
POR UMA RELEITURA DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE COMO ATRIBUTO DO ATO ADMINISTRATIVO

FOR A REINTERPRETATION OF THE PRESUMPTION OF LEGITIMACY AS AN ATTRIBUTE OF AN ADMINISTRATIVE ACT

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

Doutor e Mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura – EPM e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo. <https://orcid.org/0000-0002-7091-7258>

ANDRÉ PETZHOLD DIAS

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Advogado da União, Procurador Chefe da Procuradoria da União no Amazonas. Professor Universitário na Universidade Estadual do Amazonas e no Centro Universitário Fametro <https://orcid.org/0000-0002-9057-8804>

RESUMO

Objetivo: No presente ensaio propomos uma releitura da presunção de legitimidade como atributo do ato administrativo, investigando qual seu fundamento jurídico e sobre a pertinência da manutenção de tal qualificação desse tipo de ação estatal na contemporaneidade.

Metodologia: Para nosso estudo nos valem de pesquisa bibliográfica, de legislação e de informações em sites oficiais. O método empregado foi o hipotético-dedutivo.

Resultados: Pesquisando a bibliografia e legislação existentes sobre o tema, chegamos à conclusão de que a presunção de legitimidade do ato administrativo não tem fundamento legal expresso em nosso sistema, embora continue a ser referida nos nossos principais manuais de Direito Administrativo. Também chegamos à conclusão da necessidade de releitura de tal atributo à luz de alterações dogmáticas e legislativas



recentes, dentre as quais destacam-se a aprovação das Leis nº 13.460/2017, nº 13.874/2019 e do Código de Processo Civil de 2015.

Contribuições: A principal contribuição do nosso estudo é, ao analisar criticamente os fundamentos jurídicos da referida presunção de legitimidade, expor argumentos consistentes, inclusive com base na legislação, que reclamam a sua revisão. Ao final ainda discutimos sobre o papel da dúvida razoável em julgamentos nos quais se questiona a aplicação de uma punição imposta pela Administração e como o avanço dos meios tecnológicos permite-lhe documentar de forma precisa a matéria fática a partir da qual faz suas deliberações.

Palavras-chave: presunção de legitimidade; presunção de veracidade; ato administrativo; atributo; boa-fé.

ABSTRACT

Objective: *In this essay we propose a reinterpretation of the presumption of legitimacy as an attribute of the administrative act, investigating its legal basis and the relevance of maintaining such qualification of this type of state action nowadays.*

Methodology: *For our study, we used bibliographic and legislation research, as well as information on official websites. We used the hypothetical-deductive method.*

Results: *Researching the existing bibliography and legislation on the subject, we came to the conclusion that the presumption of legitimacy of the administrative act has no express legal basis in our system, although it continues to be referred to in our main Administrative Law manuals. We also concluded the need to reread this attribute in the light of recent dogmatic and legislative changes.*

Contributions: *The main contribution of our study is to expose consistent arguments, including those based on legislation, that demand a revision of the presumption of legitimacy as a qualification of the administrative act. In the end, we also discuss the role of reasonable doubt in judgments in which the application of a punishment imposed by the Administration is questioned and how the advancement of technological means allows it to accurately document the factual matter from which it makes its deliberations.*

Keywords: *presumption of legitimacy; presumption of veracity; administrative act; attribute; good faith.*



1 INTRODUÇÃO

Segundo reza nossa doutrina juspublicista de escol, o ato administrativo goza de atributos, a saber: presunção de legitimidade (que englobaria as presunções de legalidade e veracidade), imperatividade e autoexecutoriedade.

Por tradição, e algum fragmento de fundamento legal aqui e ali¹, repetimos, de um modo um tanto acrítico, essa verdade que nos é revelada pelos melhores manuais de Direito Administrativo.

No presente ensaio vamos problematizar a presunção de legitimidade como qualificativo inerente à ação estatal, discutindo sua origem e compatibilidade com a atual quadra de desenvolvimento do nosso Estado de Direito.

Para nosso propósito, em especial com foco no âmbito do chamado Direito Administrativo Sancionador, buscaremos debater a dita presunção considerando reflexões que podem ser feitas sobre o tema a partir de aproximações com o Direito Penal, com comandos previstos no Código de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos e na Lei de Liberdade Econômica, bem como no Código de Processo Civil.

Como método para explorar a hipótese lançada nos valeremos de revisão bibliográfica e pesquisa de jurisprudência.

2 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE, LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: FUNDAMENTO DOUTRINÁRIO E SUA CRÍTICA

Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça*. Esse princípio decorre do princípio da legalidade da Administração que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da

¹ Alexandre Santos de ARAGÃO lembra, a tal respeito, o teor do inciso II do art. 19 da Constituição, que estabelece que um ente público não pode recusar fé a documento produzido por outro (SANTOS, 2012, p. 121). Já Diogenes GASPARINI traz à colação a presunção relativa de validade que o inciso I do art. 1º do Decreto-lei nº 779/1969 atribui a recibos de pagamento e pedidos de demissão firmados por empregados públicos em relações cujas disputas são submetidas à Justiça do Trabalho (2008, p. 27).



solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para, só após, dar-lhes execução (MEIRELLES, 1991, p. 135) (g.n.).

Com essas palavras Hely Lopes MEIRELLES lança algumas das pedras fundamentais que ajudaram a sedimentar a presunção de legitimidade como atributo do ato administrativo entre nós.

Vejam que o autor é expresso no sentido de que o referido postulado não dependeria de qualquer previsão legal para ter vigência, decorrendo de uma concepção de princípio da legalidade a disciplinar a atuação administrativa em boa medida pautada na irreal expectativa de o Legislador de antemão poder tecer minúcias sobre o agir do servidor público nas suas mais diversas áreas de atuação², além de cumprir razões que poderíamos chamar de funcionais, já que serviria como justificativa para as decisões do Poder Público já poderem desde logo produzir efeitos na esfera jurídica dos seus destinatários, sem o que imagina-se que haveria uma indesejável paralisia no dia a dia dos afazeres estatais.

Para MEIRELLES, como a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza, em um ambiente em que supostamente não haveria liberdade nem vontade pessoal (MEIRELLES, 1991, p. 78), os atos administrativos, em concretização de comandos legais, ostentariam a presunção de legitimidade, que teria como um dos seus efeitos transferir “o ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca” (MEIRELLES, 1991, p. 135).

Celso Antônio Bandeira de MELLO em seu manual, também sem referir a qualquer diploma legal que sirva de anteparo à dita presunção, limita-se a afirmar que ela corresponde a:

qualidade, que reveste tais atos (administrativos), de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção ‘juris tantum’ de legitimidade”. O autor acrescenta: “salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até ser questionada em juízo (MELLO, 2021, p. 342).

² Para uma crítica da concepção do princípio da legalidade administrativa como o ideal de mera subsunção pelo servidor de comandos legais exaurientes estipulados pelo legislador, ver OTERO, 2007, p. 152 e ss.; MEDAUAR, 2017, p. 166 e ss.



Odete MEDAUAR, por sua vez, destaca que a presunção de legalidade do ato administrativo decorre da necessária relação de submissão da Administração à lei, o que implica que “descabe à Administração comprovar, ao editá-lo, que está conforme à lei. Tal característica não exige a Administração de motivar o ato, apontando as razões de fato e de direito”. A seguir, em ponderação que nos faz recordar o “caráter instrumental” da presunção defendido por Hely Lopes MEIRELLES, prossegue a professora afirmando que essa nota peculiar desse tipo de atuação estatal “significa, sim, que a Administração não é obrigada a demonstrar cabalmente, por argumentos alentados, a cada ato editado, a sua legalidade” (MEDAUAR, 2020, p. 152).

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO enquadra o que chama de presunção de validade dos atos da Administração como princípio extraído de quatro vetores a embasar toda ação do Poder Público: vinculação a “pressupostos reais (realidade), em estrito cumprimento da lei (legalidade), voltado a suas legítimas finalidades (legitimidade) e subordinação à moral (licitude)”. O autor, sustentando que a referida presunção depende do atendimento a esses quatro requisitos, que remeteriam ao “megaprincípio da segurança jurídica”, pondera que ela enseja “uma certeza relativa de validade jurídica, (que) cederá ante a prova em sentido contrário, cabendo a quem a conteste, produzi-la” (MOREIRA NETO, 2009, p. 97/98).

Edmir Netto de ARAÚJO aborda a presunção de legitimidade dos atos administrativos sob a perspectiva de fatores que lhes confeririam eficácia diferenciada quando comparados àqueles que se dão no âmbito de relações privadas. Nesse contexto, sob a compreensão de que tanto a presunção em comento, como a imperatividade e a autoexecutoriedade da ação estatal estariam a serviço do postulado da supremacia do interesse público, o autor apresenta os respectivos conceitos de forma concatenada:

Imperatividade: os comandos administrativos são obrigatórios a todos os que na hipótese se enquadrem, porque tais atos presumem-se legítimos e verdadeiros até prova definitiva em contrário, uma vez que o Estado só pode agir conforme a lei e o interesse público (presunção de legitimidade). Fundamentando-se nesses dois atributos, o ato administrativo, ao contrário dos atos jurídicos privados, é em princípio autoexecutável (autoexecutoriedade), de imediato, pela Administração, até mesmo coercitivamente. Uma vez que a realização do interesse público, que sobrepuja os interesses privados, muitas vezes não pode e não deve se



sujeitar-se à participação dos destinatários ou de outros poderes para concretizar-se, invertendo o ônus da prova e mesmo da provocação judiciária a quem alega a invalidade (...) (ARAÚJO, 2010, p. 477/478).

Adotando pressuposto análogo quanto à relação entre imperatividade, exigibilidade e presunção de verdade da atuação Administrativa é o pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, que, em obra cuja primeira edição data de 1969, afirma:

a idoneidade jurídica do ato administrativo de ser exigível deflui da presunção, que ele tem, de verdade, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particulares, sem necessidade do juízo probatório preventivo de sua validade. É o chamado 'privilege du préalable' (MELLO, 2007, p. 615).

Ao justificar a exigibilidade e a autoexecutoriedade do ato administrativo, o autor aponta, entre outras razões, a necessidade de satisfação do bem comum, além do que Administração, com seu agir, não perturbaria a ordem social (assertiva que certamente pode ser problematizada nos dias que correm³)(MELLO, 2007, p. 615).

Lúcia Valle FIGUEIREDO também relaciona a presunção de legalidade dos atos administrativos à sua imperatividade e exigibilidade, nos seguintes termos: “se os atos administrativos são imperativos e podem ser exigíveis (isto é, tornam-se obrigatórios e executáveis), há de se militar em seu favor a presunção de ‘*juris tantum*’ de legalidade”. Fazendo alusão à doutrina de Celso Antônio Bandeira de MELLO, a autora traz relevantes considerações acerca do ônus da Administração de demonstrar a correção de sua atuação sempre que questionada a respeito, seja em processo judicial ou mesmo administrativo (FIGUEIREDO, 2006, p. 191/192).

Em lição que nos parece irretorquível sustenta a professora:

³ Para uma análise de intervenções públicas bastante controversas por parte do Estado brasileiro em questões atinentes à ordenação do território com forte impacto no direito à moradia de populações economicamente vulneráveis ver, por exemplo, ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Controle judicial de políticas públicas de moradia para baixa renda: uma proposta metodológica*, Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021, p. 26 e ss..



Caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado.

Determinada, por exemplo, a demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, se houver contestação em juízo, deverá a Administração provar (por meio de estudos técnicos ou pareceres de profissionais competentes) que o imóvel ameaçava ruína e que desse fato resultava a periclitção da incolumidade pública (FIGUEIREDO, 2006, p. 191).

Diógenes GASPARINI associa a presunção de legitimidade do ato administrativo ao princípio da legalidade aplicado à Administração, já que *“se a Administração Pública só pode agir ou atuar ‘se’, ‘como’ e ‘quando’ a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade dos seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito”*. Como desdobramento do referido atributo, prossegue o professor afirmando que a autoridade *“não tem a necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade”*, salvo quando contestada na esfera judicial ou administrativa, ou então quando houver disposição legal expressa em sentido contrário⁴ (GASPARINI, 2008, p. 74/75).

GASPARINI ainda ressalva que atos que a Administração pratica sob a égide do Direito Privado não gozam de tal característica, sendo que há doutrinadores que paralelamente à noção de presunção de legitimidade (que reportaria à legalidade do ato) ainda defendem a existência de presunção de veracidade (que reportaria à matéria fática objeto de descrição pelo servidor em sua atuação) (GASPARINI, 2008, p.75).

Silvio Luís Ferreira da ROCHA, que também destaca a presunção de legitimidade e de veracidade do ato administrativo, vê o fundamento daquela no princípio da legalidade, bem como em razões de *“celeridade na condução dos negócios públicos”*. Após questionado o ato judicial ou administrativamente o autor

⁴ O exemplo que o autor dá a respeito é o art. 113 da Lei nº 8.666/1993, cuja redação do *caput* é a seguinte: “Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto”.



afirma que seria ônus da Administração demonstrar sua regularidade, acrescentando que o STF teria vários acórdãos em que, com base em tal atributo da ação estatal, reconheceu-se a manutenção de efeitos favoráveis ao particular de boa-fé (ROCHA, 2013, p. 307/309).

Marçal JUSTEN FILHO, alertando para influência de concepções não democráticas na elaboração doutrinária dos atributos dos atos administrativos, assevera que nela

há fortes resquícios 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 'prerrogativas' do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência (JUSTEN FILHO, 2010, p. 342/343)

Nada obstante JUSTEN FILHO defende a presunção de legitimidade do ato administrativo como um *"instrumento necessário à satisfação dos deveres inerentes à função administrativa"*, a ser lido, contudo, conforme os ditames da ordem constitucional vigente no país. Para o autor tal presunção se limita a questões pertinentes a fatos (não alcançando, pois, discussões jurídicas), sendo que ela não isentaria a Administração de comprovar o cumprimento do devido processo que lhe é imposto pela lei (JUSTEN FILHO, 2010, p. 343/346).

Segundo JUSTEN FILHO:

Se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inoocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. 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 a sua verificação.

Não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal. Ou seja, a Administração não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário (JUSTEN FILHO, 2010, p. 346).

José dos Santos CARVALHO FILHO sustenta que a presunção de legitimidade *"não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato"*



administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado”, do que decorreria ser natural que esses servidores perseguissem a satisfação do interesse público no exercício das competências que lhes são legalmente atribuídas. O autor afirma que a presunção em comento implica inversão do ônus da prova, de modo que quem alega a ilegalidade do ato deve comprová-la (CARVALHO FILHO, 2011, p. 112/113).

Irene Patrícia NOHARA encontra no princípio da legalidade administrativa, que impõe mais rigores à ação da Administração do que os existentes para autuação dos particulares, um dos fundamentos para as presunções de legitimidade e veracidade do ato administrativo, ao que se soma a “possibilidade de controle e impugnação dos atos que violem ao ordenamento jurídico” e a necessidade de se conferir ao Estado um meio célere para cumprimento de suas funções (razão de ordem prática). A autora pondera que tal qualidade da ação da Administração não exclui o dever de esta motivar seus atos, indicando os “pressupostos de fatos e de direito que determinarem a decisão (art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784/1999)” (NOHARA, 2017, p. 179/181).

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, após relacionar fundamentos apontados pela doutrina para justificar as presunções de legitimidade e veracidade, assevera que essa prerrogativa, *“como todas as demais dos órgãos estatais, é inerente 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”*. De modo um pouco vacilante, a professora alega que o atributo inverte o *“ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade”*, o que, contudo, na eximiria a Administração de *“provar a sua verdade”*, do que seriam prova previsões legais que autorizam juiz ou promotor requisitarem documentos do Poder Público.

A autora afirma que apenas a presunção de veracidade, por ser relativa a fatos, é que tem por efeito a inversão do ônus da prova, sendo que esse atributo seria indissociável de todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado (DI PIETRO, 2018, p. 231/233).



Luis Manuel Fonseca PIRES é outro autor que identifica no princípio da legalidade que rege o agir estatal o fundamento para a presunção de legitimidade do ato administrativo, isso já que, como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II da Constituição), a Administração, para comprimir a esfera de liberdade privada, necessariamente deve se conduzir com amparo em autorização legal (PIRES, 2005, p. 90). Quanto ao alcance dessa presunção, PIRES, fazendo alusão à doutrina de Celso Antônio Bandeira de MELLO, Lúcia Valle FIGUEIREDO e Diógenes GASPARINI, afirma que ela só vale até o momento do questionamento do ato, seja em juízo ou na seara administrativa (PIRES, 2005, p. 95).

O autor, além de ressaltar que o atributo em comento não isenta o servidor de motivar adequadamente sua decisão (PIRES, 2005, p. 103), ainda destaca que, no que se refere aos fatos tais como descritos no ato administrativo, não militaria qualquer presunção em favor do Poder Público, já que na dúvida deveria haver uma interpretação em prol da liberdade do particular, compreensão que adota com apoio nas lições de Augustín GORDILLO (PIRES, 2005, p. 96/97)⁵.

Demian GUEDES pontua a origem autoritária da construção da ideia de presunção de veracidade dos atos administrativos, a qual, sem contar, na visão do autor, com qualquer respaldo legislativo, deve ser analisada à luz de outros valores e princípios, como os que vinculam a atuação do Estado aos deveres de transparência, motivação e processualidade (2008, p. 244 e ss.). GUEDES também defende que tal presunção não pode implicar a transferência do ônus de provar fatos negativos aos particulares, bem como que seus efeitos só são admitidos até a impugnação do ato pelo particular (2008, p. 260/262).

Para Ricardo Marcondes MARTINS a presunção de legitimidade do ato administrativo encontraria sua justificativa em outra presunção, a da *“regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado”*, segundo a qual, até prova em contrário, as leis são consideradas constitucionais e os atos administrativos constitucionais e

⁵ Luis Manuel Fonseca PIRES também registra um efeito da presunção da legitimidade que seria não contrário, mas favorável ao particular, isso já que esse atributo justificaria a tutela da confiança do cidadão em atos administrativos que, apesar de viciados, venham a lhe conferir direitos (PIRES, 2005, p. 104).



legais, o que desempenharia um papel importante no discurso jurídico, na funcionalidade da relação de Poder estabelecida entre Estado e cidadão (2014, p. 186 e ss.).

Defende MARTINS:

(...) num diálogo racional vigora a regra de que aquele que afirma deve provar a veracidade de sua afirmação. No discurso normativo, cabe ao destinatário provar que a norma é inválida. Vale dizer: ao menos em um primeiro momento a norma editada pela autoridade é considerada válida (presunção de validade dos atos normativos estatais), cabe ao destinatário impugná-la perante o órgão competente e iniciar a discussão sobre a invalidade. Somente quando reconhecida a invalidade pelo órgão competente, a norma deixa de vincular o destinatário. Com a 'inversão do ônus da prova' o sistema desconfirma a desconfirmação e mantém a autoridade (2014, p. 188/189).

Alexandre Santos de ARAGÃO, em estudo específico voltado a discutir a presunção de veracidade, a situa como decorrência da compreensão que se têm do princípio da legalidade administrativa, sendo que, após revisitá-la com apoio em doutrina nacional e estrangeira, defende sua não recepção pela ordem constitucional de 1988, especialmente em face dos princípios da motivação e da presunção de inocência, o que imporia sua admissão apenas em situações excepcionais, nas quais para se desincumbir de suas missões a autoridade não poderia ser obrigada a produzir prova de impossível realização (2012, p. 122 e ss.).

ARAGÃO, vislumbrando ambiente propício à mudança de paradigmas no atuar da Administração Pública, ainda dá notícia de que na Lei de Processo Administrativo do Peru restou consagrada a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo particular (art. 4º e 42), exigindo maior ônus de motivação nas decisões dos agentes públicos daquele país (art. 6º), o que, ao seu ver, seria mais consentâneo com as demandas de um Estado Democrático de Direito (2012, p. 129).

Vitor Rhein SCHIRATO, numa visão crítica da temática dos atributos do ato administrativo à luz da ordem constitucional vigente, pondera que todos os atos jurídicos, e não só os atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade, isso em conformidade com o que prevê o art. 219 do Código Civil⁶ (2011, p. 125 e ss.).

⁶ Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou



Além disso ainda salienta que, nos dias que correm, não se pode mais aceitar atos administrativos que existam desvinculados de um processo no qual se dê a sua formação.

Segundo SCHIRATO:

a veracidade das alegações da administração pública que esteiam um ato administrativo está longe de ser presumível. Depende 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 da ampla defesa (inc. V do art. 5º da CF/1988)(2011, p. 129)

Mais à frente o autor complementa:

Demais disso, entendemos ser possível, inclusive, afirmar que, em determinados casos, há uma presunção de ilegitimidade dos atos administrativos. Tais casos serão aqueles em que a administração pública não fundamenta as suas decisões. Ao lume do conteúdo dos incs. LIV e LV do art. 5º da CF/1988, bem como do art. 50 da Lei 9.784/1999, parece-nos que os atos administrativos sem a necessária motivação devem ser considerados presumivelmente ilegítimos, levando-se à nulidade do ato e invertendo-se à administração o ônus da prova da legitimidade do seu ato (SCHIRATO, 2011, p. 129).

Feita uma abordagem relativamente ampla de como a doutrina brasileira contemporânea vê a presunção de legitimidade como atributo do ato administrativo, vale ainda referir que o tema não é exclusivo do nosso país, sendo tratado e problematizado em outros sistemas jurídicos, nos quais suscita questionamentos em termos próximos daqueles verificados no debate nacional.

O professor português Diogo Freitas do AMARAL (2011), por exemplo, capitaneia uma coletânea em que vários autores são chamados a investigar, em distintos ordenamentos, como se dá o exercício da ação unilateral auto-executória do Estado, o que, a depender da leitura feita por cada estudioso, pode encontrar seu fundamento justamente na presunção de legitimidade do ato administrativo; ou seja,

com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em 07/04/22).



a Administração pode executar suas ordens diretamente em face dos particulares, independentemente de prévia autorização judicial, isso porque seus atos são compreendidos, pelo menos em princípio, como conformes à lei e ao Direito.

A obra coletiva foi inspirada em um seminário no qual se discutiu se haveria ou não em sistemas de tipo inglês privilégio de ação unilateral por parte do Poder Público, buscando-se ainda esclarecer qual seria o entendimento atual sobre tal prerrogativa em países de tradição jurídica romano-germânica (AMARAL, 2011, p. 25).

Maria Amélia Barradas CARLOS, analisando o sistema italiano, informa que parte da doutrina daquele país fundamenta a autoexecutoriedade das decisões administrativas na presunção de legitimidade dos atos administrativos, sendo que outros autores a fundamentam no poder de império e/ou na necessidade eficácia da ação estatal (CARLOS, 2011, p. 107).

Ana Sofia CARVALHO, ao investigar o Direito Espanhol, pontua que nele há previsão legal expressa no sentido de que todos os atos administrativos gozam de presunção de validade, isso em conformidade com o art. 57.1 Lei de Procedimento Administrativo Comum (Lei nº 30/1992) (CARVALHO, 2011, p. 149).

Ana Rita GIL, debruçando-se sobre a executoriedade das decisões administrativas no Canadá, onde há influência tanto da Common Law como da Civil Law⁷, afirma que, em Québec, os organismos estatais se beneficiam do “*privilège du préalable*”, o qual é entendido como uma “presunção a favor da legalidade dos seus atos” (GIL, 2011, p. 341).

Agustín GORDILLO, professor argentino referido por autores brasileiros ao tratar do nosso tema, afirma que a presunção de legitimidade do ato administrativo encontra fundamento legal expresso na Argentina (art. 12 do Decreto-lei 19.549/1972), sendo que teria sua razão de ser teórica e prática nas garantias subjetivas e objetivas que precedem à tomada de decisão pela autoridade estatal, as

⁷ “A Administração nem sempre está sujeita aos princípios da *common law*. Ela evita-os de cada vez que se cria uma lei especial que lhe confere poderes e imunidades, considerados como exceções ao direito comum. Isso tem vindo a suceder com muita frequência, levando alguns autores a referir que as diferenças entre o direito administrativo francês e o canadiano tendem a esbater-se”(GIL, 2011, p. 324).



quais seriam, ao menos idealmente, vocacionadas ao exercício regular da função pública (2003, p. V-10/12).

GORDILLO assevera que no dia a dia das repartições públicas não se vê motivo para supor a legitimidade como um atributo genérico a qualificar todo e qualquer ato administrativo, sobretudo os que apresentem vícios manifestos, sendo que, na dúvida quanto a higidez da manifestação estatal esta deveria se resolver em favor da liberdade do cidadão (e não em prol do Estado) (2003, p. V- 10/14, V- 21/22).

Philippe NONET e Philip SELZNICK, refletindo a partir do cenário norte-americano, identificam na ideia de “presunção da regularidade administrativa” um dos traços característicos do que os autores chamam de “direito repressivo” (2010, p. 85), que seria um tipo de ordenamento jurídico que tem por norte a viabilização do exercício do Poder, e que contrasta com modelos de direito dirigidos a controlá-lo com independência (“direito autônomo”) ou então a atender aos anseios da população por justiça substantiva (“direito responsivo”)(2010, p. 71 e ss.).

No que se refere ao sistema francês, que foi a principal fonte de inspiração para o desenvolvimento de uma ideia de Direito Público exorbitante, que prevê prerrogativas para a Administração distintas daquelas ostentadas por partícipes de relações privadas, a chamada presunção de legalidade (ou de regularidade, ou de conformidade ao direito, ou de boa-fé) do ato administrativo nem sempre é mencionada nos autores de manuais contemporâneos, sendo que a temática, ao menos na pesquisa realizada, costuma vir atrelada à justificativa do instituto da ação estatal unilateral.

Dos estudiosos que empregam tal presunção para explicar a auto-executoriedade das deliberações das autoridades públicas (RIVERO, 1981, p. 116/117; CHAPUS, 2001, p. 1171; ROUSSET/ROUSSET, 2004, p. 155/156; CARTON/DESCLODURES, 2009, p. 313; WALINE, 2010, p. 411; RICCI, 2011, p. 325; DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 376/377; CHRÉTIEN/CHIFFLOT, 2012, p. 532; PLESSIX, 2016, p. 1046), vários defendem, do mesmo modo que ocorre no Brasil, que cabe ao particular interessado a produção da prova da irregularidade da ação impugnada como condição para obstar os respectivos efeitos (RIVERO, 1981, p.



116/117; ROUSSET/ROUSSET, 2004, p. 155/156; CARTON/DESCLODURES, 2009, p. 313; WALINE, 2010, p. 411; DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 376/377)⁸.

Outros autores, diversamente, trabalham a ideia de executoriedade dos atos administrativos sob outros prismas, como o da “força da coisa decidida”⁹ pela autoridade estatal, sem menção ou ao menos destaque ao argumento da “presunção de legitimidade” para justificar essa faceta da atuação do Poder Público (FRIER/PETIT, 2010, p. 334; TRUCHET, 2011, p. 256; LEBRETON, 2011, p. 256 e ss.; DEVILLER, 2011, p. 308).

Feito esse percurso em busca dos fundamentos jurídicos da presunção de legitimidade do ato administrativo, em se verificando divergência doutrinária tanto no nosso sistema como no de outros países a respeito, vale ainda problematizar a noção à vista de temáticas que vêm, inclusive com amparo expresso na legislação, ganhando espaço na nossa dogmática.

2.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL)

Considerando a evolução que vem sendo experimentada pelo Direito Administrativo nas últimas décadas, tendo por norte uma progressiva atenção para com a tutela dos direitos humanos, em especial no que se refere à competência sancionatória estatal urge uma reflexão sobre em que medida a presunção de inocência tal como vigente no Direito Penal poderia-deveria ter incidência também em

⁸ René CHAPUS, após defender a presunção de legalidade do ato administrativo, afirma que este gera obrigações não só aos servidores públicos como à população em geral, sendo que não caberia ao cidadão ser juiz da legalidade desse tipo de decisão, devendo, para não a cumprir, questioná-la junto à Administração ou ao Judiciário, recurso que via de regra não teria efeito suspensivo. O autor, de todo modo, faz ressaltar expressa quanto à possibilidade de resistência do destinatário quanto a atos “manifestamente ilegais” (CHAPUS, 2001, p. 1171).

⁹ “*Autorité de chose décidée*”, que, apresentando um certo paralelo com a “coisa julgada” produzida pelo controle judicial, é uma noção normalmente atribuída a Hauriou para explicar o regime exorbitante que seria próprio do Direito Administrativo. Esse argumento, vale dizer, também é apresentado como reforço por muitos dos autores que adotam a “presunção de legitimidade” para justificar a auto-executoriedade das decisões estatais, embora se possa notar em vários deles uma preocupação em se pontuar maiores limites para o manejo desse tipo de prerrogativa, que deveria, quando possível, só ocorrer como uma espécie de *ultima ratio*, isto é, quando sanções administrativas e penais não bastarem para assegurar a autoridade da deliberação pública (CHAPUS, 2001, p. 1171 e ss.; ROUSSET/ROUSSET, 2004, p. 155/159; DEBBASCH/COLIN, 2011, p. 377 e ss.).



outros âmbitos nos quais esteja em jogo a aplicação de uma punição por um agente público.

Como o Estado, que detém o monopólio da violência legítima em uma dada comunidade, é um só, a prerrogativa de estabelecer ilícitos e impor sanções aos respectivos responsáveis, seja por meio de órgãos administrativos ou judiciais, deveria se inspirar em princípios comuns, voltados ao adequado desempenho dessa função, ainda que adaptáveis às estruturas de serviço pertinentes.

Se há questionamentos sobre a extensão da influência que institutos do Direito Penal podem ter para o aprimoramento do Direito Administrativo sancionador¹⁰⁻¹¹, ao menos no que concerne à presunção de inocência não nos parece haver qualquer justificativa para que se recuse sua incidência no julgamento de ilícitos administrativos¹².

Sob uma perspectiva de Teoria Geral do Direito, a previsão de sanção para quem violar uma norma cumpre um caráter instrumental vocacionado a reforçar o dever de sua observância pela população. Ou seja, ao se estabelecer punições para quem se desviar do comportamento tido como socialmente adequado o que se pretende é justamente evitar a prática de condutas lesivas a bem jurídicos relevantes para o viver em coletivo.

Dessa forma, tem-se que, tanto no âmbito penal como no administrativo sancionador, deve-se exigir a clareza da lei na comunicação do comportamento esperado do seu destinatário, sendo que, quando lhe for imputado um ilícito, a punição só é legítima, atendendo às suas finalidades de prevenção (geral e especial), caso, ao fim do processo respectivo, não haja qualquer dúvida razoável sobre a responsabilidade pelo seu cometimento.

¹⁰ A título ilustrativo pode-se mencionar o desafio em se estruturar órgãos administrativos responsáveis pelo julgamento de ilícitos de modo a se garantir a imparcialidade do julgador face a possíveis pressões que este possa sofrer por parte de interesses da alta Administração.

¹¹ Sobre a aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal no que se refere às garantias a serem conferidas aos acusados de cometer ilícitos em ambas as searas, ver PASTOR, 2000, p. 376 e ss.; MELLO, 2007, p. 104 e ss.; COSTA, 2014, p. 113 e ss.; NIETO, 2016, p. 131 e ss.; VORONOFF, 2019, p. 32 e ss..

¹² Alejandro NIETO nos dá notícia que no Direito espanhol a Constituição reconhece, em seu art. 24.2, a garantia da presunção de inocência a todos, a qual teria aplicação tanto no âmbito do Direito Penal, como no do Direito Administrativo Sancionador (2016, p. 365 e ss.). No mesmo sentido, ver PASTOR, 2000, p.404/406.



Assim, no bojo de um processo administrativo sancionador, ainda que se parta da ideia de presunção de legitimidade do ato administrativo que impõe uma penalidade ao particular, quando houver seu questionamento junto à própria Administração ou aos Tribunais, em sendo suscitada incerteza plausível seja sobre a materialidade do ilícito ou de sua autoria, acreditamos que o resultado deva ser pela insubsistência da sanção impugnada.

2.2. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO PARTICULAR E SUA HIPOSSUFICIÊNCIA FACE A ADMINISTRAÇÃO (DIÁLOGO COM O CÓDIGO DE DEFESA DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E COM A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA)

Além da presunção de inocência outro valor com o qual a presunção de legitimidade do ato administrativo deve dialogar em situações concretas nas quais se discute a legitimidade de uma punição imposta pela autoridade estatal é a presunção de boa-fé do particular, bem como a de sua hipossuficiência perante a Administração Pública.

Diferentemente do fundamento eminentemente doutrinário, com forte repercussão na jurisprudência, da presunção de legitimidade do ato administrativo, no que se refere à presunção de boa-fé do particular e de sua hipossuficiência perante o Estado há comandos legais expressos que determinam a sua incidência na aplicação da legislação pelos órgãos de fiscalização e controle.

A respeito confira-se a redação do inciso II do art. 5º da Lei nº 13.460/2017 e dos incisos II e IV do art. 2º da Lei nº 13.874/2019:

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:(...) II - Presunção de boa-fé do usuário;

Art. 2º - São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: (...)II - a boa-fé do particular perante o poder público;(...) IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.



Logo, se não bastasse a lógica acima exposta quanto ao postulado da presunção de inocência, a força inerente aos deveres legais ora referidos também impõe aos controladores, seja em âmbito administrativo ou judicial, o ônus de prestigiar, em havendo dúvida razoável quanto à regularidade da atuação administrativa controvertida, o que for afirmado pelo cidadão, o que pode ser lido, em termos principiológicos, como a prevalência, neste contexto, do valor liberdade sobre o da autoridade estatal (GORDILLO, 2003, p. V-22; PIRES, 2005, p. 96; BOBBIO, 2006, p. 206).

2.3. HIPOSSUFICIÊNCIA PROCESSUAL DO PARTICULAR (DIÁLOGO COM O CÓDIGO PROCESSO CIVIL)

O Código de Processo Civil de 2015 inovou no que concerne à distribuição do ônus da prova, adotando a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, admitindo ao magistrado fazer a redistribuição desse ônus de acordo com a facilidade de cada uma das partes produzir a prova sobre determinado fato, nos termos do parágrafo 1º do art. 373, do estatuto processual.

Esse cenário normativo também impacta na análise do atributo do ato administrativo objeto do presente estudo. Para o debate do tema sob a perspectiva da aplicação contenciosa do Direito, isso tanto em âmbito administrativo como judicial¹³, impõe que se trabalhe com um conceito de presunção, o qual resta definido com clareza no Código de Direito Canônico, cujo art. 1584 tem a seguinte redação: *“presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; pode ser de direito, quando é determinada pela lei, ou de homem, se é deduzida pelo juiz.”*

Assim, assumindo-se a existência da referida presunção no âmbito da atuação estatal, conjecturam-se prováveis os fatos que fundamentam a prática do ato administrativo.

¹³ Art. 15 do Código de Processo Civil – “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 14/04/22).



A ausência de certeza torna possível a produção de prova em contrário, tratando-se, como visto, de presunção relativa. Partindo dessa premissa, cabem algumas indagações.

Primeiramente, deve ser analisado se existe dificuldade de acesso do administrado às provas que embasam o ato administrativo a justificar a citada inversão por hipossuficiência.

Mais adiante devem ser examinados os meios de provas disponíveis para registro dos fatos (vide item 4 infra).

O acesso da parte à íntegra dos autos do processo administrativo de seu interesse não é objeto de questionamento, havendo para o particular vários fundamentos que lhe garantem tal prerrogativa. O artigo 3º, II da Lei do Processo Administrativo federal, por exemplo, prevê que é direito do cidadão *“ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”*¹⁴.

Ainda que não seja reconhecida ao indivíduo a condição de interessado em um determinado procedimento, a regra geral da publicidade a reger o exercício do Poder estatal, acompanhada da disciplina prevista na Lei de Acesso à Informação, garantem-lhe a possibilidade de pleno conhecimento dos respectivos autos, bastando para tanto, nos termos do artigo 9º, I, c, da Lei nº 12.527/2011 *“protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações”*¹⁵.

A possibilidade de acesso pelo particular aos documentos públicos, vale dizer, já existia há muito tempo na Lei da Ação Popular, que tem como função, exatamente, o questionamento de atos administrativos, assim dispendo em seu artigo 1º, § 4º, *“(p)ara instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.”*¹⁶

¹⁴ Lei nº 9.784/1999, cujo texto está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, acesso em 14/04/22.

¹⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm, acesso em 14/04/22.

¹⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm, acesso em 14/04/22.



Por fim, o Código de Processo Civil prevê poderes ao magistrado que podem ser exercidos por comando direcionados à Administração, vide art. 438:

Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - As certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - Os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta¹⁷.

Resta evidenciado, pois, que não é por falta de amparo legal que o particular não consegue ter acesso ao processo relativo ao ato administrativo que pretende impugnar, dado que sugere a conveniência de se exigir que este, antes de buscar tais informações judicialmente, ao menos demonstre uma tentativa de obtê-los diretamente junto à repartição pública competente, o que eventualmente já pode implicar ausência de interesse em recorrer ao judiciário com tal objetivo, isso imaginando-se que a fundamentação da ação estatal em tela esteja estampada satisfatoriamente nos autos em que se deu a respectiva deliberação.

Agora, superada a questão do acesso aos atos administrativos, indissociável do dever de o Estado franquear ao interessado a vista do processo que lhes dá base, persiste a dúvida no que concerne à valoração das provas indicadas pela autoridade para justificar sua decisão.

Segundo Bedaque, a análise do ônus da prova pode se dar em seu aspecto subjetivo (quem deve produzir as provas), mas também em seu aspecto objetivo, como meio de o magistrado decidir quando os fatos não estiverem suficientemente provados¹⁸.

Nesse ponto da valoração, sem dúvida, a aplicação da presunção merece uma análise adequada.

Como se verá adiante, deveras relevante a discussão sobre a correta atuação da Administração por meio do uso de avançada tecnologia e como isso pode repercutir sobre a presunção de veracidade do ato, a qual deixa de depender apenas da fé-

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acesso em 14/04/22.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 4ª edição, São Paulo, RT, 2009, p. 120.



pública do agente. Como bem apontado por Durval CARNEIRO NETO, não se justifica uma cega obediência à presunção de veracidade, segundo o qual:

crítica à concepção ampla que se costuma ter da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sem que se empreguem mecanismos adequados de registro de fatos. Seja pela ausência ou insuficiência de normas procedimentais afinadas com a Constituição, seja pelo baixo investimento em formação de pessoal ou em tecnologia que pudesse assegurar um melhor controle (CARNEIRO NETO, 2015, p. 2).

E o autor prossegue sua análise:

como um fiscal de trânsito poderia declarar que determinado motorista teria trafegado com excesso de velocidade? Naturalmente seria preciso um adequado instrumento de medição que registrasse o excesso, possibilitando a conclusão do agente e servindo de suporte à aplicação da sanção administrativa. Cuida-se aí de necessária produção de prova ainda durante o processo de formação do ato administrativo, não se podendo concluir sobre a veracidade do fato com base em mera afirmação do agente público.” (CARNEIRO NETO, 2015, p. 5)

Nesse contexto em que o suporte fático se mostra relevante na fase de valoração da prova, pois, como dito acima, o ônus da prova em seu aspecto objetivo só se mostra relevante no cenário de ausência provas suficientes, tem-se que o ato administrativo deveria sim, com seus registros, ter aptidão para realizar o convencimento do público em geral, e das instâncias de controle interno e externo da Administração em particular, no que concerne aos fatos presumidos verdadeiros.

Dessa forma, para além da impossibilidade de se impor ao cidadão o ônus de produção de prova negativa em seu favor (como a de que não ultrapassou o farol vermelho ou a de que não estava com o seu veículo circulando em uma dada região da cidade em um certo horário), há de se indagar em que medida o avanço da tecnologia, sobretudo no que se refere à facilidade de produção de registros fotográficos acerca de ilícitos, não passa a obrigar a Administração a amearhar em seu processo de tomada de decisão tais elementos, de modo a não permitir qualquer dúvida quanto à legitimidade da sua conduta no estrito cumprimento da legislação.



Note-se que, para além das considerações feitas linhas acima acerca da presunção de inocência e da de boa-fé/hipossuficiência do particular em suas relações com o Estado, em muitas situações concretas imagina-se que apenas a Administração teria como produzir a prova do fato em que se funda sua deliberação¹⁹, o que lhe conferiria o dever de, sempre que possível, não se fiar apenas nas palavras de seus agentes, documentando satisfatoriamente as infrações que imputa a terceiros.

3 PROPOSTA DE ABORDAGEM À LUZ DOS *TOPOI* DÚVIDA RAZOÁVEL COMO ELEMENTO A FASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Como desdobramento das ponderações feitas acerca da aplicação contenciosa do Direito nas searas administrativa e judicial, em que os atores que interagem em tais palcos trazem suas alegações perseguindo o convencimento de um terceiro a quem cabe deliberar quem tem razão, imagina-se que o *topoi* “dúvida razoável”, de larga aplicação no âmbito do Direito Penal, possa cumprir um papel relevante no controle suscitado em face do ato administrativo sancionador.

Se faz sentido se exigir que, quando questionada quanto à regularidade da sua atuação, a Administração se desincumba satisfatoriamente do ônus de demonstrar que agiu de modo fundamentado, no contexto de um processo de tomada de decisão devidamente instruído, não há razão para que lhe seja imposto dever de motivação exauriente em todas as hipóteses, sobretudo quando a tese sustentada pelo particular não se revestir de elementos mínimos que lhe confirmem sequer verossimilhança.

Ao se sopesar, em um caso concreto, a presunção de veracidade do ato administrativo com a presunção de boa-fé do particular, deve-se analisar em que medida as assertivas de um e outro litigante são plausíveis, sendo de se supor que o agente estatal, via de regra, não tem interesse pessoal em atribuir um ilícito ao

¹⁹ Ex. veículo estava sem farol acesso de dia em via na qual o seu uso era obrigatório, ou então o seu condutor estava ao celular enquanto dirigia.



acusado, enquanto o acusado tem todo o interesse em se desvencilhar da imputação que lhe é feita.

A balança, por mais democrático e dialógico que seja o modelo burocrático, pesa em prol da adequada prestação do serviço público, que é, ao menos em tese, organizado de modo a propiciar a concretização de pautas de interesse geral de modo imparcial, dentro das condições materiais que lhe são disponíveis.

Nada obstante, havendo dúvida razoável sobre o juízo de certeza afirmado pela autoridade acerca do cometimento de uma infração, e não apenas alegações genéricas sem qualquer lastro na realidade, parece-nos plausível que esta milite em favor da liberdade do indivíduo, e não do poder do Estado, cujo exercício só é legítimo enquanto instrumental ao cumprimento dos fins que lhe são próprios, dentre os quais não está o de aplicar punições aleatoriamente a cidadãos desavisados.

Cumprir registrar, todavia, que, sobretudo quando um mesmo fato potencialmente desencadeie apurações em diferentes esferas de controle, a proposta apresentada pode ter sua aplicabilidade questionada a depender das peculiaridades da seara em que se dá a competência sancionatória estatal, já que uma dúvida razoável que justifique a absolvição de um acusado em uma dada instância (como a criminal) não necessariamente implica sua absolvição em outras.

No âmbito do poder disciplinar a cargo da União, por exemplo, tem-se a regra do art. 126 da lei 8.112/91²⁰, que prevê a comunicabilidade de uma decisão absolutória penal para a responsabilização administrativa também incidente sobre um suposto ilícito apenas nas hipóteses de prova de inexistência do fato ou de negativa de autoria.

Para esse contexto, Sebastião José LESSA e Raphael Pereira LESSA²¹ analisam o tema com extrema felicidade ao apontarem três diferentes graus de certeza na sentença penal absolutória.

²⁰ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm, acesso em 12/05/22).

²¹ LESSA, Sebastião José; LESSA, Raphael Pereira. *Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 24. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4119>, acesso em: 05/05/2022.



Num primeiro grau, a comprovação da inexistência do fato (386, I, CPP) e junto dela a comprovação de que réu não concorreu para a infração (386, IV) são pronunciamentos que vinculam o entendimento da Administração à luz do já citado artigo da Lei 8.112/90, bem como o do juiz da esfera civil, este com base no art. 935 do Código Civil²².

No segundo nível temos a ausência de prova da ocorrência do fato ou do envolvimento do réu (386, II e V), caso em que há ausência de prova (sim, total ausência). Daí resulta, inquestionavelmente, a existência de dúvida.

Por fim, no mais elevado grau de dúvida, a prova existe, mas ela não foi suficiente para o convencimento do magistrado com o grau de certeza exigido por lei para imposição de uma condenação criminal (386, VII).

E, nesse ponto, é importante demonstrar as diferenças da interdependência da esfera civil para a esfera administrativa punitiva. Enquanto no processo civil é possível (por força da revelia, por exemplo), presumir a responsabilidade do servidor para reparar o dano causado à Administração, o mesmo não acontece na esfera punitiva da improbidade (art. 17, § 19 da Lei 8.429/92²³). Daí resulta que uma absolvição criminal será suficiente para interferir na esfera administrativa (386, II e V), mas não na esfera da responsabilidade civil.

A partir de uma interpretação sistemática dessa interdependência, conclui-se que o grau de certeza exigível para aplicação de sanção na esfera penal é o mais elevado, na esfera administrativa é intermediário, e na esfera civil é menor.

²² Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em 12/05/22).

²³ § 19 do art. 17 da Lei 8.429/1992 – Não se aplicam na ação de improbidade administrativa: I - a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm, acesso em 12/05/22).



4 CASOS PRÁTICOS EM QUE NOVAS TECNOLOGIAS PERMITIRAM À ADMINISTRAÇÃO SE DESINCUMBIR ADEQUADAMENTE DO ÔNUS DE PROVAR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tema em voga na atualidade: a prevenção e combate a delitos ambientais. Nesse ponto ganha relevância a contribuição do CENSIPAM²⁴ (Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia), bem como do CENIMA²⁵.

Numa área de extensões continentais, a fiscalização de delitos ambientais na Amazônia se mostra impossível na prática sem a utilização de tecnologia. Como exigir de agentes do IBAMA e do ICMBIO a constatação de desmatamento ilegal em áreas afastadas? Por tal motivo são utilizadas imagens obtidas via satélite. Assim, antes do deslocamento do agente de fiscalização, já se tem farto material probatório e informações exatas sobre a ocorrência e extensão do desmatamento ambiental que sustentará a lavratura do auto de infração.

A título de exemplo, cita-se processo administrativo que culminou com a aplicação de multa por agente de fiscalização durante a operação Ágata (02013.006684/2018-77). No Relatório de Fiscalização nº 17/2018-NUFIS-MT/DITEC-MT/SUPES-MT constam as seguintes informações:

Durante a operação Ágata, realizada de 19 a 24 setembro de 2018, equipe de fiscalização do IBAMA vistoriou polígono de desmatamento equivalente a 942,26 hectares localizado nas delimitações do CAR da Fazenda (...), no município de Pontes e Lacerda-MT.

²⁴ “O Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (Censipam), órgão subordinado ao Ministério da Defesa, integra informações e gera conhecimento atualizado para articulação, planejamento e coordenação de ações globais de governo na Amazônia Legal e na Amazônia Azul, em prol da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável das duas regiões. Utilizando dados gerados por uma infraestrutura tecnológica composta por subsistemas integrados de sensoriamento remoto, radares e estações meteorológicas, e plataformas de coleta de dados, o Censipam promove o monitoramento da floresta amazônica, do espaço marítimo brasileiro e de outras áreas de interesse, produzindo informações em tempo próximo ao real.” Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/censipam/atuacao>, acesso em 12/05/22.

²⁵ “O Centro Nacional de Monitoramento e Informações Ambientais (Cenima) coordena, controla e executa atividades referentes ao monitoramento e à gestão das informações ambientais, por meio do processamento e do desenvolvimento de tecnologias, da pesquisa e da integração de base de dados e informações ambientais. Disponível em <https://www.gov.br/ibama/pt-br/composicao/quem-e-quem/centros/cenima>, acesso em 12/05/22



(...)

Verificou-se em análise de imagem de satélite, entre 17/09/2017 e 23/08/2018 que houve desmatamento irregular de 573,67 hectares de floresta amazônica. Conforme Averbação de em matrícula de imóvel rural, trata-se de desmate em área de reserva legal, o que motivou a autuação com base no art. 51 do decreto 6514/2008.

Após detidas análises técnicas e documentais, a equipe de agentes retornou a campo no dia 12/11/2018, e diante das informações constatadas foi lavrado Auto de Infração 9223095/E (...) com base no art. 51 do decreto 6514/2008 por: DESTRUIR 573,67 HECTARES DE FLORESTA EM ÁREA DE RESERVA LEGAL SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. A área desmatada foi embargada sob Termo de Embargo 738013 E, com o objetivo de impedir a continuidade ambiental do dano e garantir a regularização ambiental da área desmatada.

Como se observa a presunção de legitimidade, na situação descrita, não é fruto apenas da fé-pública do agente, mas principalmente dos meios disponíveis para registrar os fatos, acaso venham a ser questionados em juízo.

Outro interessante caso de utilização da tecnologia para aferição de ilícitos ambientais se deu com o exame de madeira para aferição de sua origem a partir de isótopos estáveis. Por meio do estudo desses átomos de diferente massa (em razão da presença de mais nêutrons) é possível identificar a origem da madeira e compará-la à informação do DOF (Documento de Origem Florestal), de modo que, havendo divergência, estaria comprovada a ilegalidade do produto. Nesse caso, o ato administrativo de apreensão funda-se em prova técnica científica complexa, podendo, eventualmente ser repetida no curso de processo no qual sua precisão seja impugnada pelo suposto infrator.

Tal tecnologia já em uso, mas ainda em desenvolvimento (principalmente cadastro de informações em banco de dados), é fruto da parceria entre o serviço Florestal Brasileiro e a Polícia Federal²⁶.

Como se constata, há, na Administração Pública, reconhecidas as suas limitações, uma busca pelo incremento de qualidade dos seus procedimentos através do uso da tecnologia. Assim, em havendo elementos para se questionar o alcance (e

²⁶ <https://www.florestal.gov.br/component/content/article?id=1851>, acesso em 14/04/22.



mesmo a existência) do atributo da presunção de veracidade do ato administrativo nos dias que correm (crítica que se faz pertinente sobretudo naqueles de índole sancionatória), o aprimoramento da atividade instrutória a cargo das autoridades pode servir de apoio para reforçar a legitimidade das deliberações públicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo investigamos o fundamento jurídico da presunção de legitimidade do ato administrativo em nosso sistema, discorrendo sobre em que termos essa qualidade defendida para a atuação estatal deve ser compreendida na contemporaneidade, em especial à vista de alterações legislativas recentes, bem como de novas perspectivas dogmáticas sobre as relações de poder, em um ambiente que reclama a valorização da palavra do cidadão nas suas interações com o Estado.

Identificou-se que, ao menos no nosso país, o fundamento para tal presunção é sobretudo de índole doutrinária, dado que deve ser ponderado quando ela é empregada como único ou principal argumento em prol da manutenção de uma deliberação da Administração contestada por um prejudicado junto aos respectivos órgãos de controle interno e externo.

Por outro lado, foi pontuado que não só no Brasil o tema da presunção de legitimidade do ato administrativo gera controvérsias entre os estudiosos do Direito, sendo que as discussões a respeito em outros sistemas se dão em bases análogas da que ocorre por aqui, inclusive no que se refere a disputas acadêmicas sobre as raízes mais ou menos democráticas deste instituto que nos foi legado em especial da experiência francesa de Direito Público.

Perante tal quadro, problematizamos a presunção de legitimidade à luz de outros argumentos que podem lhe ser contrapostos quando a ação estatal tem sua higidez questionada, dentre os quais estão previsões legais expressas que determinam que seja também presumida a boa-fé e a hipossuficiência do particular no trato de seus interesses com as autoridades públicas.



Ao fim do nosso percurso defendemos que, nada obstante as diversas visões possíveis sobre o tema, a evolução tecnológica exige que cada vez mais a Administração se estruture de modo a aprimorar os seus registros documentais de infrações atribuídas a terceiros, de modo que, em sendo suscitada dúvida razoável acerca de um dado ilícito, o órgão público seja capaz de dissipá-la de forma inequívoca, isso em prol não só do particular interessado, como do bom exercício da função pública em benefício da coletividade como um todo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do (coord.). **O poder de execução coercitiva das decisões administrativas** – nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal, Coimbra: Almedina, 2011.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção da veracidade dos atos administrativos *in* FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (coord.). **Direito Administrativo e democracia econômica**, p. 119-129, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. **Controle judicial de políticas públicas de moradia para baixa renda: uma proposta metodológica**, Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 4ª edição, São Paulo, RT, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – lições de Filosofia do Direito, trad. Marcio Pugliesi, Edson Bibi e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

CARLOS, Maria Amélia Barradas. A execução das decisões administrativas no Direito Italiano *in* AMARAL, Diogo Freitas do (coord.). **O poder de execução coercitiva das decisões administrativas** – nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal, p. 99-125, Coimbra: Almedina, 2011.

CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de legitimidade: nem sempre é como diz o guarda da esquina *in* **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n, 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/durval-carneiro-neto/presuncao->



[de-legitimidade-nem-sempre-e-como-diz-o-guarda-da-esquina](#) Acesso em 28.outubro.2021.

CARVALHO, Ana Sofia. A execução das decisões administrativas no Direito Espanhol *in* AMARAL, Diogo Freitas do (coord.). **O poder de execução coercitiva das decisões administrativas** – nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal, p. 133-182, Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARTON, Olivier; DESCLODURES, Harold. **Droit administratif**, Paris: Gualino – Lextenso, 2009.

CHAPUS, René. **Droit administratif général**, T 1, 15. ed., Paris: Montchrestien, 2001.

CHRÉTIEN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas. **Droit administratif**, 13. ed., Paris: Sirey, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada *in* BLAZECK, Luis Mauricio S.; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). **Direito Administrativo Sancionador**, p. 107-118, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric. **Droit administratif**, 10. ed., Paris: Ed. Économica, 2011.

DEVILLER, Jacqueline Morand-. **Droit administratif**, 12. ed., Paris: Montchrestien, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 31. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGHEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Précis de droit administratif**, 6. ed., Paris: Montchrestien, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, Ana Rita. A execução das decisões administrativas no Direito Canadano *in* AMARAL, Diogo Freitas do (coord.). **O poder de execução coercitiva das decisões administrativas** – nos sistemas de tipo francês e inglês e em Portugal, p. 323-388, Coimbra: Almedina, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo 3, 6 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe *in* ARAGÃO, Alexandre S. de; MARQUES NETO, Floriano de A.(coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, p. 241-266, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LEBRETON, Gilles. **Droit administratif général**, 6 ed., Paris: Dalloz, 2011.

LESSA, Sebastião José; LESSA, Raphael Pereira. **Temas Práticos de Direito Administrativo Disciplinar**, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 24. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4119> , acesso em: 05. maio.2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo *in* DI PIETRO, Maria Sylvia Z. (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 (Ato Administrativo e Procedimento Administrativo), p. 185-207, São Paulo: RT, 2014.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 22 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2007 (1ª edição de 1969).

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador** – as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**, 5. ed., Madrid: Tecnos, 2016.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**, trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 7. Ed., São Paulo: Atlas, 2017.



OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública** – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2007.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**, v. II, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

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 da Escola Paulista da Magistratura*, ano 6, nº 1, p. 89-109, São Paulo: EPM, julho/dezembro de 2005.

PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**, Paris: LexisNexis, 2016.

RICCI, Jean-Claude. **Droit Administratif général**, 4 ed., Paris: Hachette, 2011.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, trad. Rogério E. Soares, Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2013.

ROUSSET, Michel; ROUSSET, Olivier. **Droit administratif**, 2. ed., Paris: PUG, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R, (coord.). **Os caminhos do ato administrativo**, p. 115-144, São Paulo: RT, 2012.

TRUCHET, Didier. **Droit administratif**, 4. ed., Paris: PUF, 2011.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil** – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WALINE, Jean. **Droit administratif**, 23 ed., Paris: Dalloz, 2010.

