao longo da história a própria concepção de Estado, de modo que guarda uma

³⁷⁶ Conforme destaca Juliana Bonacorsi de Palma: “Tradicionalmente o poder sancionador é compreendido no tema do poder de polícia no direito administrativo brasileiro, consistindo na faceta repressiva da polícia administrativa”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação e autoridade o poder sancionador na regulação. *In*: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle. Posição 2015.

íntima relação com as imposições e restrições praticadas pelo poder público face aos particulares, cuja justificativa seria viabilizar o bem-estar de toda a coletividade³⁷⁷.

Ocorre que, se atualmente convivemos com uma disposição na qual o poder de polícia deve necessariamente observar balizas legais, sua configuração inicial partia da ideia de amplos poderes de que dispunha o Estado, que poderia utilizá-los discricionariamente, e contando ainda com o fato de não se submeter ao controle dos Tribunais³⁷⁸. Em verdade, antes do advento do Estado de Direito, as condutas praticadas pelo monarca, direcionadas a limitar o exercício da liberdade e da propriedade, não observavam limites outros que não suas próprias considerações, equivalendo, com isso, o poder de polícia ao próprio poder absoluto do príncipe³⁷⁹.

É por conta deste aspecto que se faz comum designar o Estado absoluto de “Estado de Polícia”³⁸⁰, vez que se traduzia em uma atuação do poder público que, objetivando promover principalmente a segurança dos súditos, exercia um intenso controle administrativo. Diante disso, é traço característico deste período a inobservância de amarras formais, havendo uma irrestrita gama de poderes conferidos ao monarca, circunstância essa que propiciou a presença de práticas autoritárias e despóticas.

Foi somente com a instauração das revoluções liberais e o surgimento do Estado de Direito ao final do século XVIII que se passou a implementar um processo gradativo de “domesticação”³⁸¹ do poder de polícia, de modo que a partir de então foram reconhecidos e positivados direitos individuais aos quais o Estado devia respeito, cuja intromissão já não era mais permitida. A Lei se torna, com isso, a grande fonte do poder e também sua baliza de exercício. A atividade de polícia já não mais comporta uma ampla e plena gama de poderes, devendo se conformar aos direitos que os cidadãos passaram a gozar.

³⁷⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? *In*: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle. Posição 704-713.

³⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176-177.

³⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle. Posição 437.

³⁸⁰ MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle. Posição 317.

³⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle. Posição 461-465.

Neste instante, havia o que autores costumam se referir à um estágio negativo do exercício do poder de polícia, na medida em que ao Estado cabia sua utilização tão somente no sentido de viabilizar o exercício das liberdades públicas, relacionadas mais especificamente à garantia da segurança, tranquilidade e salubridade³⁸². Ou seja, não se vislumbrava de início como responsabilidade do poder público, sob o fundamento de sua autoridade de polícia, exigir a realização de atividades prestacionais pelos particulares, restando unicamente a imposição de restrições sobre comportamentos que fossem capazes de perturbar a ordem pública.

Referida visão, contudo, foi sendo paulatinamente modificada, acompanhando a superação do liberalismo clássico, que pregava um estado mínimo e absenteísta. Contemporaneamente, a atividade de polícia se estende no sentido de também regular a ordem econômica e social³⁸³, movimento que se apercebeu após a transição para o Estado Social de Direito, cuja característica principal é sua proatividade na implementação de políticas públicas, notadamente as de natureza coletiva e transindividuais, como o desenvolvimento nacional, a proteção do meio ambiente, a redução das desigualdades³⁸⁴, etc.

Com isso, o poder de polícia observava uma intensa ampliação em seu campo de atuação, indo muito além da mera questão da preservação da segurança, o que lhe proporcionou ao mesmo tempo um acréscimo no âmbito de suas competências, passando a se manifestar também mediante a imposição de atividades positivas em face dos particulares.

Diante desta realidade, autores passaram a questionar a pertinência de sua nomenclatura, haja vista que o poder de polícia em sua configuração atual deixara de representar uma potestade plena da Administração, desprovida de balizas legais. Estaria descaracterizada, portanto, uma ideia de “poder”, passando a se identificar como um instrumento à disposição da Administração no sentido de viabilizar seus misteres constitucionais.

Assim, para Gordillo, por mais que reconheça que é próprio da competência estatal a limitação de direitos individuais, referida atribuição não pode estar vinculada à uma acepção que enalteça as restrições de que pode se servir o poder público, mas sim dos direitos dos quais dispõem os cidadãos. Logo, sua referência à “poder” estaria em desuso, na medida em que a atividade de polícia hoje se encontra, de uma forma geral, adstrita às balizas legais e principiológicas que regem o sistema jurídico, carecendo de sua clássica noção como faculdade

³⁸² MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle. Posição 358.

³⁸³ TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 03.

³⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 14.

autônoma e implícita do Estado³⁸⁵. Carlos Ari Sundfeld, seguindo linha semelhante, propõe a substituição pelo termo “administração ordenadora”, eis que, além do conteúdo negativo que a expressão “poder de polícia” conserva em seu histórico, atualmente as ingerências estatais, nesse campo, perfazem não somente limites aos particulares, mas também encargos (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar)³⁸⁶.

Muito embora se reconheça a pertinência de referidas propostas – notadamente após a transição para o Estado de Direito, onde as restrições operadas em face da coletividade têm como fonte primeira não mais os desígnios pessoais do Rei, mas sim o que se torna democrática e juridicamente definido perante as casas legislativas – fato é que jurisprudência e considerável parcela da doutrina ainda se referem ao poder de polícia como o exercício de dita prerrogativa pela Administração, sem deixar de considerar a evolução pela qual se submeteu o instituto³⁸⁷, motivo pelo qual adotaremos a expressão em nosso trabalho.

Sendo assim, e dando prosseguimento, é de sobrelevar que um dos fatores que passou a interferir de forma deveras intensa na concepção do poder de polícia foram os atuais contornos aos quais se submeteu o princípio da legalidade administrativa. Isso porque, hoje se reconhece que a Administração Pública se encontra vinculada não somente à Lei, mas também à Constituição. Em verdade, opera-se o que a doutrina vem mencionando por juridicidade administrativa³⁸⁸, na qual os comportamentos da Administração devem obediência ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, ao que estaria albergado pelo denominado bloco de legalidade, correspondendo, além das espécies normativas provenientes do legislativo, aos regulamentos, decretos, portarias, resoluções e demais instrumentos normativos gestados no interior da própria Administração, sem olvidar as disposições contidas no corpo da Lei Fundamental³⁸⁹.

A Administração Pública, desta feita, ainda se submete à Lei, devendo, no entanto, o princípio da legalidade que sempre regeu seu regime jurídico ser compreendido de uma forma mais ampla, abrangendo também os atos normativos por ela próprios constituídos e ainda as

³⁸⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 1998. t. II. V-4 a V-17.

³⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

³⁸⁷ Este é o posicionamento seguido, por exemplo, por Odete Medauar, para quem: “Não parece adequado alterar o título de noções jurídicas consolidadas, mesmo que seu conteúdo sofra evolução.”. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Editora Fórum. Edição do Kindle. Posição 424.

³⁸⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 1ª ed., São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

³⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria Do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 147.

regras e princípios presentes na Constituição. O princípio da legalidade, no cenário atual: “transmutou-se da vinculatividade da entidade pública à lei para a sua vinculação ao Direito, isto é, às normas constitucionais, às leis e aos atos administrativos normativos”³⁹⁰.

Aludido pensamento se estende à realidade do poder de polícia, de forma que não se deve mais restringir sua identificação à estrita esfera do legislativo, comportando-se a Administração como uma mera executora de tal prerrogativa, eis que também participa da modelagem dos preceitos que lhes servem de fundamento, notadamente através de uma conformação com os princípios e valores fundamentais insertos no corpo da norma constitucional³⁹¹.

Justamente em razão desta abrangência em relação à aplicação do Direito na atividade de polícia administrativa, atualmente a doutrina vem reconhecendo que a Administração Pública exerce sobre ela intenso juízo ponderativo. Este posicionamento se desenvolve ancorado nas recentes evoluções pelas quais tem experimentado o conceito de interesse público e sua correlata noção de supremacia.

Isso porque o poder de polícia sempre esteve diretamente relacionado à supremacia que o interesse público deveria deter em relação aos interesses particulares, assumindo uma condição de fundamento mesmo daquele poder³⁹². As restrições levadas a efeito pelo Estado se sustentavam em uma pretensa concretização dos interesses maiores de toda a coletividade, o que permitia à Administração implementar medidas constritivas sob as liberdades individuais com supedâneo nesse manto da supremacia que acobertava suas ações.

Atualmente, contudo, surgem vozes na doutrina revisitando a amplitude e os contornos acerca da definição do que seria interesse público, assim como questionando em que medida sua supremacia seria capaz de se sobrepor aos direitos individuais, permitindo a intromissão na esfera jurídica dos particulares. Sobre esses pontos, nos aprofundaremos no tópico seguinte.

³⁹⁰ MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. **Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista**. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa:PB. p. 220-249. p. 227.

³⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle. Posição 4455.

³⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.109.

4.2 INTERESSE PÚBLICO E A ATIVIDADE PONDERATIVA SOBRE O PODER DE POLÍCIA

Conforme exposto linhas acima, o poder de polícia guardava – e ainda mantém – uma íntima correlação com a atividade exercida pelo Estado, chegando-se ao ápice da doutrina identificar um determinado período histórico da Europa absolutista como Estado de Polícia, tamanha a sua presença na condução dos misteres estatais. Ademais, como também adiantado, referido poder sempre esteve relacionado à ideia de interesse público, conceito esse que também durante os primórdios das monarquias do século XVI esteve sob titularidade exclusiva do Estado³⁹³. O interesse era público na medida em que proveniente do poder público, e vice-versa. Era de competência do soberano, portanto, definir quais seriam os interesses a serem perseguidos e, por via de consequência, utilizar-se dos poderes de polícia que em sua concepção mostravam-se adequados a tal desiderato.

Nesse sentido, uma vez que o poder de polícia tinha como fundamento a persecução do interesse público, e sendo esse interesse algo diretamente relacionado às vontades estatais, seria natural que aludida potestade correspondesse diretamente aos desígnios do próprio monarca. Ocorre que, na medida em que a concepção de poder de polícia encontrava-se lastreada sobre o conteúdo de interesse público, a partir do instante em que este passa a deter uma nova roupagem, é natural que influencie e ao mesmo tempo modifique os contornos do primeiro, acompanhando sua evolução.

Por mais que o interesse público seja uma categoria valorativa que justifique e conceda fundamento às atividades implementadas pela Administração Pública, o certo é que seu conteúdo não é estático³⁹⁴, variando conforme as diretrizes axiológicas dos ordenamentos estatais. Desta feita, conquanto atualmente ainda se utilize o interesse público como fundamento e elemento de conceituação do poder de polícia, a doutrina tem empreendido reformulações acerca do primeiro, principalmente lastreadas sob a concepção da centralidade dos direitos fundamentais e da proeminência jurídica que assumiu a dignidade da pessoa humana como primordial vetor do Estado democrático erigido pela vigente Constituição Federal³⁹⁵.

³⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n° 26, 1999. p. 116.

³⁹⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 141.

³⁹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 75-78.

Na doutrina pátria a conceituação de interesse público apercebeu acurada sistematização após as contribuições de Celso Antônio Bandeira de Melo, cujo principal contributo foi propiciar os primeiros passos no sentido de não mais vislumbrar o interesse público como uma abstração jurídica que poderia ser manejado pelo Estado ao seu bel prazer, como algo que estivesse acima e além da própria sociedade ou dos indivíduos que dela fazem parte. Refutava, assim, uma acepção de interesse público que lhe empregasse uma autonomia própria, existente por si mesmo e completamente estranho e independente de qualquer interesse dos particulares³⁹⁶. Para o autor, o interesse público não poderia ser compreendido senão sob a perspectiva daqueles indivíduos que compõe o Estado, correspondendo uma: “*função qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”³⁹⁷.

Sustenta, assim, que seria inadmissível imaginar um interesse categorizado como público e ao mesmo tempo discordante dos interesses de cada um dos membros da sociedade. Sendo assim, propõe sua definição como sendo o interesse público uma dimensão pública dos interesses que os indivíduos conservam enquanto partícipes da sociedade³⁹⁸. Ao Estado não seria permitido, desta feita, utilizar como justificativa de seus atos ou mesmo perseguir interesses que estivessem completamente desvinculados dos desígnios dos particulares na qualidade de integrantes do corpo social, sendo descabido relacionar de forma direta e peremptória como interesse público os interesses pretendidos pela figura estatal, simplesmente porque dela provenientes.

Em que pese os indiscutíveis avanços proporcionados pela estruturação acima delineada acerca da percepção lógico-jurídica de interesse público, o fato é que suas bases se assentam em interesses que haveriam de conformar-se em uma determinada unidade, galgando uma homogeneidade que não se sustenta com o atual Estado pluriclasse³⁹⁹, cujos mais diversos interesses passaram a dispor de um mesmo patamar de relevância jurídica, exigindo do Estado que sejam igualmente considerados.

Nos termos elucidados por Rafael Oliveira, o Estado liberal burguês do final do século XVIII lidava com uma classe dominante (burguesia), que fazia prevalecer seus direcionamentos através do voto censitário, compondo uma uniformidade em relação aos interesses a serem

³⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

³⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

³⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 50.

³⁹⁹ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. v. I, Madri: MAP, 1991. p. 76 e ss.

perseguidos pela Nação⁴⁰⁰. A representação popular em termos políticos se restringia a um determinado grupo, que saía vitorioso no processo pós-revolucionário, sendo o direito produzido um reflexo de suas aspirações, as quais, conforme já sinalizado, resultaram em interesses que gozavam de uma certa homogeneidade, não integrando a totalidade das demandas que por certo existiam perante as demais classes sociais.

Foi somente com a posterior universalização do sufrágio que os demais estamentos da sociedade passaram a usufruir de voz e voto, influenciando diretamente no reconhecimento de interesses que até então não estavam abrangidos na arena pública. Como resultado destas circunstâncias, passou-se a conviver com os mais variados interesses, cada qual legítimo e não raramente conflitantes. Por evidente, diante de suas equivalências, ao Estado não seria permitido ignorá-los, absorvendo as demandas que a partir de então passaram a se apresentar de forma heterogênea. Desta forma, conforme destaca Marçal Justen Filho: “Antes do surgimento do Estado pluriclasse, era possível afirmar a contraposição entre interesse privado e interesse público. Após, tornou-se impossível reconhecer situação assim tão simples”⁴⁰¹.

Desta feita, a multiplicidade e o dinamismo observado em relação aos interesses que compõe a realidade contemporânea acabam por impedir definições que pressuponham uniformidades universalizantes. Ainda quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade, os indivíduos possuem as mais variadas perspectivas do que seria justo ou devido, chegando-se, inclusive, a posições que se contradizem. Sob um mesmo objeto podem surgir direcionamentos diversos e ao mesmo tempo dotados de uma idêntica relevância jurídica e legitimidade social, cabendo ao Estado prezar, na medida do possível, pelo atendimento de ambos ou dos vários interesses que ali se aglutinam. Logo, como bem advertiu Sabino Cassese, não se é mais possível referir ao interesses público em sua singularidade, mas “aos” interesses públicos, no plural, característica própria dos tempos atuais⁴⁰².

A partir dessa constatação é que surgem vozes na corrente doutrinária administrativista sustentando justamente a inviabilidade de se manter o princípio da supremacia do interesse público nos moldes como havia sido classicamente estruturado⁴⁰³. Isso porque referido

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Edição do Kindle. Posição 5671.

⁴⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n° 26, 1999. p. 121.

⁴⁰² CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Torino: Einaudi, 1991. p. 238.

⁴⁰³ Nesse sentido: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 122-172. Em raciocínio semelhante: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria Do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83-130.

princípio partia do pressuposto de que haveria de um lado interesses qualificados como públicos, e de outra banda interesses cuja natureza seria privada, existindo uma nítida, estanque e apreensível distinção entre ambos. Os interesses da coletividade sempre estariam em posição privilegiada em face do interesse individual, sendo que eventual choque teria como consequência infalível a supremacia dos primeiros perante o segundo.

Essa concepção, contudo, esbarra justamente com as considerações lançadas linhas acima, demonstrando que não se é mais possível definir com tamanha nitidez o que seria o interesse público *in abstracto*, visto que além de sua natural indeterminabilidade, a fluidez de seu conteúdo é traço peculiar à realidade contemporânea. Isso inviabiliza a adoção de parâmetros fixos e pré-definidos, que seriam adequados para toda e qualquer situação. É por conta desse enfoque que Humberto Ávila, pioneiro quanto ao questionamento do princípio em solo brasileiro, já advertia sobre essa questão, chegando a afirmar que, a partir da postura axiológica assumida pela Constituição de 88, cujas prescrições alçam à condição de fundamentalidade os direitos individuais e os posiciona topograficamente em condição de precedência às demais disposições, haveria de se compreender, na verdade – se uma supremacia *in abstracto* houvesse – a prevalência dos interesses privados perante os públicos⁴⁰⁴.

Adotar, desta feita, um posicionamento relativo ao interesse público que o pré-conceba como tal, é partir do pressuposto que o mesmo já se encontra definido, havendo uma clara discriminação entre o que seriam demandas coletivas e quais estariam sob o âmbito das pretensões privadas. Ocorre que, nos termos do que vem sendo amplamente demonstrado pela doutrina, com o reconhecimento dos direitos fundamentais pelas cartas constitucionais e a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana como um valor central do sistema jurídico, o interesse público confunde-se atualmente, em grande medida, com os próprios interesses individuais⁴⁰⁵.

Isso significa que situações existirão nas quais a implementação do interesse público se dará pela materialização de interesses privados, não havendo, no caso, uma colisão, mas sim

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. p. 112.

⁴⁰⁵ Doutrina José Sérgio que: “[...] é possível sustentar, inclusive, que em diversos casos concretos a efetiva satisfação do interesse público poderá residir exatamente na defesa de determinado interesse individual (privado), no sentido de que a realização deste importa na concretização daquele, em uma espécie de vinculação estrutural”. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 108.

uma convergência entre eles⁴⁰⁶. Ou seja, o Estado, em alguns casos, estaria atendendo ao interesse público quando busca satisfazer desígnios privados. Aludida separação seria, nesse sentido, inapropriada, quando se intenta estabelecer uma divisão prévia e desgarrada das situações *in concreto*. Conceder, por exemplo, medicamentos custeados pelo orçamento público a um único cidadão que dele necessita é medida que pode se coadunar com o interesse público, inobstante sua incidência em torno de uma pessoa em particular.

O interesse público não se encontra, assim, diretamente relacionado às questões que necessariamente tratam de conjunturas coletivas, haja vista que o indivíduo foi alçado ao patamar de núcleo central do ordenamento jurídico. A concretização de sua dignidade passou a ser o norte de realização das atividades estatais⁴⁰⁷. Está proscrita, portanto, a possibilidade de ser buscado um interesse público que desconsidere por completo os particulares em suas necessidades e garantias mais fundamentais. Partindo do pressuposto de que todos os seres humanos são iguais, e que sua natural condição lhe garante um tratamento como fim último do sistema jurídico – e não como meio – mostra-se incongruente sacrificar-lhe a dignidade sob o fundamento de estar realizando-a⁴⁰⁸.

Evidentemente que interesses que transcendem o indivíduo podem e devem ser perseguidos pelo Estado, até porque o corpo social demanda sua atuação nesse sentido, fazendo frente a circunstâncias nas quais os particulares, isoladamente, estariam praticamente impossibilitados em efetivar, tais como a segurança pública e bem dizer os demais poderes de polícia a cargo da Administração Pública. O que se destaca é que aludidas competências estatais não podem assumir uma superioridade incontestada e absoluta, como se os interesses da coletividade sempre estivessem sobrepostos aos direitos individuais, ou que o Estado não devesse conformar sua conduta com vistas a atender também interesses que estivessem, a princípio, no rol de demandas voltadas aos cidadãos, em sua individualidade.

Somado a este fato, Daniel Sarmiento nos recorda que os direitos fundamentais são hoje compreendidos também em sua dimensão objetiva, comportando não somente garantias individuais, mas os valores que a sociedade entende por elementares, sem os quais seria impraticável o viver com dignidade. Com isso, em relação àquela gama de direitos, compete ao

⁴⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 149.

⁴⁰⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. p. 99.

⁴⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999. p. 128.

Estado não somente o dever “de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros”⁴⁰⁹.

No mais, há de considerar que não raramente a definição do que seria interesse público, em última análise, está sob posse da Administração. A legislação frequentemente lhe entrega essa função, cabendo ao agente público analisar caso a caso e estabelecer qual o comportamento estatal que irá ser adotado com a finalidade de se alcançar o bem comum. Caso se entenda uma supremacia apriorística, o que for estipulado deverá ser observado de modo incontestado.

Essa, no entanto, não se mostra a melhor solução. Os direitos individuais, mormente os de natureza fundamental, nem sempre irão ceder face aos interesses da coletividade. Aquela concepção de Estado absoluto, onde tudo que lhe era proveniente deveria ser fielmente observado, não mais se mostra factível. Como já demonstrado, em alguns casos, inclusive, o interesse público irá se perfazer com a implementação de direitos individuais.

Assim, o que se defende na atualidade é que o interesse público seja definido *in concreto*, sem uma anterior e suposta supremacia dos desígnios coletivos sobre os individuais, sendo a técnica de ponderação a utilizada para realizar o sopesamento diante de eventuais conflitos que porventura venham se apresentar⁴¹⁰. Neste campo, inclusive, caberá à Administração Pública realizar, em última instância, a efetivação do equilíbrio jurídico entre os interesses em confronto, transpondo-se: “para as práticas administrativas, a técnica da ponderação de interesses desenvolvida pela jurisprudência constitucional”⁴¹¹.

Esta técnica de sopesamento, aliás, se amolda perfeitamente ao exercício do poder de polícia: (a) seja no instante de justificação de sua implementação pela Administração, (b) seja em relação aos elementos que compõe referido poder, sendo considerados os aspectos relativos à proporcionalidade e razoabilidade do comportamento administrativo⁴¹².

No primeiro caso, na medida em que o poder de polícia tem como base elementar de sua manifestação a persecução do interesse público, será necessário realizar em diversas circunstâncias um juízo ponderativo visando sopesar a conduta administrativa, até porque é da natureza mesma da atividade de polícia a constrição ou cerceamento do exercício de liberdades

⁴⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 149-150.

⁴¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria Do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 107.

⁴¹¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 145.

⁴¹² MOURA, Emerson Affonso da Costa. Limites do exercício do poder de polícia à luz dos direitos fundamentais: Análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do Covid-19. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2020. p. 946.

individuais através do império estatal; é, por bem dizer, um poder cuja execução manifesta-se conflituosa por excelência.

Diante desta condição, o sopesamento entre os interesses da coletividade e os direitos dos particulares será impositivo. A assunção de posicionamentos utilitaristas – visto como aquele maximizador dos ganhos coletivos, que justificariam todo e quaisquer sacrifícios individuais – ou mesmo organicistas – onde os objetivos sociais estão acima e além dos relacionados aos seus integrantes – não se mostram em conformidade com a orientação traçada pela vigente Carta política⁴¹³, eis que os direitos fundamentais de cada cidadão deverão ser respeitados, inexistindo uma autorização genérica no sentido de que sejam estes desconsiderados quando se vislumbra um eventual proveito comunitário.

Repise-se, assim, que o exercício do poder de polícia demandará verificações pontuais, que levarão em consideração os direitos dos administrados, de modo que estes não se encontrarão sempre numa posição de patente inferioridade axiológica. Como destaca Emerson Affonso da Costa Moura:

[...] o exercício do poder de polícia com a restrição aos direitos fundamentais deve ser interpretado não de forma apriorística, absoluta e abstrata, mas ao revés, deve ser considerada à luz do caso concreto e ter caráter atual e relativo, de forma que deva sustentar a excepcionalidade da restrição da medida.⁴¹⁴

Quanto ao segundo aspecto mencionado, relativo aos elementos que integram o poder de polícia, neste também impera a concepção na qual não se recomenda seu abalçamento somente pela ótica da coletividade, cabendo seu confronto com as garantias individuais. Até porque é do interesse público que os direitos fundamentais de cada cidadão sejam respeitados, mesmo que se esteja visando o bem-estar de toda a sociedade, dado que seria um tanto inconcebível pensar num corpo social sadio enquanto seus membros estivessem sendo vilipendiados em suas liberdades e direitos mais fundamentais.

A sanção, por exemplo, como um dos elementos que compõe o poder de polícia, é um mecanismo clássico de retribuição e desencorajamento de condutas tidas por inadequadas e conseqüentemente ilícitas, porém sua utilização também se mostra indevida e antijurídica quando manejada impropriamente pelo Estado. Esta impropriedade seria justamente quando se atropelam garantias fundamentais, tais como a inobservância do devido processo legal,

⁴¹³ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 144-147.

⁴¹⁴ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Limites do exercício do poder de polícia à luz dos direitos fundamentais: Análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do Covid-19. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2020. p. 945.

irrazoabilidade das medidas restritivas adotadas, desproporcionalidade das penalidades impostas⁴¹⁵, etc.

Neste ponto, tomemos a seguinte reflexão: Um indivíduo que comete uma irregularidade administrativa está infringindo um comando normativo que tem por finalidade resguardar a coletividade, comprometendo a higidez da comunidade na qual está inserido, sendo seu completo banimento uma medida que, a princípio, poderia se apresentar como a mais adequada, visto que afugentaria pessoas que estariam colocando em risco a conservação da continuidade do agrupamento social. Ocorre que, diante dos direitos e garantias fundamentais correlatos, notadamente em função da proporcionalidade e razoabilidade que deve reger as condutas estatais, deve-se relevar a intensidade e extensão da penalidade que se pretende materializar. Logo, simplesmente degradar um cidadão em função do cometimento de uma irregularidade administrativa não se mostra compatível com nosso sistema, devendo existir um balizamento, sopesando-se a condição humana na outra ponta, em especial perante a dignidade que lhe cerca.

A ponderação, nesse sentido, apresenta-se como ferramenta essencial à disposição da Administração Pública, principalmente no que respeita ao exercício das atividades de polícia, onde situações de conflito entre o coletivo e o individual são da essência desta prerrogativa. Desta feita, o sopesamento entre os interesses colidentes, no caso concreto, utilizar-se-á de vários elementos a fim de lastrear a decisão, cabendo a nós agora analisar “se” e “em que medida” a tecnologia adentraria como uma das variáveis a serem utilizadas a fim de compor referido juízo ponderativo. Isso porque, uma vez que a tecnologia está à disposição da Administração, sendo por ela utilizada, surgem questões relacionadas a qual seria seu papel neste campo, de modo a viabilizar um refino à técnica de sopesamento, somando-se aos elementos clássicos já utilizados pela comunidade jurídica.

4.3 NOVAS TECNOLOGIAS, PODER DE POLÍCIA E JUÍZO PONDERATIVO

Inicialmente, faz-se necessário, em termos breves, descrevermos qual seria a acepção do vocábulo tecnologia aqui apreendido, visto o fato de sua polivalência. Sendo assim, em linhas gerais, podemos nos utilizar de uma conceituação proposta por Carlos Contreras, na qual: *“La tecnologia puede definirse como el conjunto de instrumentos, herramientas, elementos,*

⁴¹⁵ FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012. p. 179.

conceimientos técnicos y habilidades que se utilizan para satisfacer las necesidades de la comunidad y para aumentar su dominio sobre el medio ambiente”⁴¹⁶.

Seria a tecnologia, nesta visão, o conjunto de técnicas destinadas a satisfazer as necessidades da sociedade e aprimorar seu domínio sobre a natureza. A definição, portanto, apreende as tecnologias como “técnicas” que vão sendo desenvolvidas pela humanidade, cumprindo o importante papel de auxiliá-la quanto ao atendimentos de suas demandas, propiciando uma maior comodidade. Novas tecnologias seriam nada mais que o surgimento de novas técnicas⁴¹⁷, um novo modo da comunidade em satisfazer seus anseios ou exercer o controle do meio-ambiente.

Assim, partindo do entendimento que as tecnologias seriam técnicas desenvolvidas e utilizadas pelo corpo social, o Estado como um de seus integrantes, também se vale delas rotineiramente. Esse fato, aliás, não é novidade, haja vista o uso pela Administração de equipamentos oriundos dos avanços tecnológicos, tais como computadores, internet, assinatura digital etc. Por bem dizer, o que enxergamos com ar de trivialidade nos dias atuais, compondo naturalmente o ferramental do Estado, como por exemplo o telefone, representou uma grande novidade ao seu tempo⁴¹⁸. Enfim, por mais que possa eventualmente haver um certo *gap* entre a chegada de uma nova tecnologia e sua absorção pela máquina estatal, o certo é que em algum momento, dada a sua utilidade, serão integradas à rotina administrativa.

E assim não poderia deixar de ser, haja vista que sendo um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro a garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, poderíamos reconhecer um verdadeiro dever no sentido de adotar as tecnologias disponíveis como forma de propiciar maior grau de desenvolvimento nacional⁴¹⁹, gerando um correlato bem-estar aos seus cidadãos. A CF/88, aliás, deixa isso expressamente claro quando dedica quatro artigos em seu capítulo IV inserto no título “Da Ordem Social”, que tratam especificamente da ciência, tecnologia e inovação, o que demonstra uma: “preocupação do legislador constituinte com o

⁴¹⁶ CONTRERAS Q., Carlos. *Transferencia de Tecnologia a Países em Desarrollo*. ILDIS: Caracas, 1978. p. 25.

⁴¹⁷ MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011. p. 227.

⁴¹⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 17 set. 2016. p. 127

⁴¹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. p. 101.

desenvolvimento tecnológico do país, acompanhando tendência contemporânea de aplicações tecnológicas em benefício de direitos, fato este digno e recorrente nos países desenvolvidos”⁴²⁰.

Em relação ao direito administrativo em particular, como todas as demais ciências, precisa estar sempre disposto a avançar, e deve ser prestigiada a adoção de novas ferramentas a sua disposição, que possam proporcionar ganhos⁴²¹, sejam eles assimilados sob o aspecto burocrático, seja em relação à ampliação das garantias fundamentais dos administrados. Ao tempo deste trabalho, oportuno mencionar, tramita no Congresso Nacional projeto de reforma administrativa que, dentre várias de suas propostas, visa incluir no *caput* do art. 37 da CF/88 o princípio da “inovação”, que passaria a reger normativamente a realidade da Administração Pública⁴²². Uma vez aprovado, aludido princípio somente irá reforçar algo que já compreende o cotidiano administrativo, eis que a inovação tecnológica vem sendo empregada em seus mais diversos ramos de atuação.

Partindo deste pressuposto, na medida em que os aparatos tecnológicos estão inseridos no cotidiano estatal, deles fazendo uso, o fato é que serão um dos componentes da atuação da Administração, passando a compreender os contornos ou o conteúdo mesmo dos atos e processos administrativos⁴²³. Nas palavras de Thiago Marrara:

Se o direito administrativo varia, portanto, de acordo com a modificação das formas de existência e de ação do Estado, então as implicações das novas tecnologias empregadas crescentemente pelo poder público necessariamente impactam o direito administrativo positivo e sua ciência.⁴²⁴

Aqui a tecnologia é entendida sob a ótica de sua *instrumentalidade*⁴²⁵, como um recurso de que dispõe o poder público tendente a aprimorar a execução de suas atividades. Nesse

⁴²⁰ ANSELMO, Jose Roberto; FREITAS, Vivian Cristina Garcia de. Tecnologia como instrumento de efetividade do direito à prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, Edição Especial: 309-326, 2019. p. 318.

⁴²¹ Conforme ressalta Valter Shuenquener de Araujo: “O Direito Administrativo precisa incorporar as revolucionárias mudanças que os recursos tecnológicos proporcionam. Deve desapegar-se de noções que foram importantes no passado, mas que não fazem mais sentido no mundo fluído contemporâneo”. In: Efeitos da inovação no direito administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, n.º. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1687-1703. p. 1692.

⁴²² Disposição constante da PEC n.º 32/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05k21vrqadshb1t7rifssxaddf22544210.node0?codteor=1928147&filename=PEC+32/2020. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

⁴²³ Odete Medauar, citando José Fernando Brega, relata que: “[...] da mesma maneira como a tecnologia tem chegado progressivamente à Administração, as consequências sobre o direito administrativo seguem uma linha evolutiva... e não seria despropositado falar em novo direito administrativo, decorrente da incorporação das novas tecnologias na Administração Pública”. In: MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 362.

⁴²⁴ MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011. p. 248.

⁴²⁵ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 17 set. 2016. p. 135.

sentido, atuando a tecnologia como uma ferramenta que irá – ou poderá – compor a atuação da Administração, sua presença na constituição da conduta administrativa deverá ser apreendida como mais um elemento que será parte integrante do ato ou processo administrativo, devendo ser considerada em eventual juízo ponderativo. Desta forma, a análise a ser feita acerca de uma infração de trânsito reconhecida por um agente público, de forma pessoal e presencial, será diversa da realizada quando efetivada por um equipamento eletrônico utilizado para registro de aludido fato administrativo⁴²⁶.

A título ilustrativo, logo que se passou a permitir a fiscalização de trânsito operada por câmeras de vídeo monitoramento⁴²⁷ algumas questões vieram à tona, especialmente as que guardavam relação com as garantias individuais. O Ministério Público do Ceará, por exemplo, intentou ação civil pública visando discutir a constitucionalidade na utilização de aludidos equipamentos. Em suas colocações, uma vez que seria possível obter imagens de altíssima resolução com um zoom de até 20 vezes, a privacidade e intimidade dos ocupantes dos veículos estariam sendo devassadas⁴²⁸. Não nos cumpre aqui discutir o mérito de mencionada demanda, cabendo tão somente constatar o fato que na medida em que as tecnologias passam a compor a essência do ato, isto as jurisdiciza, tornando-se mais um elemento a ser considerado no âmbito da atividade ponderativa.

No mais, entendemos também que a potencialidade no uso de um determinada tecnologia – haja vista sua viabilidade em proporcionar ganhos e uma ampliação na defesa e garantia dos direitos fundamentais – deve ser, da mesma forma, incluído em torno do espectro ponderativo do poder público. Logo, existindo ferramentas que possam angariar à atividade administrativa uma maior concretização dos princípios e valores previstos em nosso sistema jurídico, notadamente os de hierarquia constitucional, é válida sua consideração quando do sopesamento no que respeita às condutas levadas a efeito pela Administração Pública. Castells, inclusive, já advertia que a lógica do paradigma informacional do século XXI seria justamente a “penetrabilidade” dos efeitos das novas tecnologias⁴²⁹, conformando as relações travadas pela sociedade, nos mais diferentes campos do saber científico.

Nessa altura, forçoso reconhecer que a atividade de polícia e o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública frequentemente utiliza a tecnologia na materialização

⁴²⁶ José Fernando Ferreira Brega leciona que: “O emprego das novas tecnologias da informação e da comunicação certamente modifica as relações tradicionais entre cidadão e Administração.”. In: BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 38.

⁴²⁷ Conforme Resolução nº 471, de 18 de dezembro de 2013, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN.

⁴²⁸ Ao tempo deste trabalho, processo em trâmite no TRF 5ª Região, protocolado sob o nº: 0806871-88.2017.4.05.8100.

⁴²⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 108.

de seus atos, tais como o registro das infrações em equipamentos eletrônicos, a confecção dos autos de infração e laudos produzidos mediante ambientes informatizados, o trâmite virtual de processos administrativos, ou até mesmo no estágio de planejamento das ações fiscais, onde a inteligência artificial e as chamadas *Big datas*⁴³⁰ tem desempenhado papel fundamental.

Ocorre que da mesma forma que já existem tecnologias sendo empregadas no sentido de favorecer a atuação do poder público, majorando a eficiência no que respeita ao funcionamento da máquina administrativa, não de ser consideradas também seu uso visando ampliar as garantias dos administrados. Isso porque a tecnologia tem que ser apreendida como algo que vai além do mero aparelhamento burocrático, utilizada unicamente com vistas a propiciar posições de vantagens para a Administração. Essa mesma tecnologia a sua disposição deve também servir como impulsionadora de avanços quanto à amplitude dos direitos dos particulares. O processo administrativo eletrônico, por exemplo, não pode consubstanciar somente um *modus operandi* mais ágil visando os trâmites procedimentais internos ou uma maior economia de papel para a Administração, deve ser empregado também como um meio viabilizador de intensificação dos princípios da publicidade e transparência que regem o direito administrativo.

Logo, o que se está querendo aclarar é que as tecnologias representam não somente uma evolução técnica restrita à materialização das atividades administrativas, mas que sua conquista transfigura ao mesmo tempo uma evolução que pode ser apercebida no âmbito dos direitos em si. Uma tecnologia que expande a possibilidade de comunicação e torna a informação mais rápida e acessível permite um incremento no que respeita aos direitos do acesso à informação, publicidade etc. É como se a intensidade com que se pode demandar um determinado direito sofresse forte influência do estado tecnológico ao qual estamos inseridos, havendo aí uma certa relação de equivalência entre o progresso tecnológico e a extensão das garantias jurídicas.⁴³¹

Nesse sentido, José Fernando Ferreira Brega, referindo-se ao intitulado “princípio da equivalência de garantias”, defende que as inovações tecnológicas devem não somente preservar os mesmos direitos até então reconhecidos pela comunidade jurídica, como também

⁴³⁰ Por exemplo, o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas, instituído pelo Decreto nº 8.373/2014, mais conhecido como “eSocial”, trata-se, na verdade, de um Big Data trabalhista, fiscal e previdenciário, no qual são realizados cruzamentos de informações disponíveis em vários sistemas de que tem acesso a Administração Pública.

⁴³¹ Camille Lima Reis parece partilhar do mesmo entendimento, na medida em que relaciona o direito ao desenvolvimento como um equivalente do estado tecnológico sobre o qual se vivencia. Em suas palavras: “Por isso, é assertivo tratar como variáveis diretamente proporcionais o avanço tecnológico e sua aplicação na Administração Pública e o desenvolvimento como Direito fundamental aplicável a todos os seres humanos”. REIS, Camille Lima. In: Fomento às novas tecnologias na administração pública como direito ao desenvolvimento. CARVALHO, Fabio Lins de Lessa (coord). **Direito administrativo democrata**. Curitiba: Juruá. 2021. p. 457.

estabelecer um equilíbrio no que respeita à utilização das tecnologias pela Administração, permitindo que o cidadão também possa ser beneficiado com os avanços experimentados. Segundo suas palavras:

Desde que adotados os oportunos cuidados técnico-jurídicos, a introdução das novas tecnologias pode trazer vantagens não só para o atendimento das necessidades internas do Poder Público, mas para as garantias dos administrados, que passam a ter melhores condições de exercer diretamente vários de seus direitos, até mesmo sem intermediários humanos. Fala-se, então, em *reciprocidade de vantagens*, para restabelecer o equilíbrio tradicional entre as partes envolvidas: se a tecnologia aumenta a capacidade de atuação do Poder Público, é indispensável que seja configurada e utilizada de maneira que o administrado possa beneficiar-se na mesma proporção das vantagens por ela trazidas.⁴³²

Atente-se que aqui não se está fazendo alusão a uma mudança na legislação que acompanhe os avanços tecnológicos, mas a influência que as novas tecnologias acabam por refletir no conteúdo dos institutos jurídicos que já se encontram positivados. Para bem compreendermos, peguemos o exemplo da citação promovida por edital prevista no CPC, na qual a jurisprudência brasileira, de longa data, exige, quando se trata de réu em lugar incerto ou não sabido⁴³³, que sejam esgotados “todos” os meios disponíveis à sua localização⁴³⁴. Percebe-se, contudo, que a acepção do que seria a totalidade de referidos meios veio acompanhando a evolução tecnológica. Se até um determinado tempo atrás era suficiente a realização de algumas diligências locais pelo oficial de justiça, atualmente os tribunais vem reconhecendo a nulidade da citação editalícia quando não se utiliza dos dados disponibilizados em sistemas informatizados para a efetiva busca do atual endereço do demandado⁴³⁵. Isso porque, a citação

⁴³² In: BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 116.

⁴³³ Art. 256. A citação por edital será feita: (...); II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; (...); § 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

⁴³⁴ PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. INVIABILIDADE DE CONSIDERAR PERFECTIBILIZADA A ANGULARIZAÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIAS A FIM DE CITAR OS HERDEIROS PROPRIETÁRIOS DO BEM. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. SENTENÇA CASSADA. RETORNO À ORIGEM. RECURSO PROVIDO. 1. Por ser a citação editalícia exceção à regra, **somente pode ser permitida após esgotados todos os meios para a localização da parte ré**. 2. Pelo princípio da saisine, é necessária a habilitação no processo dos herdeiros do proprietário do bem usucapiendo. (...) (STJ - AREsp: 1283786 SC 2018/0096425-9, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 02/08/2019)

⁴³⁵ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS DISPONÍVEIS. NULIDADE DO ATO. I. Por representar medida extraordinária, a citação por edital deve ser precedida de providências exaurientes voltadas à localização do demandado; II. **Sobretudo nas hipóteses em que remanescem medidas ao alcance do demandante ou passíveis de adoção mediante o concurso do aparelho judiciário, tais como consultas a base de dados oficiais mediante os sistemas eletrônicos disponíveis, não se pode admitir que a citação seja feita de forma precipitada pelo mecanismo editalício**; (...) (TJDFT: 20110112206976APC - (0007300-07.2011.8.07.0018 - Res. 65 CNJ), 4ª TURMA CÍVEL, Relator: Des. JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Publicado no DJE : 04/09/2015 . Pág.: 180)

antes de ser um ônus da parte autora, trata-se de um direito do réu, em ter conhecimento das ações judiciais que contra ele são intentadas e poder exercer seu direito fundamental ao contraditório e ampla defesa. Se existem novos “meios” ao alcance do Estado para a garantia de referido direito, os mesmos se impõem, passando a ampliar seu espectro de incidência.

Assim, percebe-se como as inovações tecnológicas passam a integrar o cotidiano dos comportamentos do Estado, inserindo-se como um componente a ser levado em consideração pelos sujeitos responsáveis por sua gestão. Não somente como um elemento facilitador e potencializador da máquina pública, os recursos tecnológicos também encerram uma ampliação garantística que passam a orbitar e robustecer os direitos fundamentais consagrados em nossa ordem jurídica, demandando sua apreciação e ponderação diante das ações estatais. Através desse norte, no item seguinte avaliaremos em que medida as novas tecnologias são capazes de influir no atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos quando do exercício de competência sancionatória.

4.4 O ATRIBUTO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS FACE AS NOVAS TECNOLOGIAS: UM REPENSAR PONDERATIVO NECESSÁRIO

Conforme se expôs, o poder de polícia não mais se assenta em prescrições estanques, que se pretendiam aplicadas sob o manto de uma incontestável autoridade, incidindo as determinações estatais de modo implacável sobre o espectro jurídico dos administrados. Pelo contrário, com o advento da nova ordem constitucional e as vigentes técnicas de aplicação e interpretação do sistema jurídico, somado a um repensar acerca da natureza jurídica do interesse público que sempre serviu de fundamento daquele poder, atualmente se fala em um olhar ponderativo, no qual os direitos fundamentais passam a gozar de uma proeminência jurídica que não mais permite uma interferência estatal que os desconsidere simplesmente sob a justificativa de se está buscado os desígnios da coletividade.

Por evidente que as garantias processuais também estão acobertadas por referido espectro protetivo, adentrando no radar ponderativo de modo a servirem de parâmetro balizador do atuar administrativo. Aliás, em termos específicos quanto ao poder de polícia, este, na condição de uma atividade da Administração, exerce-se necessariamente sob uma realidade processualizada, devendo observar todos aqueles contornos garantísticos já tratados no decorrer deste trabalho, notadamente o princípio do devido processo legal⁴³⁶ e seus corolários, tais como

⁴³⁶ Cármen Lúcia já nos alertava sobre essa questão, ao lecionar que: “O denominado poder de polícia exercido pela Administração Pública teve o seu contraponto democratizador exatamente a cláusula asseguradora do devido

a ampla defesa, contraditório, presunção de inocência etc. Inclusive, nos termos já observados, referido princípio processual fundamental incide em nosso ordenamento não somente diante de sua faceta formal, mas adquire também aplicabilidade em termos substanciais, incorporando os demais valores que permitam um trâmite justo e equânime entre os interessados processuais.

Nesse sentido, com o propósito de empreendermos uma derradeira reflexão, voltemos nossas atenções ao tradicionalíssimo atributo da presunção de veracidade e a consequente inversão do ônus da prova que norteia os atos administrativos. O poder de polícia, na sua condição de atividade exercida por excelência com supedâneo em referido atributo, por muito tempo se valeu da presunção que militava face às declarações emanadas pelos agentes públicos. Não custa lembrar-vos, preconiza o modelo tradicional que os fatos ou circunstâncias alegados pelos agentes do Estado sejam tomados como verdadeiros, não sendo lícito ao particular somente contradizê-los, eis que se faz necessário de alguma forma comprovar a inveracidade do que havia sido declarado⁴³⁷. A palavra do agente público seria detentora, digamos assim, de um peso maior que a do administrado, funcionando aquela como elemento de prova dos fatos, cuja impugnação não poderia se resumir a uma mera afirmação contrária.

Em verdade, é deveras compreensível referida construção teórica em um momento histórico no qual a complexidade social e os aparatos tecnológicos eram completamente diferentes dos que podemos ter acesso atualmente. Aliás, sequer se poderia pensar a respeito do estado da técnica que estamos presenciando no primeiro quarto deste século. Caso se exigisse que todo ato de polícia estivesse acompanhado da comprovação dos fatos que sustentam o ilícito observado pela autoridade pública realmente poderia se inviabilizar, em algumas situações, a atividade fiscalizatória do Estado.

Com isso, claramente se relativizavam as garantias individuais da ampla defesa e contraditório, no sentido de propiciar o guarnecimento da coletividade, diante do interesse público em permitir a efetividade das medidas de polícia administrativa. Ocorre que atualmente, diante dos avanços tecnológicos, mormente os relacionados às áreas da comunicação e informação, aludido constructo teórico não se mostra mais assente em suas bases de justificação.⁴³⁸

processo legal administrativo”. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997. p. 204.

⁴³⁷ Seguindo esse entendimento, temos vozes da doutrina tradicional, a exemplo das obras de: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

⁴³⁸ José Fernando Ferreira Brega adverte que: “É necessário rever vários aspectos da doutrina do direito administrativo segundo o contexto tecnológico atual, sendo indispensável conceber categorias dogmáticas ainda

Hoje é plenamente possível e viável o registro das infrações constatadas, seja de forma fotográfica, seja pelos mais variados meios informatizados. A democratização dos meios e ferramentas de comunicação e seus custos acessíveis permitem que praticamente qualquer pessoa possa manuseá-los, sendo plenamente viável ao Estado adquiri-los e disponibilizá-los aos seus agentes, permitindo seu uso na implementação das atividades de polícia.

Para ilustrar peguemos o exemplo vivenciado pelo Estado de Minas Gerais, que através da SEMAD - Secretaria de Estado de Meio-Ambiente e Desenvolvimento, obteve a implantação em maio de 2019 do Sistema de Fiscalização e Auto de Infração Digital (Sisfai), um software direcionado para os smartphones a serem utilizados pelos agentes responsáveis pela inspeção ambiental. De acordo com matéria divulgada no sítio eletrônico oficial da secretaria, a comparação entre o primeiro semestre de 2020 com seu antecessor, 2019, pôde-se perceber que dobraram os números de lavraturas de autos de infração⁴³⁹. Contudo, como também consta na notícia, a digitalização não somente trouxe ganhos para o ambiente da Administração, eis que houve um aprimoramento na publicidade das ações fiscais para os administrados e seu respectivo controle. Nos termos da matéria:

O sistema chegou para modernizar o trabalho técnico e reduzir a burocracia nos processos ambientais, substituindo os antigos blocos de papéis por informações digitalizadas. Além da economia de recursos, o novo sistema também vem promovendo maior controle e transparência no processo fiscalizatório, com a disponibilização dos dados para consulta pública.

O sistema é acessado por meio de smartphones, que são equipados com um software específico para registrar os dados que antes eram anotados com caneta e papel. Ele também permite o registro fotográfico da fiscalização.⁴⁴⁰

Outrossim, a par de uma maior transparência e registro material das irregularidades, a tecnologia também está sendo utilizada para garantir a observância de certos direitos reconhecidos pela legislação quando da implementação de fiscalizações, que é o caso da dupla visita prevista na Lei Complementar nº 123/2006, cujo art. 55 determina que a fiscalização – dentre elas a ambiental – empreendida face às micro empresas e empresas de pequeno porte: “(...) *deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento*”. Este dispositivo legal estabelece, na prática, a impossibilidade de autuação imediata diante da constatação de uma

não tratadas pela doutrina ou até mesmo reavaliar algumas das existentes.”. In: BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 61.

⁴³⁹ A fiscalização avança com tecnologia, ações preventivas e de repressão ao crime ambiental. 25anosSemad, 2020. Disponível em: < <https://semad25anos.meioambiente.mg.gov.br/a-fiscalizacao-avanca-com-tecnologia-acoes-preventivas-e-de-repressao-ao-crime-ambiental/>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2022.

⁴⁴⁰ A fiscalização avança com tecnologia, ações preventivas e de repressão ao crime ambiental. 25anosSemad, 2020. Disponível em: < <https://semad25anos.meioambiente.mg.gov.br/a-fiscalizacao-avanca-com-tecnologia-acoes-preventivas-e-de-repressao-ao-crime-ambiental/>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2022.

irregularidade, somente podendo aplicar penalidades em um segundo momento, após os devidos esclarecimentos a serem prestados pelo órgão estatal responsável; por isso a denominação de “dupla visita”. Desta feita, o Sisfai possui uma funcionalidade: “que permite aplicar e controlar as notificações para a regularização. Isso ocorre somente quando a pessoa fiscalizada faz jus a esse benefício. Nesses casos, ele é alertado da oportunidade de regularizar sua atividade e não ser autuado”⁴⁴¹.

Além destas práticas viabilizadas pela tecnologia, o governo federal, mediante instrução normativa conjunta nº 2 do Ministério do Meio-Ambiente, IBAMA e Instituto Chico Mendes, de 29 de janeiro de 2020, regulou o processo administrativo federal para as infrações ambientais, prevendo em vários dispositivos a necessidade de assentamento fotográfico como meio de prova para ações como apreensão, destruição, inutilização, demolição e relatórios de fiscalização das quais resultaram auto de infração⁴⁴², o que demonstra um direcionamento no sentido de instruir os processos administrativos com elementos que vão além da simples declaração prestada pela autoridade pública competente.

Pelos exemplos expostos é possível perceber que as novas tecnologias informacionais não somente se mostram plenamente viáveis em sua utilização, como também já estão sendo amplamente utilizadas pela Administração, demonstrando que a relativização empreendida sob o direito fundamental à ampla defesa, diante do reconhecimento de ilícito administrativo com base em meras declarações, não nos parece mais em consonância, portanto, com a realidade que permeia nosso sistema jurídico, notadamente sob o prisma constitucional.

Tomando por base que já existem ferramentas viáveis e facilmente acessíveis ao alcance do Estado, seu poder de constrição deve se amoldar a essa nova realidade, visando adequar-se às garantias previstas na Constituição, sendo neste caso em particular a concretização do devido

⁴⁴¹ A fiscalização avança com tecnologia, ações preventivas e de repressão ao crime ambiental. 25anosSemad, 2020. Disponível em: < <https://semad25anos.meioambiente.mg.gov.br/a-fiscalizacao-avanca-com-tecnologia-acoes-preventivas-e-de-repressao-ao-crime-ambiental/>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2022.

⁴⁴² Art. 16. A lavratura do auto de infração será detalhada em relatório de fiscalização, que conterá: (...) II - o registro da situação por fotografias, vídeos, mapas, termos de declaração ou outros meios de prova. Art. 24. Desde que relacionado à prática de infração administrativa ambiental, os animais, produtos, subprodutos, instrumentos, petrechos, equipamentos, veículos e embarcações de qualquer natureza, independentemente de sua fabricação ou utilização exclusiva para a prática de atividades ilícitas, serão objeto de medida administrativa cautelar de apreensão, salvo impossibilidade justificada. (...) § 2º A apreensão deverá ser preferencialmente acompanhada de registro fotográfico do bem e do local de armazenamento. Art. 37. A destruição ou inutilização deverá ser: (...) III - acompanhada de registro fotográfico do produto, subproduto, veículo, embarcação ou instrumento e de sua destruição. Art. 38. No ato de fiscalização, o agente autuante poderá, excepcionalmente, aplicar medida administrativa cautelar de demolição de obra, edificação ou construção não habitada e utilizada diretamente para a infração ambiental, nos casos em que a ausência da demolição implique risco iminente de agravamento do dano ambiental ou de graves riscos à saúde. § 1º A demolição deverá ser: (...) III - acompanhada de registro fotográfico da obra, edificação ou construção e de sua demolição.

processo legal. Isso porque, conforme elucida Thiago Marrara, uma vez que as atividades de polícia administrativa são:

[...] dependentes de atos, contratos, procedimentos e planos, todas as formas de inclusão de novas tecnologias que atinjam esses institutos jurídicos automaticamente geram consequências para as atividades administrativas clássicas que se desenvolvem entre administração pública e cidadão.⁴⁴³

Se atualmente um agente da vigilância sanitária detém a capacidade de facilmente registrar em fotografias um lote de alimentos que fora flagrado com validade vencida, qual seria o motivo para se lavar a autuação com base unicamente em suas declarações, não fazendo acompanhar o material probatório respectivo? A instrução do documento fiscal com os registros fotográficos, além de conferir uma maior credibilidade ao que fora consignado pelo agente público⁴⁴⁴, permite um efetivo contraditório, expondo a fonte em si da infração constatada. O ilícito não mais se sustentaria nas “palavras” do Estado, mas em decorrência da comprovação do fato, medida mais condizente com o espírito garantista de nossa Constituição. Adriano Vitalino dos Santos, inclusive, sustenta que o ônus probatório não deve recair sobre o administrado nos casos em que existam: “[...] recursos materiais e/ou tecnológicos acessíveis à Administração para que esta comprove a existência da situação fática que motivou o ato administrativo”⁴⁴⁵.

Nesse sentido, é perfeitamente possível manter o exercício do poder de polícia e a atividade sancionatória do Estado, conformando-os com uma atuação que prestigie a ampla defesa do administrado. Por mais que exista um interesse público quanto à fiscalização e eventual sancionamento de situações que representem riscos à sociedade, os direitos individuais devem ser preservados ao máximo. A atuação da Administração Pública, sob o fundamento de estar efetivando os interesses da coletividade, não pode nortear seu agir voltado unicamente para o que se apresenta mais conveniente ao aparato burocrático, sendo imprescindível que os interesses e direitos atinentes aos particulares sejam respeitados, principalmente quando estão em evidência garantias de estatura constitucional⁴⁴⁶.

⁴⁴³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011. p. 248.

⁴⁴⁴ Com destaque para o que vem sendo viabilizado pelas inovações tecnológica, Valter Shuenquener de Araujo relaciona o incremento da motivação e transparência pela Administração como fatores elementares à legitimação do poder de polícia.: In: Efeitos da inovação no direito administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1687-1703. p. 1692.

⁴⁴⁵ SANTOS, Adriano Vitalino dos. A prova diabólica e sua influência sobre a presunção de legitimidade do ato administrativo. **Revista de Doutrina TRF4**, 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Adriano_dosSantos.html. Acesso em: 16 de dez de 2021.

⁴⁴⁶ Ernst Freund já defendia que as limitações levadas a efeito pelo poder de polícia não poderiam resultar em absoluta e inquestionável subordinação do individual frente ao coletivo. In: FREUND, Ernst. **The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights**. Chicago: Callaghan and Company, 1904. p. 11-12.

Aliás, sob uma perspectiva ponderativa, a adoção de ferramentas tecnológicas, no sentido de permitir a instrução das sanções administrativas, mostra-se um meio menos atentatório às garantias individuais em decorrência da atividade de polícia, quando comparado à imposição de penalidades lastreadas somente no que fora declarado pelo agente público.

Conforme se expôs, as técnicas de sopesamento são perfeitamente aplicáveis à realidade da atividade de polícia, sendo a tecnologia um elemento a ser levado em consideração como integrante do agir administrativo. Uma vez que a Administração dispõe de soluções que promovem e guarnecem o devido processo legal, sua utilização se impõe. Nesses termos, Juarez Freitas leciona que a concretização do devido processo legal em sua faceta substancial demanda a incorporação do teste de proporcionalidade às medidas de polícia administrativa, visto que: “Os meios só são juridicamente adequados se se prestarem a realizar o fim almejado (adequação meio-fim), mas, ao mesmo tempo, devem ser adequados, necessários e razoáveis”⁴⁴⁷.

Assim, conforme preza o princípio da proporcionalidade, o requisito da *necessidade* estaria sendo observado quando, diante de todos os meios existentes à disposição da Administração, estivesse sendo utilizado o que em menor grau lesiona os direitos individuais. Ou como leciona Paulo Bonavides, referindo-se ao subprincípio da necessidade como “princípio da escolha mais suave”, assevera que diante de: “todas as medidas que servem a obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses dos cidadãos”⁴⁴⁸. Logo, sancionar com base em provas materiais é um meio menos gravoso às garantias processuais individuais quando comparado a sanções cujo lastro seja tão somente uma declaração advinda do próprio agente que está constatando o fato ilícito.

Sendo assim, se existe a possibilidade em se chegar à esfera jurídica dos particulares demonstrando objetivamente a ocorrência do fato gerador do ilícito administrativo, o teste de proporcionalidade nos parece indicar que essa seria a melhor alternativa, visto que consagra todos aqueles princípios informadores do devido processo legal⁴⁴⁹. Isso porque, além da medida se mostrar adequada – visto que mantém o objetivo último que seria viabilizar a atividade fiscalizatória e eventual imputação de sanção –, bem como proporcional em seu sentido estrito – eis que não se exige algo fora das possibilidades administrativas – a comprovação da

⁴⁴⁷ FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 319-320.

⁴⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 397.

⁴⁴⁹ Conforme defende José Fernando Ferreira Brega: “Alguns princípios podem ser até reforçados pela tecnologia, levando a uma ampliação das garantias processuais”. In: BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 276.

transgressão é expediente que melhor se conforma, por tudo o que se disse, aos valores normativos dispostos em nosso ordenamento.

Enfim, o que se quer demonstrar é a imposição de estarmos atentos às novas tecnologias como um elemento a ser considerado nas condutas administrativas, passando a compor seu juízo ponderativo, em especial quanto ao exercício do poder de polícia⁴⁵⁰, cuja colisão de interesses mostra-se inevitável. Havendo meios menos onerosos aos direitos dos cidadãos, aqueles devem passar a integrar o comportamento da Administração, eis que a atuação do Estado deve estar voltada a maximizar as garantias individuais e não sua posição de autoridade. Uma vez que o atual estado da técnica viabiliza meios acessíveis de registro das circunstâncias definidoras do ilícito administrativo, a prova se apresenta não mais como uma opção, mas como um dever institucional, que confere legitimidade, segurança jurídica e potencializa a incidência das garantias processuais constitucionalmente positivadas.

⁴⁵⁰ Juarez Freitas, em artigo voltado à inteligência artificial adverte que: “O Direito Administrativo, sem escapatória, precisa ser reinventado, incorporando temas como a personalidade digital (mais do que “electronic personhood”) e, sobretudo, revendo as categorias tradicionais da polícia administrativa, da responsabilidade civil e do dever de fundamentação”. In: *Direito Administrativo e inteligência artificial*. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 24.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, o movimento de democratização do Estado brasileiro perpassa para além da mera democracia no campo político. A fim de que a mesma possa se apresentar de forma efetiva, é necessário que sua realização se demonstre também no espaço institucional, notadamente naqueles onde o *imperium* estatal incide de forma mais acentuada, como nos casos que envolvem restrições à liberdade e propriedade dos particulares.

É que de nada adiantam alternâncias republicanas no poder se o dia-a-dia do cidadão permanece a mercê de um Estado que não lhe permita o exercício pleno das garantias constitucionais, fazendo preservar uma distância entre a Administração e o administrado na qual este não se sinta como um verdadeiro protagonista da realidade social, remanescendo sempre o receio de uma relação conflituosa, hierarquizada e tencionada a fazer valer os poderes e prerrogativas tradicionalmente reconhecidos em face dos entes públicos. Nesse contexto o processo tem sido um instituto essencial, não somente no sentido de permitir o exercício regular do poder e seu controle, mas também como instrumento de diálogo, que aproxima e legitima as práticas estatais perante a realidade dos particulares.

Em termos jurídico-dogmáticos, o processo administrativo obteve consideráveis avanços nas últimas décadas, notadamente após o advento da vigente Constituição Federal, a qual permitiu não somente sua constitucionalização, como também o posicionou com a mesma relevância do processo judicial, sem distinções, permitindo que todo o prestígio que este último foi capaz de lograr a duras penas fosse de alguma forma transpassado para o processo administrativo, viabilizando um estudo muito mais robusto e comparativo das garantias e direitos fundamentais processuais. Com isso, o devido processo legal (formal e substancial) e demais princípios dele decorrentes devem prevalecer nas relações cotidianas entre a Administração e os cidadãos.

Nesse sentido, compreendemos que a aplicação clássica acerca do atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos deva ser revista, uma vez que não mais se adéqua aos basilares postulados do *due process of law*. Isso porque a lógica processual, mesmo que presente a figura estatal, demanda paridade de armas e a efetiva capacidade de se defender. O modelo tradicional, nos termos do que foi demonstrado, claramente enfraquece contra quem litiga com a Administração aquelas garantias, eis que a relação já se inicia de forma desequilibrada, assim como o exercício da ampla defesa em muito se torna prejudicado, principalmente quando diante da prova de fatos negativos.

Exigir, portanto, que a Administração somente comprove os fatos quando provocada diante de uma impugnação já fere, em nosso sentir, os valores processuais da ampla defesa e contraditório, visto que o particular deverá instaurar um processo às cegas, sem possuir de antemão o substrato comprobatório da irregularidade contra ele imputada. Com isso, sua defesa inicial deverá ser confeccionada faltando um componente elementar de qualquer acusação, que seriam as provas sobre as quais se sustenta.

Mesmo porque, uma vez que cabe à própria Administração Pública realizar um controle de legalidade através do exercício da autotutela, ainda que não haja impugnação pelo particular, o próprio órgão estatal não estaria em completa condição de averiguar a plena conformidade da manifestação de vontade levada a efeito pelo agente que a emitiu, visto que ausente os materiais comprobatórios que motivaram sua conduta. Aqui o Estado, uma vez que se restrinja a aceitar as declarações como um componente suficiente a lastrear sua atividade punitiva, estaria apenas realizando um procedimento formalístico de corroboração do ato inicial, circunstância esta que não nos parece adequada com o atual regime jurídico que se aplica à realidade da Administração Pública, notadamente o de cunho processual.

Com isso, o direcionamento por nós adotado é no sentido que a prova já acompanhe o ato em seu nascedouro, permitindo desde logo um diálogo processual pleno entre as partes, e viabilizando um controle amplo de conformidade do ato pelo próprio Estado. No entanto, caso assim não ocorra, entendemos que não estaríamos diante de um vício absoluto de validade, podendo ser a prova juntada posteriormente ao processo. Somente nas situações onde exista uma completa falta de instrução do ilícito sancionatório é que entendemos se tratar de medida não condizente com nosso sistema jurídico, havendo aí sim uma nulidade a ser reconhecida.

Necessário sobrelevar que não pretendemos com as conclusões aqui expostas minar ou mesmo dificultar a atividade fiscalizatória do Estado. Pelo contrário, visto que a vislumbramos como um componente essencial do próprio funcionamento sadio da sociedade. Em uma democracia, onde regras de convivência são postas e direitos fundamentais positivados, a viabilização da salubridade, integridade e liberdade deve ser preservada, e isso se faz mediante fiscalização e eventuais punições. No entanto, essa atividade deve se conformar às garantias mínimas previstas em nosso ordenamento constitucional, sejam elas de natureza material ou de viés processual, eis que ambas gozam da mesma estatura e proeminência jurídica.

Diante disso, demanda-se atualmente que a atividade de polícia seja manejada pela Administração não mais sob uma perspectiva de plena superioridade estatal, de forma que o interesse público detivesse a capacidade de legitimar toda e qualquer atuação, bastando invocá-lo enquanto tal. Pelo contrário, vem-se reconhecendo a imposição de que sejam implementados

juízos ponderativos pela Administração, no sentido analisar *in concreto* qual seria a melhor solução, notadamente em face dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, as tecnologias, notadamente as que hoje avançam na seara da comunicação e informação, representam não somente ganhos para o aparato burocrático do Estado, mas também devem ser apreendidas como permissivas à ampliação e intensificação das liberdades individuais, devendo integrar o processo de sopesamento a ser efetivado pela Administração. Logo, quando da implementação de seu viés sancionatório, as ferramentas tecnológicas atuais abrem espaço para um atuar punitivo acompanhado do registro e demonstração objetiva dos fatos sobre os quais se embasa, não havendo mais justificativas técnicas plausíveis para que se mantenha um sistema sancionatório lastreado apenas em declarações unilaterais.

Se o Direito espelha a realidade, por evidente que dela não pode estar dissociado. E é fato que atualmente inexistem entraves técnicos para que o Estado permaneça se escondendo por detrás de uma prática secular, cuja lógica era que a punição fosse declarada e a inocência comprovada. Há de se praticar a inversão. A conveniência deve ceder à legalidade, a unilateralidade se render à processualidade e a tradição sucumbir à nova era. Enquanto o subjetivismo do “guarda da esquina” ainda for capaz de restringir, não estaremos sob a plena vigência de um estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. A lei brasileira de processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades. BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madri: Thomson-Civitas, 2005.

ALVES, Amanda Fontelles; FAMPA, Daniel Silva. A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Belém, v. 5 , n. 2, Jul/Dez. 2019.

ANSELMO, Jose Roberto; FREITAS, Vivian Cristina Garcia de. Tecnologia como instrumento de efetividade do direito à prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, Edição Especial: 309-326, 2019.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no direito administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1687-1703.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211: 65-77, jan./mar. de 1998.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 17 set. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. ed. 240, Abr/Jun. Rio de Janeiro, 2005.

- BARRETO, Carolina Pereira. A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo. In: Ubirajara Coelho Neto (Org.). **Temas de Direito Constitucional: Estudos em Homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho**. Aracaju, SE: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Quaestio Iuris**. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006.
- BAZARIAN, Jacob. **O Problema da Verdade. Teoria do Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. Rivista Trimestrale do Diritto Amministrativo*. 1952.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria Do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a Atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: NETO, Eurico Bitencourt; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. (Michelangelo Bovero org.). (tradução de Daniela Baccaccia Versiani). Rio de Janeiro: Campus; 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004.
- BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.
- BUSCEMA, Ângelo e GIACOMO, Enzo di. **Il processo tributário**. Milano: Giuffrè, 2000.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de Direito no contexto do Neo-Constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis, SC: Boiteaux, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. 2ª ed. Florianópolis: Millennium, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo, RT, 2001.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CARMO, Raisa da Silva. Democracia: da via direta ao novo modelo de participação popular na Administração Pública. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Paraná: Juruá, 2015. E-book.

CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: Um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. Orientador: Prof. Dr. Edivaldo Boaventura. 2007. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público da UFBA-BA. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/21809>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de Legitimidade: Sem sempre é como diz o guarda da esquina. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. A eficiência da Administração Pública e a efetivação dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Paraná: Juruá, 2015. E-book. E-book.

CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Torino: Einaudi, 1991.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEVALIER, Jacques. **Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

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

CONTRERAS Q., Carlos. *Transferencia de Tecnologia a Países em Desarrollo*. ILDIS: Caracas, 1978.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, Jul/Dez. 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica**. Vol. 02, nº. 55, Curitiba, 2019.

DEZAN, Sandro Lúcio Dezan; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A processualidade ampla e o processo disciplinar, à luz do Novo Código de Processo Civil. Um aporte à teoria processual administrativa. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 17, n. 68, abr./jun.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica** - [n. 5] – Fortaleza: – Faculdade Christus. [2005]- v. I. Direito.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível

em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 12 fev. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. VIII.

DINAMARCO, Cândido. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DROMI, José Roberto. **Instituciones de Derecho Administrativo** Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 10ª ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5. ed. Argentina: Ediciones Ciudad, 1996.

ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A Constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Luzardo. O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública. GABARDO, Emerson; MOTTA, Fabrício. (Coords.). **Limites do controle da administração pública no Estado de direito**. Curitiba: Íthala, 2019.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun. 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA. Luciane Flecko. **O poder de polícia dos tribunais de contas**. Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Devido Processo Legal e Fundamentação das Decisões. **Revista de Direito Tributário**, n. 63. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209:7-18, jul./set. 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal. **Revista de Direito Tributário**, 58/109-113. São Paulo, Ed. RT, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. **RDA**, Rio de Janeiro, 102: 1-U, out./ dez. 1970.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

FREUND, Ernst. *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*. Chicago: Callaghan and Company, 1904.

GABARDO, Emerson ; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: PIETRO, Maria Sylvia di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GALVÃO, Rodrigo. Democratização da administração pública e bases constitucionais do processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madri: Alianza, 1994.

GAROFANO, Rafael Roque. Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/democracia-administrativa-no-limiar-do-seculo-xxi-a-extensao-da-processualidade-rumo-a-democratizacao-da-administracao-publica/#_ednref5>. Acesso em: 03 out. 2020.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2ª ed. Madrid: Instituto Estudios Políticos, 1962.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: Stati e amministrazioni pubbliche*. Bolonha: Il Mulino.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. v. I, Madri: MAP, 1991.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 1998. t. II.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.

GRECO, Leonardo. As garantias Fundamentais do Processo na Execução Fiscal. **Execução civil (aspectos polêmicos)**. Coord.: João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha. São Paulo: Dialética, 2005.

GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

GUEDES, Demian. O Estado Democrático de Direito e Reavaliação do Ato Sancionador. in: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia. Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Seibeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HAONAT, Angela Issa. Processo administrativo e garantias constitucionais. **Revista ESMAT**, ANO 7 - Nº 9. jan. à jun. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão digital Kindle.

LEONARDO, César Augusto Luiz; ANDREASSA João Victor Nardo. Constitucionalização do direito administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2. p. 01-18, Jul/Dez. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 8, n. 12, dez-2010.

LOPES, Eduardo Ferreira; SANTOS, Eduardo Rodrigues. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo à luz do modelo constitucional do processo. **JURISVOX : Revista da Faculdade de Direito de Patos de Minas**, Centro Universitário de Patos de Minas. Ano 12, n. 12 (nov. 2011). Patos de Minas: UNIPAM, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011.

MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In: NETO, Eurico Bitencourt; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A Processualização do Direito Administrativo. In: Marrara, Thiago (org). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1ª ed. São Paulo, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. As prerrogativas do ato administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. p. 304-310. Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle.

MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. *Derecho Administrativo contemporâneo. Derecho Administrativo neopolicial?* In: MEDINA, Manuel Alberto Restrepo (org.). **Retos y perspectivas del Derecho Administrativo**. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1979.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 03, nº 11 jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. **Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista**. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa:PB. p. 220-249.

MENEZES, Renata Saad. A presunção de legitimidade e veracidade da administração pública à luz da presunção de inocência no processo sancionador. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MESQUITA, Gil Ferreira de. O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Edição do Kindle.

MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional**. LISBOA, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.

MONTEIRO FILHO, Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez de (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II.

MORAES, Daniel Cardozo de. O impacto do princípio democrático na legitimidade da atuação administrativa. **Verdictum Cadernos de Direito da Fasb**, nº 2, 2014 – ISSN 1983-6236.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 1ª ed., São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: Consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado – RERE**, nº 13, março/maio 2008, Salvador - BA.

MOREIRA, Egon Bockmann. O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). **Cenários do direito administrativo: estudos**

em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacelar Filho. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Limites do exercício do poder de polícia à luz dos direitos fundamentais: Análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do Covid-19. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2020.

NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo.* Madri: 1986.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal.** Rio de Janeiro: Forense. Edição do Kindle, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Imprensa: Coimbra, Edições Almedina, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação e autoridade o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, nº 54, p. 318-335, janeiro/março de 2006.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo.** vol. 224/2013, p. 41 – 61, Out / 2013.

REIS, Camille Lima. In: Fomento às novas tecnologias na administração pública como direito ao desenvolvimento. CARVALHO, Fabio Lins de Lessa (coord). **Direito administrativo democrata.** Curitiba: Juruá. 2021.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: RT, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Dir. Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, Jul/ser 1997.

RODRIGUES, Lêde Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano.** Forense: Rio de Janeiro, 1958.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Adriano Vitalino dos. A prova diabólica e sua influência sobre a presunção de legitimidade do ato administrativo. **Revista de Doutrina TRF4**, 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Adriano_dosSantos.html. Acesso em: 16 de dez de 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e processo administrativo. SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) . **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Orgs.) **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011

SCHIRATO; Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? In: MEDAUAR, Odete (coord.); SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do centro de estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Edição do Kindle.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo. MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 15, 1996.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. São Paulo: Saraiva, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e a busca da verdade. **Revista Magister de direito civil e processual civil**. Imprensa: Porto Alegre. v. 13, n. 77, p. 28–48, mar./abr., 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. in: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Justiça e verdade na prestação jurisdicional, segundo o direito processual civil brasileiro. **Revista Trib. Reg. Fed. 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

VALDIVIA, Diego Zegarra. *La motivación como elemento esencial del acto administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VEDEL, Georges. Discontinuité du Droit Constitutionnel et Continuité du Droit Administratif: Le role du juge. In: *Mélages Offers à Marcel Waline: Le juge et le droit public*. Paris: LGDJ, 1974. t. 2, p. 777-793.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e Common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

XAVIER; Alberto. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro:Forense, 2005.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8ª ed. Vol. I. Milão: Giuffrè, 1958.