



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

JOHANN MATHEUS AZEVEDO ESCOBAR

**A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FERRAMENTA DE
EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO**

FORTALEZA

2021

JOHANN MATHEUS AZEVEDO ESCOBAR

A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques
Júnior

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

E73p Escobar, Johann Matheus Azevedo.

A processualidade administrativa como ferramenta de efetivação do Estado Democrático de Direito : O ônus da prova no Processo Administrativo Sancionador / Johann Matheus Azevedo Escobar. – 2021.
63 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Processo Administrativo. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3. Ônus da prova. 4. Devido processo legal. 5. Teoria geral do Estado. I. Título.

CDD 340

JOHANN MATHEUS AZEVEDO ESCOBAR

A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito administrativo.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques
Júnior

Aprovada em: ___ / ___ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr^a. Thais Vandresen
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Aos avôs, José Gerardo e José Cândido.

AGRADECIMENTOS

Ao Zequinha, meu avô, por tantos anos de sacrifício e amor, pelas conversas longas, por me fazer gente. Por ser avô, pai, padrinho, filho, primeiro e grande amigo.

Ao meu pai, pelos 27 anos em 16. Pelo exemplo, pela amizade, pelo humor impúblicável, por se fazer sempre presente mesmo à distância e à minha mãe, por seu coração tão grande que pouco espaço sobrou ao juízo.

À minha família espalhada do Nordeste ao Sul do país: avós, tios e irmãos, “boadrasta” e “brodrasto”, primos e agregados, por estarmos todos, sempre, tentando fazer a vida tão leve quanto possível.

À Caroline por todo o amor. Se hoje as coisas caminham é porque tive seu suporte nos últimos anos, como amiga, como “terapeuta” e carrasca e agora, para minha maior felicidade, como companheira. Não sei o que o futuro nos reserva, mas espero que sejamos juntos enquanto possível e que seja possível até o fim.

Aos meus amigos pela paciência excepcional, pelo carinho e companheirismo; Lucas, Ramiro, Caio e Ycaro, os veteranos, pelos últimos 16 anos. Fernanda, GG, Laís, Ferreira, Samara, George e todos os outros, os novatos, pelos 16 anos e mais que virão.

Aos colegas de PGE, DPU e Coelho Bessa e Peixoto, por mostrarem que o Direito é possível, que pode ser humano e que o trabalho, quando não é uma segunda casa, é praticamente um *happy hour*.

Ao Professor William por reacender a luz no fim do túnel, por aceitar me orientar apesar das dificuldades e por fazê-lo brilhantemente. Por ser como orientador exatamente aquilo que sempre mostrou ser como professor e coordenador: competente, dedicado, leve e, sobretudo, humano. Por justificar a admiração que lhe tenho há muito.

Às professoras Fernanda Cláudia e Thais Vandresen, por aceitarem o convite de participação na banca e pelas valorosas contribuições dispensadas.

Aos professores Felipe Lima Gomes e Carlos Cintra o agradecimento pela gentileza de estenderem a mão quando não estive no meu melhor, e por não ter podido corresponder, meu sincero pedido de desculpas.

Aos professores da UFC que tornaram a longa jornada possível, pelo exemplo pessoal, profissional, acadêmico: Reginaldo, Marcelo Guerra, João Luis, Raposo, Raul, Joyceanne, Mazé, Janaína, Juvêncio, Sérgio. Um especial agradecimento à Professora Camilla, que permitiu a orientação deste trabalho em circunstâncias excepcionais.

À minha psiquiatra, Dra. Marga e ao meu psicólogo, Gustavo, pela paciência, humanidade e excelência. Por possibilitarem o fechamento desse capítulo da vida, por me darem a estrutura necessária para encarar os próximos.

“Todos os problemas de fundo do Direito Administrativo Moderno decorrem do fato do seu aparelho conceitual corresponder a uma realidade que já não existe”

(Ernest Forsthoff).

“O Direito Administrativo é, por excelência, a parte da Ciência do Direito que mais nitidamente demonstra o conflito permanente entre Autoridade e Liberdade”

(Agustín Gordillo).

RESUMO

Investiga-se a relação entre a presunção de veracidade dos atos administrativos e o ônus probatório no processo administrativo sancionador no contexto posterior à Constituição Federal de 1988. A problemática diz respeito a incompatibilidade entre o instituto da presunção de veracidade e a imposição do *onus probandi* ao administrado no processo administrativo de sanção com as garantias fundamentais e processuais previstas no texto constitucional. O estudo desta incompatibilidade passa pela reconstrução dos modelos de Estado de Direito que levaram ao formulação teórica do Estado Democrático de Direito e seus corolários, sua subsequente adoção pelo Estado brasileiro no processo de redemocratização e os conflitos jurídicos que surgiram da constitucionalização do ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito ao Direito Administrativo e sua construção marcada por uma concepção dirigista e centralizadora que resulta na ideia de existência de uma supremacia do interesse público que orienta a prática estatal até o presente, com repercussões no processo administrativo e que justifica as prerrogativas conferidas à Administração no contexto. Não obstante o seu reconhecimento pela doutrina majoritária e jurisprudência, o presente trabalho pretende demonstrar novas correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais que, especialmente em relação a presunção de veracidade e o ônus da prova no processo administrativo, que visam promover uma compatibilização entre a direito administrativo e a ordem constitucional que vigora.

Palavras-chave: Constitucionalização. Processo administrativo. Presunção de veracidade do ato administrativo. Ônus da prova.

ABSTRACT

The relationship between the presumption of legality of administrative acts and the probative burden in the administrative procedure after the Federal Constitution of 1988 is analyzed in the present study. The issue lies in the incompatibility between the institute of the presumption of legality and the imposition of the burden of proof to the administered in the administrative sanctioning procedure with fundamental rights and due process secured by the Constitution. The study of this incompatibility involves the reconstruction of the rule of law models that led to the theoretical aggregate of the democratic rule of law and its corollaries, its subsequent adoption by the Brazilian state in the process of redemocratization and the legal conflicts that arose from the constitutionalization of the legal system, especially in what pertains to Administrative Law and its construction, which was marked by dirigism and a centralizing conception of law that results in the idea of the existence of a supremacy of the public interest that guides state practice to the present, with repercussions in the administrative procedure and which justifies the Administration's prerogatives. Despite its recognition by the majority doctrine and jurisprudence, the present work intends to demonstrate new doctrinal waves and jurisprudential understandings that, especially in relation to the presumption of legality and the burden of proof in the administrative procedure, which aims to promote compatibility between administrative law and the Constitutional Law.

Keywords: Constitutionalization. Administrative procedure. Presumption of legality. Burden of proof.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITO ADMINISTRATIVO	16
2.1	Do Estado de Polícia ao Estado Direito	16
2.1.1	<i>As origens do Direito Administrativo no contexto do Estado Liberal</i>	18
2.2	A incompleta resposta do Estado Social	19
2.3	O Estado social e democrático de Direito: liberdade, igualdade e participação	21
2.4	As raízes do Direito Administrativo brasileiro	23
2.5	A constitucionalização do Direito brasileiro	25
2.6	A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro no pós-88	26
2.6.1	<i>Da reeleitura da supremacia do interesse público sob a ótica constitucionalista</i> .	28
3	DO PROCESSO ADMINISTRATIVO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIROS	32
3.1	Processo administrativo como ferramenta de efetivação do Estado Democrático de Direito	33
3.2	Processo administrativo sancionador brasileiro	36
3.3	A defesa do particular no processo administrativo: princípios constitucionais de processo administrativo	39
3.3.1	<i>Considerações sobre regras e princípios</i>	39
3.3.2	<i>O princípio do devido processo legal no processo administrativo</i>	42
3.3.3	<i>Princípios do contraditório e da ampla defesa</i>	44
3.3.4	<i>Princípio da igualdade processual</i>	46
3.3.5	<i>Princípio da verdade material</i>	47
4	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A PROVA	49
4.1	A presunção de inocência como garantia do particular no processo administrativo sancionador	49

4.2	A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos no Direito Administrativo brasileiro e o ônus da prova no Processo Administrativo Sancionador.....	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
	REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Brasileira, os seus preceitos e mandamentos ainda não gozam de completa efetividade. Isso decorre de uma longa trajetória jurídica e institucional do país, que nunca gozou de tanto tempo de estabilidade institucional, democracia e exercício da cidadania.

Neste cenário, todas as esferas jurídicas do país vêm em constante evolução para o alinhamento com a Carta Magna e superação de uma cultura jurídica permeada de valores e princípios de notadas influências antidemocráticas, que existem desde muito antes do regime superado pela Constituição de 1988. Tais valores são ainda mais evidentes na relação entre o Estado e os entes particulares, que se dá no contexto do Direito Público.

Mostram-se cada vez mais relevantes, dada a expansão do Direito Administrativo, as discussões relativas ao regime de sanção administrativa, inserta no campo de estudo do Direito Administrativo Sancionador. A aproximação do Direito Administrativo e do Direito Penal que se dá nessa área, também uma expressão do *ius puniendi* estatal, traz à tona implicações no Processo Administrativo.

O Processo Administrativo Sancionador, cujos contornos não são tão bem definidos entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Direito Processual, todos esses sob a influência do novo Direito Constitucional, oferece o desafio para o entendimento de como interagem institutos tradicionais de cada um desses ramos da ciência jurídica: supremacia do interesse público, processualidade, direitos fundamentais, devido processo legal, presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o *onus probandi*.

No primeiro capítulo, é analisada a evolução histórica do Estado de Direito e as razões e processos de suas mutações conceituais, bem como o surgimento do Direito Administrativo, passando pela demonstração das bases conceituais e corolários sobre os quais o vigente Estado democrático de Direito se erige, o movimento de constitucionalização do Direito com reflexo no Direito Administrativo e sua repercussão no tradicional instituto doutrinário da supremacia do interesse público.

O segundo capítulo trata da processualidade do Direito Administrativo e do Direito Administrativo Sancionador, e os princípios e garantias a eles insertos. No terceiro capítulo é analisada a repercussão da presunção de veracidade do ato administrativo e a sua não completa conformação, na prática, com os princípios constitucionais de ordem processual apresentados no segundo capítulo.

O estudo é realizado com base em pesquisas bibliográficas tanto na doutrina tradicional, quanto nas correntes contra majoritárias, bem como à jurisprudência pátria e legislação pertinente, e das quais sucederam análises qualitativas do conteúdo estudado.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITO ADMINISTRATIVO

O Estado Democrático de Direito é a configuração contemporânea do arcabouço institucional das democracias globais. Enquanto fenômeno, é mais uma etapa no processo de constante mudança da organização e institucionalização do convívio humano sob a égide estatal.

A dinâmica de desenvolvimento do Estado democrático de Direito passa pela oposição ao arbítrio do Poder no Estado de Polícia e a superação das limitações do Estado de Direito Liberal e do Estado Social em atender os anseios frutos das tensões sociais de diversas matizes – políticas, religiosas, morais, outras – objetivando o progresso comum¹.

O Estado de Direito – seja ele liberal, social ou democrático – é fundamental e idealmente uma oposição ao poder ilimitado dos poderes consolidados, é a organização da sociedade e das instituições sob o Império da Lei, em que não só os cidadãos estão sujeitos à legislação, mas também o Estado e seus agentes.

2.1 Do Estado de Polícia ao Estado Direito

Na essência o Estado de Polícia era caracterizado pelo poder absoluto concentrado nas mãos de um soberano, que, sendo criador da ordem jurídica, a ela não era submetido, o Direito, no caso, se destinava a terceiros, para policiar suas atividades.

Mais que isso, o ordenamento jurídico não servia para justificar o poder, mas meramente para instrumentalizá-lo, o soberano no exercício do poder natural ou do mandado divino, não era passível de erro² – *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*.³ – não poderia ser demandado judicialmente e, na maioria das experiências absolutistas, sequer tendo responsabilidade jurídica por parte do Estado. (SUNDFELD, 2017b, p. 203)

No Ocidente, tem-se que o surgimento do Estado de Direito é uma reação da burguesia contra o poder despótico das nobrezas e monarquias, contra o “constrangimento

¹ O sentido da História e o progresso do Direito para Kant, conforme Höffe (2005, p. 276): “Kant não vê o progresso do Direito nem como governado pelo instinto nem por um plano acordado, mas pela natureza humana. (A natureza humana corresponde aproximadamente ao que a filosofia pré-kantiana chama de Providência, mas Hegel em sua Filosofia da História chama de espírito do mundo) Kant parte da hipótese teleológica de que todas as disposições naturais de uma criatura estão destinadas a algum dia desenvolver-se completa e finalisticamente. As disposições naturais particulares do homem, que visam ao uso da razão, chegam ao pleno desenvolvimento não no indivíduo, mas no gênero através de gerações sucessivas. Este propósito natural da humanidade deve ser alcançado pela própria natureza humana; o sentido da História, o progresso do Direito, ocorre por assim dizer, às nossas costas mediante a nossa contribuição e contudo sem nosso planejamento.”

² O direito divino dos reis para Jean Bodin.

³ Em tradução livre: “o rei não pode errar”.

individual e a falta de previsibilidade e segurança jurídica, decorrentes da atividade discricionária e ilimitada de um Príncipe”, (NOVAIS, 2006, p. 40) daí que entendido, em um primeiro momento, como Estado liberal de Direito.

Na essência do Estado liberal estavam: a separação dos poderes políticos em um sistema de freios e contrapesos – nas concepções de Locke e Montesquieu – o princípio da legalidade, caracterizado pela submissão à lei emanada do Legislativo; bem como a garantia dos direitos individuais.

Mesmo assim, ainda que a estrutura e o exercício do poder tenham sido modificados após as revoluções liberais, o caráter absoluto e centralizador do Estado não foi afastado. A representatividade política que Bobbio (2006, p.39) aponta como sendo a saída liberal para o abuso de poder do legislador, bem como a separação de poderes, foram incapazes, como se viu nos anos seguintes, de impedir o avanço de estruturas autoritárias, haja vista que as questões relativas à limitação do Poder se perpetuaram enquanto problema jurídico. Para Novais (2006, p. 44-45):

...se o império da lei e a divisão de poderes eram geralmente entendidos como subalternização dos órgãos executivos e judiciais relativamente à supremacia do Parlamento, já a natureza do reconhecimento dos direitos fundamentais dependia do alcance que se atribuísse à soberania da lei. Dirigir-se-ia a proteção dos direitos contra o próprio legislativo ou, pelo contrário, Estado limitado pelo Direito não seria mais que Administração limitada pela Lei? Da resposta a esta questão depende, em grande medida, a evolução posterior do conceito de Estado de Direito e, desde logo, a natureza da sua contraposição ao Estado absoluto, já que, se viéssemos a concluir que o Estado de Direito se reduz ao princípio da legalidade da Administração, então teríamos de reconhecer que, como pretende Forsthoff, no termo desta evolução o Estado não teria afinal perdido o direito conquistado na época absoluta, de dispor dos bens e da liberdade.

Mais que isso, o Estado Burguês foi incapaz de promover a consolidação de seus princípios norteadores para além de um aspecto meramente formal. A igualdade entre os homens almejada existia apenas em um plano ideal, tendo em conta que a grande maioria da população, de desvalidos e não instruídos, não dispunha das condições materiais para gozar de uma igualdade fática.

Novamente a representatividade, que sequer serviu como limitação ao avanço autocrático sob o legislativo, também não foi efetivamente *representativa*, por não se estender ao todo da população. Conforme Bonavides (2008, p. 44), para a classe burguesa, detentora do poder, deste arranjo não sobrevinha qualquer desvantagem, na prática o Estado servia plenamente aos seus interesses, que se resumiam a segurança dos direitos civis e de liberdade individual.

2.1.1 As origens do Direito Administrativo no contexto do Estado Liberal

A existência do estado pressupõe a existência de normas que organizem sua estrutura interna e funcionamento de seu aparato, bem como a relação com os seus sujeitos. Assim, mesmo em um arranjo estatal policialesco ou autocrático, já existia um semblante do ramo administrativo do direito.

Por óbvio, ainda que o Direito Administrativo, enquanto braço do ordenamento jurídico, tenha tido seus primeiros contornos com as revoluções liberais no final do século XVIII e começo do século XIX, normas administrativas existem desde muito antes (PIETRO, 2018, p. 39), ora codificadas, ora não. Para Gordillo (2017a, p. II-2):

Essa concepção foi denominada Estado de polícia. Nele, ao reconhecer-se ao soberano um poder ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar, mal se poderia desenvolver uma análise metodológica desse poder. Não cremos que se possa afirmar pura e simplesmente que não existia um Direito Público, como por exemplo disse Mayer, pois inclusive este princípio do poder ilimitado e as normas que dele emanaram constituíram um certo ordenamento positivo, mesmo que não fossem obrigatórias para o governo em sua relação com os súditos e não constituíam, para estes, nenhuma garantia. De qualquer maneira, resta claro que não existia um ramo do conhecimento jurídico em torno dele. (tradução livre)

Com o aparecimento do Estado liberal de Direito criou-se, a perspectiva de que o compromisso assumido pelo Estado com a legalidade implicaria na limitação dos seus poderes sobre os entes particulares. Inclusive, para Caio Tácito⁴ (1997, p. 2 apud BINENBOJM, 2014, p. 11), que tinha para si a submissão do Estado ao regime da legalidade como episódio central da história administrativista.

Essa percepção é o que Otero (2007, p. 275) considera uma ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo, haja vista que o que de fato ocorreu foi a perpetuação do poder vertical já existente no estado absolutista, desta vez sob verniz da legalidade e a serviço da classe dominante.

O fenômeno pode ser observado com a criação de uma jurisdição administrativa no estado francês intestina a própria Administração Pública, fruto da busca de autonomia em relação ao Judiciário, cujos membros pertenciam ao Antigo Regime, o que gerava desconfiança entre os artífices do novo regime.

⁴ “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.”

O nascente Direito Administrativo e seus princípios norteadores – supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insidicabilidade do mérito administrativo e mais – que se sedimentaram na atuação do *Conseil d'État*⁵ não significavam a superação do Antigo Regime, mas a perpetuação de antigas práticas, uma vez que o Conselho surgiu do próprio ramo Executivo, insubordinado vontade geral expressa pela atuação do Poder Legislativo (BINENBOJM, 2014, p.11-12). Acrescenta Demian Guedes (2016, p. 41-42):

Na França pós-revolucionária, foi a busca por autonomia frente ao Judiciário – cujos membros eram ainda associados ao Antigo Regime – que levou o Executivo à assimilação e aprimoramento de instrumentos de controles exclusivo de legalidade da atuação estatal, com uma disciplina jurídica diferenciada do direito comum, tanto em termos de mérito quanto de processo. [...] Diante desse histórico, diferentes autores afirmam o ‘pecado original’ do contencioso e, conseqüentemente, do próprio direito administrativo: instrumento surgido da necessidade de proteger a autoridade estatal e criar uma isenção judicial da Administração⁶. Ou, como prefere Paulo Otero, a história evidencia a ilusão da ‘gênese garantística do direito administrativo’, cuja criação caracterizou uma fuga do controle exercido pelos tribunais e mesmo pelo direito, com o ‘claro propósito de consagrar regras de privilégio a favor dos órgãos administrativos’, havendo uma nítida posição dominante de autoridade⁷.

Nota-se que a separação de poderes, no contexto francês, serviu para blindar a atuação do Executivo, o que, em que pese a adoção pelo Brasil do regime de jurisdição única, marcadamente influenciaria o regime jurídico administrativo brasileiro⁸.

2.2 A incompleta resposta do Estado Social

Ainda que tenha falhado em sedimentar e fazer valer os princípios que guiaram o sentimento revolucionário, as bases lançadas pela burguesia nas revoluções liberais influenciariam determinadamente e exercício do Poder nos séculos subsequentes.

⁵ Conselho de Estado Napoleônico que, em confirmação da tese defendida por Binembjom (2014, p.11-12), substituiu o antigo *Conseil du Roi* (Conselho do Rei)

⁶ Em referência a Vasco Pereira da Silva. **Para um contencioso administrativo dos particulares** – esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina, 1997, p.9 e seguintes

⁷ Refere-se a Paulo Otero em **Legalidade e Administração Pública** – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 277.

⁸ Continua Guedes (2016, p. 42) “Entre nós, a relevância da França pós revolucionária para a formação das instituições é resultado de aspectos culturais e políticos da sociedade brasileira do século XIX. A ascendência francesa evidenciada em autores de personagens da época, como Silva Jardim, quem insistia que a monarquia caísse, em 1889, para coincidir com o centenário da revolução. E era sintomático que os movimentos republicanos no Rio de Janeiro cantassem a marselhesa. No plano jurídico doutrinário, a influência francesa é igualmente visível entre homens de estado que forjaram instituições brasileiras – como Visconde do Uruguai, em seu ensaio sobre o direito administrativo - obra pioneira no país, confessadamente marcada pela escola francesa e pela própria vivência do autor em Paris. “

A própria doutrina liberal se adaptaria e reconfiguraria seus fundamentos de Estado de Direito. Para Bobbio (2000, p. 19) o Estado de direito em sentido forte se distinguiria do em sentido fraco – da estrita legalidade formal – e do em sentido fraquíssimo, em que bastaria a existência de ordenamento para representar a existência de Estado de Direito.

Assim, aquelas que são as pedras de toque da novel relação entre indivíduos, Estado e seu arranjo surgidas no período - a supremacia da Constituição, separação dos poderes, superioridade da lei e garantia dos direitos fundamentais - (SUNDFELD, 2017b, p. 39-40) transcenderiam o caráter de mera formalidade, efetivando-se como modelo do Estado Contemporâneo e ferramenta para a consumação dos direitos de todas as dimensões, formal e materialmente.⁹ Segundo Novais:

Direitos fundamentais e divisão de poderes (com império da lei e princípio da legalidade) surgem, pois, como os elementos fundamentais do Estado de Direito liberal, tal como proclamava, de forma lapidar o art. 16º da Declaração de Direito de 1789. O que não significa, como poderia inferir-se da conhecida Teoria de Carl Schmitt, que a validade desses elementos se confine à forma burguesa do Estado de Direito; pelo contrário, como decorre da concepção que vimos defendendo, consideramo-los necessários a toda manifestação histórica de Estado de Direito. (2006, p. 75)

Inclusive o Estado Social não rompe com as estruturas lançada pelo Estado Liberal, mas vai além, atribuindo ao Estado o dever de promover a justiça social, não se limitando a garantia da efetividade dos direitos de primeira dimensão – liberdade, propriedade – mas acrescentando ao escopo da atuação estatal a concretização dos direitos de segunda dimensão – igualdade e direitos sociais e econômicos.

É justamente por causa da necessidade de atuação positiva do Estado para materialização dos direitos sociais no período que sucedeu a 1ª Guerra Mundial, que este avança e se expande – resultando, em alguns casos, em experiências totalitárias – e é neste contexto que a noção de supremacia do interesse público começa a ganhar contornos mais sólidos.¹⁰

Ocorre que o sentimento jurídico que emerge no pós-2ª Guerra passa a enxergar limitações no modelo dirigista do Estado social. Se por um lado era indesejável um ordenamento que servisse apenas a perpetuação do *status quo* e em que os direitos fundamentais

⁹ Segundo Bonavides (2004, p. 563-572) da primeira à quarta geração, respectivamente: liberdades civis e políticas e garantias individuais oponíveis ao Estado; direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; direitos supracoletivos e transindividuais, da humanidade e não de seus agrupamentos, o direito à paz, ao meio ambiente e à comunicação;

¹⁰ Como exposto por Mariana de Siqueira (2016, p. 39-53), o interesse público já se expressava no Estado de Direito pós-revolucionário, mas como mero esboço. De Locke à Hegel, se encerrava na própria existência de um ordenamento mantenedor da ordem social vigente.

se encerrassem na letra morta da lei como no período liberal, por outro também não era desejável a possibilidade de atuação totalizante ou totalitária de quem exerce o Poder.

O avanço do Estado Social, mesmo em democracias, promoveu uma restauração do arbítrio do governante de outrora, em decorrência da necessidade da expansão da base legal, por imposição do princípio da legalidade, para cobrir todos os aspectos dos direitos sociais e comportar os excessos do Executivo, que passara a gozar de maior discricionariedade para a realização dos propósitos sociais, ou seja, a persecução de um interesse público.

O ordenamento passou a abarcar leis “relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e lei de regulação de prognósticos inseguros”, mais que isso, contribuindo para uma rarefação do valor do direito, viu-se tomado pela “inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados” (HABERMAS, 1997, p. 174).

Tudo isso foi fundamental para a mudança do eixo de poder do Legislativo para o Executivo, afastando aquele cada vez mais do processo de decisões, o que culminaria na crise do modelo pelo “défice de legitimidade destruidor das bases da legitimação jurídico do poder e prenunciador da involução autoritária do Estado Social de Direito.” (NOVAIS, 2006, p. 204-205)

A exposição das entranhas das experiências dos regimes comunistas a partir da década de 1950 foi um duro golpe na percepção de que caberia exclusivamente ao Estado Social de Direito, via Executivo ou Administração Pública, o protagonismo na busca pela igualdade e concretização dos direitos sociais dos seus cidadãos, tampouco os regimes democráticos, onde houve a captura do Estado por grupos de interesses – privados, paraestatais ou internos a estrutura do poder – em detrimento aos indivíduos (HABERMAS, 1997, p. 176-177), ofereceu alternativa.

Se “...a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais quanto a promoção positiva da liberdade” eram os pressupostos do sentimento jurídico norteador do Estado Social (NOVAIS, 2006, p. 199) para a efetiva defesa dos direitos fundamentais e promoção da liberdade, na prática isto não ocorreu plenamente, pois embora tenha havido um avanço das condições materiais individuais, houve também uma alienação dos sujeitos dos mecanismos políticos pela cessão, voluntária ou involuntária, de sua autonomia face o Estado (BONAVIDES, 2008, p. 201-202).

2.3 O Estado Social e Democrático de Direito: liberdade, igualdade e participação.

O devido exercício do poder e o papel do indivíduo na estrutura estatal estão no cerne das questões que levaram ao esgotamento dos modelos de Estado social e liberal. Ambas as experiências resultaram em desmedida concentração de poder que alienou o sistema político-institucional daqueles a quem deveria servir e mais, impossibilitou o pleno exercício das individualidades.

Por isso, em resposta ao fim das experiências totalitárias do Ocidente a partir da Segunda Guerra¹¹ e com a incerteza sobre as novas experiências liberais da segunda metade do Século XX, o Estado democrático de Direito surge como novo paradigma para a organização estatal¹².

Destaque-se que este novo paradigma não significa a total abolição dos elementos dos paradigmas anteriores – assim como não fora o Estado social a completa negação do Estado liberal de Direito – mas a refundação daqueles sob novas premissas, “...na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 1988, p. 21).

Separação de poderes, direitos da personalidade, liberdades individuais, limitação do poder estatal, direitos sociais e a atuação positiva do Estado passam enfim a serem pautadas pela centralidade do indivíduo no ordenamento jurídico como sujeito e objeto deste através da supremacia da Constituição.

O Estado Democrático de Direito não se funda na perspectiva de alcançar o fim da história¹³, muito pelo contrário, é um projeto contínuo que assume a intangibilidade de um projeto humano comum e arroga para si apenas a função de garantir aos seus congregados as condições formais e materiais essenciais para, nos tensionamentos existentes, acharem um lugar comum e uma solução justa para os conflitos. Assevera Habermas (1997, 189-190):

¹¹ A Lei Fundamental de Bonn ou Constituição Alemã de 1949 é inegavelmente o marco do constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, ao alicerçar todo o ordenamento jurídico germânico na dignidade da pessoa humana e vinculando juridicamente os três poderes aos direitos fundamentais lançou as bases das práticas constitucionais democráticas subsequentes.

¹² Não obstante o papel fundamental desempenhado pela Constituição Alemã de 1949 na história jurídica recente, são as Constituições Portuguesa (1976, com revisões da década de 80) e Espanhola (1978), surgidas no processo de redemocratização dos países e na saturação da polarização da Guerra Fria, que sedimentariam o conceito de Estado de Direito democrático, Estado social e democrático de Direito ou, na concepção deste trabalho, Estado Democrático de Direito.

¹³ A percepção que perpassa desde a Utopia de Thomas More, até o estado socialista de Marx e mais recentemente “O fim da história e o último homem” de Francis Fukuyama, de que haveria um estágio final de desenvolvimento sociopolítico-cultural da humanidade.

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos entenderem-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.

Assim, uma vez que o sujeito é ponto de convergência do novo pacto institucional, é essencial que lhe sejam dadas as garantias para o exercício dos seus direitos e deveres. Para tal, ainda que se tenha em vista o paulatino avanço das condições econômicas e sociais, formais e materiais, é sobretudo importante o acesso dos cidadãos a mecanismos efetivos de participação na democracia política, sem, contudo, se permitir avançar sobre a autonomia individual e os direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006, p. 208-209)

O núcleo dogmático do Estado democrático de Direito é, portanto, a autonomia do sujeito: indivíduos livres na medida das leis positivadas pelo exercício da própria liberdade (HABERMAS, 1997, p. 190). É o pleno exercício desta autonomia que legitima a reorganização dos poderes da doutrina clássica, uma vez que “uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração” (BINENBOJM, 2014, p.55)

Em síntese, os corolários do Estado democrático de Direito¹⁴ conforme o exposto e de acordo com Sundfeld (2017b, p. 56-57) são a criação e regulação por uma Constituição; a alternância de poder nos cargos fundamentais e eletivos com a possibilidade de responsabilização dos seus ocupantes pelos seus atos; o exercício do poder político parcialmente pelo povo e parcialmente por órgãos estatais em independência e harmonia recíproca; a supremacia da lei produzida pelo Legislativo; a titularidade dos direitos políticos e sociais pelos cidadãos, oponíveis inclusive ao Estado, e; o dever de atuação positiva estatal no sentido do desenvolvimento e da justiça social.

2.4 As raízes do Direito Administrativo brasileiro

¹⁴ Na obra citada, o autor faz distinção entre Estado democrático de Direito e Estado democrático e social de Direito, este como um desdobramento daquele. Para este trabalho interessa-nos o desdobramento último, no qual se insere a Constituição Federal de 1988.

A opção do poder constituinte brasileiro de refundar o Estado brasileiro nos moldes de um Estado Democrático de Direito¹⁵ a exemplo das experiências de redemocratização de países como Alemanha, Espanha e Portugal, é, além da concretização da tendência jurídica vigente à época, uma resposta as próprias estruturas autoritárias de regimes anteriores.

No caso brasileiro, essa estrutura autoritária perpassa toda a história jurídica do país, desde o descobrimento; passando pelo período colonial de marcada burocracia ibérica – centralizadora e hierárquica – acentuada fortemente no período do absolutismo pombalino; a expansão do regime escravocrata e a vinda da Coroa Portuguesa que culminaram em elevada hierarquização e desigualdade social; o subsequente Império do Brasil e o Poder Moderador do Imperador; a ascensão do positivismo militarista com o golpe de 1889; e, finalmente, o crescimento do sentimento nacionalista e autoritário no período de estruturação institucional do país no século XX, com as ditaduras Vargasista e Militar.

Isso posto, a conjunção de tantos elementos autocráticos com efeito por tanto tempo, normalizaram um autoritarismo na estrutura do estado brasileiro, isso pela “manutenção de práticas, regras, princípios e posicionamentos jurisprudenciais que servem de base para ações estatais herméticas, promovendo o esvaziamento de processos de participação democrática na Administração Pública” (GUEDES, 2017, p. 51).

Alguns desses elementos jurídicos¹⁶ que ainda permeiam o ordenamento brasileiro não estão em consonância com os corolários do Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange à garantia dos direitos fundamentais e sua oponibilidade ao Estado, e nem poderiam ser superados com a mera mudança da organização política do país, pois como já exposto, a tradição deste Direito Administrativo não surge com a última ditadura militar e nem com esta se encerra.

Com o avanço da constitucionalização do direito, entretanto, caracterizada pela atribuição de normatividade plena à Constituição, bem como a expansão do Direito Constitucional como objeto próprio e autônomo de estudo e a institucionalização da dogmática constitucional – concretizada na ascensão do Poder Judiciário – (BARROSO, 2013, p. 29) a

¹⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito[...]” (BRASIL, 1988)

¹⁶ Como se verá adiante, o objeto deste estudo é um desses elementos controversos. Diz respeito a distribuição do ônus da prova no âmbito do processo administrativo, em que pese a existência de uma posição doutrinária amplamente majoritária e jurisprudência associada.

colisão entre os compromissos assumidos pela Constituição de 1988 e o *status quo* administrativo é cada vez mais latente no confronto entre os princípios que orientam cada ramo do ordenamento jurídico.

2.4 A constitucionalização do direito brasileiro

A constitucionalização do direito não é fenômeno novo, a supremacia de Constituição e seu caráter normativo assegurado pelo controle de constitucionalidade via judiciário é a base do sistema jurídico estadunidense desde a sua concepção e foi consolidada com o caso-paradigma *Marbury v. Madison*.

No Ocidente, à exceção dos Estados Unidos, prevalecia a influência do modelo francês de constitucionalismo, que tinha a Constituição como uma carta política de orientação, mas sem conteúdo normativo, sendo este conferido à legislação emanada do Legislativo, a expressão da soberania popular.

O direito brasileiro também foi orientado em muito tempo pela doutrina francesa¹⁷ e só com a Constituição de 1988, na sequência de um fenômeno global que atingiu desde países europeus, a países asiáticos e africanos, aderiu ao paradigma, estabelecido pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, de submissão dos códigos a Carta Maior.

Para Barroso (2018, p. 41) a constitucionalização se efetiva, para além dos deveres de negativos e positivos de atuação do legislador e administrador, via mecanismos de atuação prática pela jurisdição constitucional, quais sejam:

- a) O reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional, quando com ela são incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realiza o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente mais a óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição

A consequência maior da constitucionalização do Direito, portanto, é a normatização do Texto Constitucional, o que implica, em conjunto com a virada pós-positivista,

¹⁷ O controle de constitucionalidade é inaugurado no Brasil com a Constituição de 1891 de clara inspiração norte-americana. Na prática, entretanto, não havia que se falar em uma constitucionalização do direito, pois o controle de constitucionalidade não era comumente acionado (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 85).

no posicionamento dos princípios constitucionais na centralidade da operação legal e jurídica do ordenamento.

2.6 A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro no pós-88

O Direito Administrativo, não apenas regulador da atividade estatal, guarda em seu âmbito as ferramentas para a solução entre os conflitos de autoridade do poder estatal e a liberdade garantida pelos direitos individuais.

A evolução do Direito Administrativo nos sistemas de origem romano-germânica passou ao largo do desenvolvimento do direito constitucional, um processo que decorre, em certa medida, da descontinuidade dos processos constitucionais contrastados à sempre presente burocracia estatal. (BINENBOJM, p. 18)

Assim, o desenvolvimento do Direito Administrativo como ciência jurídica autônoma – embora compreendida como ramo do direito público – e sua imanência nos diferentes ordenamentos jurídicos contribuíram para que resistissem na cultura jurídica noções anteriores ao constitucionalismo e alheias, pelo menos em suas concepções tradicionais, às Cartas Magnas, como o interesse público¹⁸ e a discricionariedade administrativa. Sobre essa incongruência:

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, legalidade, discricionariedade administrativa, poder de polícia. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. Ora, a evolução sociopolítica posterior importou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. A função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por valores democráticos, o que se afirma com ainda maior relevância no Brasil. Mas todas essas modificações não ingressaram de modo imediato e em termos integrais no direito administrativo. Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 104)

Embora a ideia de submissão do Direito Administrativo brasileiro ao Texto Constitucional não seja inovação advinda com a Constituição de 1988, é forçoso observar que a realidade administrativa no Brasil, com fundamento em Cartas Magnas anteriores, é de uma marcada centralidade no administrador e não administrado que deriva não apenas das estruturas

¹⁸ Como se verá adiante, o desenvolvimento da ideia de supremacia do interesse público não passa totalmente ao largo dos desenvolvimentos jurídicos e institucionais, especificamente no caso francês, a passagem da Escola da *puissance publique* para a Escola de serviço público repercute na maneira como se entende o conceito.

autocráticas que pontuaram a história político-institucional do país, mas também de sua própria construção teórico-doutrinária iniciada com Visconde de Uruguai em 1862 até as obras elementares de Hely Lopes Meirelles na década de 1960, foi principalmente em 1980, com a obra *Elementos de Direito Administrativo* de Celso Antônio Bandeira de Mello que o Direito Administrativo no Brasil passa a ser encarado, também, como um direito do administrado. (SUNDFELD, 2017, p. 49-53)

Fato é que o referido ramo do Direito Público hoje está em reforma¹⁹, haja vista a não superação dos vícios de origem²⁰ do Direito Administrativo, que são confrontados com os direitos fundamentais e a centralidade da dignidade da pessoa humana, primados da ordem constitucional posterior à 1988. A resolução dos referidos vícios seria orientada, portanto, pelos princípios constitucionais que repercutem principalmente no afastamento ou reconfiguração das referências tradicionais de matéria administrativa, especialmente a ideia de *supremacia do interesse público* (MARQUES JÚNIOR, 2015, p. 291). Acrescenta Justen Filho (2014, p. 104-105):

É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados. É fundamental dotar o País de uma Constituição, mas isso não basta para produzir um Estado democrático ou a realização dos valores desejados. A transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas. O enfoque constitucionalizante preconizado consiste em submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais. A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas, destituídas de transparência, tais como "discricionariedade administrativa", "conveniência e oportunidade e interesse público". Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.

¹⁹ “Hoje, um direito em reforma” para Sundfeld (2017, p. 53-54)

²⁰ Entre outros, nos interessam (BINENBOJM, 2014, 23-24) “1) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo; II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse; III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una) , seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa;

Isto posto, tem-se que para Barroso (2018, p. 45-46) a constitucionalização do Direito Administrativo se dá pela redefinição do conceito de supremacia do interesse público; a vinculação do administrador à Constituição, tendo sua atuação limitada não apenas ao âmbito da legislação exarada pelo Legislativo, mas também por fundamento direto da Constituição, e; a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, traduzido na possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Judiciário não apenas no que tange a legalidade, mas também no seu mérito.

2.6.1 Da releitura da supremacia do interesse público sob a ótica constitucionalista

Conforme observado, o papel assumido pelos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro após o advento da Constituição de 1988, implicou na estruturação do Estado na essencialidade dos direitos individuais, trazendo à tona conflitos de diversa natureza com o pensamento jurídico até então vigente.

A supremacia do interesse público foi o instituto de direito público mais afetado pela nova ordem. Isso porque a noção até então preponderante na comunidade jurídica era de que o interesse público prevaleceria sobre o interesse privado nas relações de litígio, já que a administração era considerada verdadeira tutora de interesses coletivos e, para tal, deveria gozar de poderes excepcionais na persecução de um “bem comum”.

E é da defesa deste interesse e da necessidade de submeter os interesses individuais a ideia abstrata de uma vontade coletiva, uma precedência do “todo pela parte”²¹ que derivam elementos da prática administrativa brasileira como a “...presunção de legitimidade, a autotutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos” (SARMENTO, 2018, p.131) entre outros.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 99-102), o princípio é inerente a qualquer sociedade e condição de existência dela, não se baseando expressamente em previsão constitucional, embora amplamente aludida pela Carta Constitucional, mas sim como pressuposto lógico da atividade estatal e, inserta a lógica constitucional, tem nela o seu plano de ações e limitações, sua instrumentalidade, de tal forma que o princípio implica em um dever-

²¹ Leonardo Cunha (*apud* SIQUEIRA, 2016, p. 175) “É vestuta a ideia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles, o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e, na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irreduzibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, constituindo um dos alicerces de todo o direito público.”

poder dimensionado pelo “máximo *quantum* indispensável para a satisfação do escopo em vista do qual foram instituídos” qual seja, a satisfação do interesse coletivo.

Para Pietro (2018, p. 85):

O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade. É o que ocorre também em relação ao princípio da função social da propriedade, que justifica a imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade em benefício do interesse público. Trata-se de restrições, muitas delas previstas na própria Constituição, e que sempre conviveram com os direitos fundamentais. Note-se que o Direito Administrativo nasceu exatamente no período do Estado liberal em que a grande preocupação era a de proteger os direitos individuais frente aos excessos do poder. Por isso mesmo se diz que o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio: liberdade e autoridade.

Essa prevalência apriorística de interesses coletivos sobre os individuais se justifica moralmente a partir de duas perspectivas: organicismo²² ou utilitarismo. Para a primeira, o corpo social precede do órgão individual, e não raro justifica a supressão da liberdade individual por uma ideia de bem do todo e, não raro, desemboca em autoritarismo e violações antidemocráticas²³ (BONAVIDES, p. 56), totalmente incompatíveis com a ordem constitucional vigente.

Já para o utilitarismo, grosso modo, a individualidade, embora valorada positivamente, pode ser *negociada* em busca de um bem-estar geral, em conflito com a indisponibilidade dos direitos fundamentais garantida pela Constituição. Justo dizer que o completo individualismo também não é harmônico com os ideais preconizados pelo Estado democrático de Direito e a Constituição brasileira, que tem entre seus objetivos a promoção da igualdade social, que se dá pela atuação positiva do Estado, viabilizada e legitimada pela participação social coletiva.

É elementar à ideia de Estado Democrático de Direito a superação dos vícios que macularam as experiências de Estado Social e Estado Liberal, sem contanto negar incidência aos avanços sociais e institucionais por eles alcançados – limitação do poder estatal e positividade de direitos sociais.

Oportuno salientar que alguns autores entendem que houve a superação do princípio da supremacia do interesse público com o advento da Constituição de 1988, para Odete

²² Bobbio (2000, p. 45-48), aponta a dicotomia entre “organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)” é o que pauta a história do pensamento político.

²³ Binenbojm (2014, p. 84) aponta que organicismo hegeliano implicou nos sistemas totalitários do século XX.

Medauar²⁴ (2018, p. 128) a priorização dos direitos fundamentais, direitos em essência de particulares, implica na ilogicidade de apontar a referida supremacia como princípio do Direito Administrativo.

Da mesma forma Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 237) entende que não há espaço no constitucionalismo contemporâneo espaço para a supremacia do interesse público haja vista a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento, qualquer exercício de relativização das garantias fundamentais só se dará em virtude de “...uma expressa e inequívoca preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, ou seja: quando, como e onde essa supremacia admitidamente se impuser”.

Cabe então exercitar a *ponderação* no reconhecimento de um conceito de interesse público – mas não sua supremacia – para sua utilização prática, haja vista que, na concepção mais tradicional, se configura como um pressuposto abstrato e apriorístico e acaba por justificar um amplo leque de usos arbitrários por parte do Poder Público (BINENBOJM, 2014, p. 104).

O exercício arbitrário tem repercussões no âmbito do processo administrativo, no qual muitas vezes ocorre o choque entre as prerrogativas da Administração, baseada em interesses coletivos abstratos, e os direitos fundamentais dos particulares, objetivos e aferíveis, e nestes conflitos deve imperar, mais que a supremacia do interesse público, o dever de proporcionalidade da Administração:

Qualquer interferência legislativa ou administrativa em matéria de direitos fundamentais deve buscar sempre uma solução otimizada que prestigie, igualmente, todos os direitos ou princípios constitucionais envolvidos. Tal solução é alcançada pela técnica da ponderação, guiada pelo postulado da proporcionalidade. Aliás, em qualquer uma das três hipóteses acima aventadas (reserva legal simples, reserva legal qualificada e restrição imanente), toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz do postulado da proporcionalidade. Com efeito, é o seu emprego que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os interesses constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental. Deste modo, toda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional, no qual o Poder Público - seja ele o Estado legislador, seja o Estado administrador - encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo, que tenham dignidade

²⁴ A autora vai além e faz um apanhado da doutrina contemporânea e afirma que “...tal “princípio” não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas. Por exemplo: no direito estrangeiro, v. Jacqueline Morand-Deviller, Cours de droit administratif, 15. ed., 2017, p. 333-338; Sabino Cassese, Il diritto amministrativo e suoi principi, in Sabino Cassese (Org.), Istituzioni di diritto amministrativo, 2004, p. 1-15; Elio Casetta, Compendio di diritto amministrativo, 11. ed., 2011, p. 18-35; João Caupers, Introdução do direito administrativo, 8. ed., 2005, p. 66-86; Juan Carlos Cassagne, Curso de derecho administrativo, 10. ed., p. 166-167, v. I; no direito brasileiro, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, 16. ed., 2014, p. 81-118; Alexandre dos Santos Aragão, Curso de direito administrativo, 2012 (que usa o termo superado para tal ‘princípio’); Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, 11. ed., 2015, p. 132-140 (que o menciona para refutá-lo como princípio do direito administrativo relacionado ao chamado ‘regime jurídico de direito administrativo’)”

constitucional, e desde que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional. (BINENBOJM, 2014, p. 124-125)

Resta claro, portanto, que o exercício pleno dos mandamentos constitucionais brasileiros passa necessariamente pela superação dos tradicionais dogmas informativos do Direito Administrativo, encabeçados pela ideia de supremacia do interesse público, pois esses figuram como obstáculo a pressupostos de cidadania e democracia que, por consequência da cláusula de Estado Democrático de Direito, deveriam condicionar as relações travadas entre o Estado e os particulares.

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

No Brasil, em que pese a referência da Constituição à existência de um “processo administrativo” e a consagração do “devido processo legal”²⁵, não existia até recentemente no ordenamento jurídico, norma geral sobre processo ou procedimento administrativo²⁶, muito embora processos e procedimentos administrativos estivessem na realidade da Administração Pública e dos operadores do direito desde praticamente o surgimento do Direito Administrativo²⁷.

Tanto era relevante o processo ou procedimento administrativo na atividade da Administração, que já em 1938, Themístocles Brandão Cavalcanti expôs a necessidade de um Código de Processo Administrativo, sendo seguido por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em 1971 na obra específica *Introdução ao Direito Administrativo Processual*. Ambos os juristas tinham entre suas preocupações não apenas a procedimentalização da atividade administrativa, mas também, e principalmente, conter eventuais atos lesivos e excessos por parte do Estado. (MEDAUAR, 2007, p. 195-196)

Em exame sobre as obras em Direito Administrativo a partir da década de 1930, Sundfeld (2006, p. 20-21)²⁸ observa que somente com a edição de 1975 do *Direito Administrativo Brasileiro* de Hely Lopes Meirelles e de 1980 de *Elementos de Direito Administrativo* de Celso Antônio Bandeira de Mello a ideia de um processo ou procedimento administrativo começa a ganhar relevos práticos para a doutrina.

As discussões sobre a necessidade da codificação do processo administrativo no Brasil persistiriam por quase todo o Século XX, mas o quadro só mudaria com o advento da Constituição de 1988 com sua expressa previsão de existência daquele, o que implicaria na

²⁵ No art. 5º: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**; LV - aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” [destaque nosso] (BRASIL, 1988)

²⁶ Embora isso não queira dizer que não fosse reconhecida a processualidade inerente à atividade do administrador, conforme Sundfeld (2006, pp. 23-24) em amplo apanhado sobre as decisões do STF antes da vigência da Lei Federal 9.784 neste sentido e sobre diversos temas: RE 185.255, AL; RE 140.195-SC, 168.081, 171.664, 191.480-7, 247.349-RS; RE 157.905-SP; MS 22.164-SP e 22.320-SP; e outras.

²⁷ Existiam nos estatutos de servidores com normas de procedimentos disciplinar, no processo administrativo fiscal do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972 e em decorrência da Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal. (MEDAUAR, 2007, p. 198)

²⁸ Segundo o autor: Ruy Cirne Lima em *Princípios de Direito Administrativo* de 1937, Tito Prates da Fonseca em *Direito Administrativo* de 1939 ou Miguel Seabra Fagundes em *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* de 1941 inclusive em edições posteriores não se debruçaram sobre o conteúdo do processo administrativo.

elaboração da Lei Paulista n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998²⁹, a Lei Paulista de Processo Administrativo, a primeira do gênero a valer no país, e logo depois da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999³⁰, a Lei Federal de Processo Administrativo.

Importa esclarecer que, desde muito, há na doutrina pátria discussão sobre a correta terminologia do fenômeno da processualidade administrativa: se processo ou procedimento administrativo. Não obstante as extensas e relevantes discussões sobre o tema, bem como as repercussões que a opção por um ou outro termo teriam no universo jurídico, fato é que *processo administrativo* é o termo com maior aceitação entre os publicistas, ainda que com diferentes temperamentos sobre sua natureza.³¹

Dito isso, embora a Lei Federal de Processo Administrativo e a Lei Paulista de Processo Administrativo não tenham oferecido definição categórica de *processo administrativo*, a doutrina entende como tal, de forma simplificada, “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (MELLO, C. 2015, p. 499) ou uma ainda “série de atos preparatórios de uma decisão final da administração” (PIETRO, 2018, p. 863).

3.1 Processo administrativo como ferramenta de efetivação do Estado Democrático de Direito

A processualidade do direito deriva da própria natureza da limitação do poder estatal, pois o exercício deste, e isto está na essência do Estado de Direito, não pode ser realizado pela livre vontade do seu detentor. O processo é, portanto, a ferramenta que viabiliza o exercício do poder mediante um rito e conforme os predicados do ordenamento.

Sobre o papel do processo na constitucionalidade democrática, Thibau (2011, p. 92-93):

A teoria Neo-institucionalista do processo apresenta-se como uma proposição que busca incessantemente uma sociedade aberta, conectando-se, de modo irrestrito, a soberania popular, para erigir o processo à condição de referente jurídico discursivo oferecedor da legitimidade decisória nos âmbitos da produção e da aplicação do direito, pela participação e pela fiscalização endoprocedimental incondicionada do povo, através dos princípios do contraditório da isonomia e da ampla defesa, que o

²⁹ “Artigo 1º - Esta Lei regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica.” (SÃO PAULO, 1998)

³⁰ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.” (BRASIL, 1999)

³¹ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2020, p. 55-66), Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 499-500), Egon Bockmann Moreira (2000, p. 33-53), Lúcia Valle Figueiredo (2009, p. 434-440), Odete Medauar (2007, p. 33-46), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 535-540), Nelson Nery Costa (2003, p. 9-12).

definem estruturalmente. [...] Partindo-se dos conteúdos lógico-jurídicos da Teoria Neo-Institucionalista, portanto, quer parecer despontar o Processo como uma instituição jurídica integrante do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, ao possibilitar, pelos seus princípios institutivos (Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa), a previsibilidade decisória que advirá dos critérios constitucionalmente estabelecidos à demarcação dos discursos da produção e da aplicação do Direito.

Assim, pode-se dizer que o processo, em sentido amplo, é verdadeira garantia fundamental do Estado de Direito, e mais, é condição para que seja reconhecida a validade e legitimidade do exercício do poder. Da mesma forma o processo administrativo, como espécie do gênero Processo, é a garantia da conformação do Direito Administrativo aos predicados do Estado Democrático de Direito (SUNDFELD, 2006, p. 18) o que se expressa na sua função como “... um dos instrumentos de maior relevo para a tutela dos cidadãos ante as atuações do Executivo suscetíveis de lesão de direitos e, portanto, como um importante meio para o aprimoramento da atividade administrativa em geral” (MEDAUAR, 2007, p. 193)

Destarte, assim como a processualidade em sentido amplo é marca do compromisso do poder com uma ordem legal, também o processo administrativo em suas funções sinaliza os compromissos políticos assumidos dentro da ordem institucional, do compromisso com o Estado Democrático de Direito e legítima expressão desse, para Guedes (2007, p. 146) “...o contato cotidiano entre Administração e administrado nada mais é que o processo administrativo: palco da vivência diária do poder e, por isso, uma ferramenta essencial na construção e manutenção do projeto do Estado Democrático de Direito.”

Entende Marcos Antônio Moraes Alberto (2020, p. 281-284) que são várias as funções sedimentadas com a Lei nº 9.784 de 1999. Segundo o autor o processo administrativo:

(i) [...] prescreve uma forma jurídica para o desenvolvimento (o “desenrolar”) de uma função administrativa. Ele estabelece um itinerário procedimentalizado e controlável por meio do qual uma competência abstratamente atribuída se converte em um ato administrativo com efeitos concretos. O compromisso político aqui estabelecido é o da definição dos limites de legitimidade do exercício concreto do poder administrativo; (ii) [...] sujeita à administração pública à abre aspas normas de ação”, ou seja, normas que tenham propósito de constituir e disciplinar as modalidades por meio dos quais o poder político deve ser exercido. Não regulam condutas ou posições jurídicas (individuais ou coletivas) diante do poder público, mas sim, os modos de ação franqueados, em cada atividade ou grupo de atividades administrativas, ao poder público. O compromisso político aqui estabelecido é o da prévia determinação dos modos legítimos de exercício do poder político;³² [...] (iv) [...] determina a administração pública o dever de transparência e de integridade em suas decisões, requisito indispensável ao seu amplo controle [...] O compromisso político aqui

³² Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito ... VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (BRASIL, 1999)

estabelecido é o da legítima correlação entre governantes e governados, dado pela abertura da administração a contestação pública inerente às democracias.³³ (v) [...] compensa a indeterminação contida na locação de poderes discricionários. Assumindo-se que a ampliação do bloco de legalidade a que se vincula a administração pública e a expansão, qualitativa e quantitativa, da regulação administrativa em estruturas estatais, infraestatais e supraestatais tem provocado a expansão da discricionariedade [...] o processo administrativo permite a “determinação” de decisões no interior de um espaço normativo relativamente aberto, o que se dá pela via da motivação, clara e explícita dos atos processuais e da congruência decisória ao que foi construído ao longo do procedimento. O compromisso político aqui estabelecido é o da vedação à decisões unilaterais baseadas no arbítrio da administração pública, impondo que atos, ainda que baseados em competências discricionárias, detenham algum grau de vinculação a fonte socialmente legitimadas.³⁴

Independentemente de sua natureza e funções, e não obstante a criação de lei geral sobre processo administrativo sob a égide da vigente Constituição, fato é que o processo administrativo brasileiro ainda opera, mesmo que não totalmente, inserto a lógica tradicional do Direito Administrativo Brasileiro, e nele são patentes “...certas construções teóricas [...] envoltas em teias de aranha, a exigirem uma remeditação que tarda sensivelmente [...] ‘poder de polícia’, ‘interesse público’, ‘insindicabilidade judicial do mérito administrativo’ etc.” (DALLARI, FERRAZ, 2020, p. 25).

Mais que isso, evidente o desequilíbrio nas relações entre particulares e Estado³⁵ no processo administrativo, que se mostra de maneira ainda mais relevante nas questões relativas ao interesse público, nas prerrogativas da administração, na parcialidade das autoridades julgadoras em processos administrativos, na distribuição desigual do ônus da prova, na institucionalização do medo via direito sancionador, entre outros (GUEDES, 2017, p. 109-151).

A superação dos antigos paradigmas é um processo em curso no Direito Administrativo contemporâneo com reflexos na atuação do STF:

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova

³³ Art. 2º [...] Parágrafo único. [...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; (BRASIL, 1999)

³⁴ Art. 2º [...] Parágrafo único. [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; (BRASIL, 1999)

³⁵ “Ao final deste estudo, ao menos uma constatação pode ser feita: nem o direito administrativo, nem o estado brasileiro, foram criados ou moldados para a democracia. Quanto ao direito administrativo, essa afirmação se fundamenta não apenas em suas origens históricas, mas também na trajetória de suas transformações ao longo do século 20, especialmente naqueles ordenamentos de raiz de *civil law*. Em relação ao estado brasileiro, a falta de vocação democrática na sua formação é mais fácil de constatar. Desde a colonização até o final do século passado, são evidentes as permanências de uma tradição de pensamento autoritário, marcada pelo protagonismo estatal, pela baixa participação social na vida política e pela proeminência do poder executivo no cenário político institucional.” (GUEDES, 2017, p. 159)

concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do 'devido processo legal', seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração. Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade. O procedimento administrativo configura, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões. (RE nº 568.863. Rel. Ministra CARMÉN LÚCIA ANTUNES ROCHA, julgado em 05/09/2008, DJe 24/09/2008)

Ao entender “o agir a serviço da comunidade” como “mais alta concepção da administração”, tem-se a plena realização do Estado Democrático de Direito: alçar os particulares e a comunidade ao protagonismo do ordenamento.

3.2 Processo administrativo sancionador brasileiro

Diante da expansão da atividade do Estado, que arrogou para si a competência de proteção, fiscalização, regulação dos diversos campos da vida política, ambiental, social, e outros mais³⁶, também se expandiu o alcance do Direito Administrativo – uma verdadeira administrativização da vida pública que ecoa o assoberbamento do Estado Social – e que implicou, por óbvio, no aumento do campo de incidência dos processos administrativos.

A expansão dos limites do Direito Administrativo teve como consequência o alargamento do regime de sanção administrativa, fenômeno não exclusivo do direito brasileiro, mas cujo estudo passa a ganhar relevo no Brasil no século XXI, sob a disciplina do Direito Administrativo Sancionador ou apenas Direito Sancionador.

Entendido o Direito Sancionador como espécie do gênero Direito Administrativo, tem-se que os processos administrativos não raro tratam da aplicação de sanções administrativas. Sobre o conceito de sanção administrativa, Fábio Medina Osório (2019, p. 105):

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de

³⁶ “No trânsito, na vigilância sanitária, no setor elétrico, no meio ambiente [...] saúde suplementar, telecomunicações, óleo, gás natural e biocombustíveis, transportes públicos, atividades cinematográficas e videofonográficas, concorrência, ordenação do espaço urbano, fiscalização tributária, relações disciplinares [...] licitações e contratos públicos em geral, mercado financeiro [...] consumidor, dentre outras.” (VORONOFF, 2019, p. 25)

uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Ocorre que, paralelamente à expansão do regime de sanção administrativa, há também uma expansão do regime de sanção penal e uma convergência entre ambos os regimes de sanção, com penas administrativas cada vez mais gravosas e restritivas de direitos³⁷ (OSÓRIO, 2019, p. 406) e penas criminais fundadas na violação de valores mais abstratos em áreas muito mais específicas (VORONOFF, 2019, p. 25-51) de forma que a fronteira entre os referidos ramos do direito se torna cada vez mais inexata.

Na doutrina nacional, há entendimento que a sanção administrativa não é ontologicamente distinta da sanção penal, a diferença se dá apenas em relação a regime jurídico optado pelo legislador, que entende serem passíveis de sanções mais graves os comportamentos mais lesivos à sociedade e a moralidade pública, os que orbitam a esfera do direito penal (MELLO, R. 2007, p. 43), esse é o entendimento encampado pela doutrina europeia e sedimentado nas decisões dos seus tribunais superiores, cortes constitucionais e no Tribunal Europeu de Direito Humanos (OSÓRIO, 2019, p. 118-119).

Também na doutrina nacional entende-se que ainda que sanções penais e administrativas sejam aplicadas no exercício de funções estatais diversas e com base em regimes jurídicos distintos, não se podem ignorar as garantias fundamentais do particular nos casos em que as sanções são aplicadas pela Administração e não o Judiciário (MUNHOZ, 2007, p. 107-108).

Acrescente-se que o fenômeno de penalização do processo administrativo sancionador no Brasil, não se traduziu em uma correspondente transposição das garantias individuais previstas na seara do Direito Penal, mesmo que estas sejam em grande maioria princípios insculpidos na Constituição Federal, para aquele, diferentemente do que ocorre doutrina estrangeira. No caso espanhol, segundo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2004, p. 168 *apud* VORONOFF, 2019, p. 205)

Essa situação [caracterizadora de um Direito de Polícia], determinada pela formação histórica desse poder administrativo, por sua evolução independente como um simples instrumento de efetividade coercitiva, sem outras considerações, em razão da inexistência de um quadro normativo comum no qual se integrasse cada uma de suas manifestações singulares, tentou-se corrigir tardiamente com a entrada em jogo dos princípios gerais do Direito Penal concebidos como princípios gerais do Direito Sancionador. É a jurisprudência anterior à Constituição (...) que restará confirmada

³⁷ A perda de direitos políticos prevista na Lei de improbidade administrativa é um exemplo, bem como multas de valores exorbitantes que podem ser aplicadas a particulares como sanção ambiental, e diversos outros.

pela Constituição mesma. Como se sabe, o artigo 25³⁸ da Constituição incluiu em uma mesma fórmula as penas e as sanções administrativas no que tange à aplicabilidade dos princípios da legalidade, da tipicidade e da irretroatividade. Mas essa regulação unitária pode ser entendida de forma ainda mais extensa (...).

Haja vista não haver diferença ontológica e substancial nas facetas do *ius puniendi* estatal, administrativa ou penal, exsurge, por óbvio, a concepção de que os princípios extraídos das normas-garantias constitucionais aplicáveis a uma, também são aplicáveis a outra não obstante os princípios próprios de cada ramo, inclusive no que diz respeito a matéria processual, o que na prática é observável na aproximação entre o Direito Processual Administrativo e Direito Processual Penal. (OSÓRIO, 2019, p. 406).

Partindo do entendimento de “que o Direito é um sistema de prescrições jurídicas, interligadas e harmônicas [...] um sistema porque integrado de partes que se completam e que dependem umas das outras” (MACHADO, 2002), não é possível separar a incidência sobre o Direito Administrativo Sancionador dos princípios e garantias que orientam o próprio Direito Administrativo ou mesmo o Direito Penal e, por consequência lógica, dos respectivos princípios processuais de cada ramo, esse é um entendimento que vai ganhando relevância inclusive nos órgãos internos à Administração Pública³⁹.

Diferente não é o entendimento de Geraldo Ataliba (1976, p. 550):

Por outro lado, verdade que tem igual força, constitui exigência constitucional que toda vez que se configure situação em que o particular esteja diante do estado no exercício do seu direito de punir (castigar), incide automática e imediatamente o chamado regime jurídico punitivo, assim designado o conjunto de preceitos constitucionais e legais que estabelece limites procedimentais, processuais e substanciais à ação do Estado, nesta matéria (exercício do *jus puniendi*).

E complementa Fábio Medina Osório (2019, p. 155):

³⁸ Artigo 25 da Constituição espanhola, *in verbis*: “Artigo 25 1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por acções ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento.”

³⁹ Do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União (2019, p. 199) “Certas condutas, entretanto, poderão ser atípicas no Direito Penal, em virtude da inexpressiva ofensa que tiverem causado ao bem jurídico tutelado. Este é o fundamento do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, defendido por alguns doutrinadores sob o argumento de que a tipicidade também exige que o bem jurídico pela norma que prevê a infração seja efetivamente afetado, e, portanto, a irrelevância da lesividade material do ato o excluiria do âmbito de proibição da norma, deixando de existir a tipicidade. Seria possível adaptar este princípio ao Direito Disciplinar, abarcando aquelas condutas que à primeira vista seriam enquadráveis legalmente, mas que devido ao ínfimo potencial ofensivo, não são capazes de afetar o interesse público tutelado. Entretanto, como ele não consta expressamente reconhecido no ordenamento jurídico administrativo, pode também ser considerado uma decorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”

É necessário reconhecer, no campo constitucional, cláusula comuns ao Direito Público Punitivo, não como ramo jurídico, mas como aquele conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado. Do ponto de vista didático, semelhante esforço poderia enriquecer debates, disciplinas acadêmicas, congressos, seminários, eventos, reunindo, nas mesmas ocasiões para discutir temas comuns, penalista, constitucionalistas, administrativistas e processualistas, na perspectiva da interdisciplinariedade.

Assim, a dimensão processual do Direito Administrativo Sancionador não encerra em si meramente os mecanismos para a atuação estatal na persecução desenfreada da punição, é mais que tudo freio que se fundamenta nas prescrições constitucionais, e condição para exercício de prerrogativa de sanção para o reconhecimento de legitimidade da atuação⁴⁰ da Administração, inserta a uma dimensão superior da processualidade e de atenção a dignidade da pessoa humana. O direito ao processo, expressão do devido processo legal, é, afinal, uma manifestação do respeito à dignidade da pessoa humana (SILVA, 2003, 430-431 *apud* GUEDES, 2007, p. 72).

3.3 A defesa do particular no processo administrativo: princípios constitucionais de processo administrativo

Conforme demonstrado, o processo serve à instrumentalidade do Estado do Direito, neste não há operação jurídico-institucional sem processo. Ao longo da operação histórica do Direito Processual houve a fixação dos preceitos fundamentais que orientam os sistemas processuais. Não obstante os diferentes princípios que operam nos diferentes ramos de processo, há princípios gerais informativos de todo Direito Processual, inerentes a própria ideia de processo e consagrados nos diversos textos constitucionais, razão pela qual, com os devidos temperamentos, operam efeitos nos processos como um todo (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013, p. 59-61)⁴¹.

⁴⁰ “É, pois, para a realização dos princípios democráticos legitimadores do exercício do poder que se põe o processo administrativo como instrumento de ação do agente público, gerando-se em sua base jurídica o conjunto elementar dos subprincípios que dão ao cidadão a segurança de aplicação eficiente do Direito justo.” (ROCHA, 1997, p. 195)

⁴¹ Ainda segundo os autores “a doutrina distingue os princípios gerais de direito processual daquelas normas ideias que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram apontadas, sob o nome de ‘princípios informativos’ do processo: a) o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração)”.

3.3.1 Considerações sobre regras e princípios

A tomada do ordenamento jurídico brasileiro pela hegemonia axiológica dos princípios, torna necessária a delimitação de sua natureza e contextualização na evolução da história jurídica. Para Bonavides (2004, p. 259-266), a juridicidade dos princípios passa por três fases: jusnaturalista, positivista e pós-positivista. Na primeira, jusnaturalista, os princípios ocupam posição de postulados de justiça de cunho moral, mas sem normatividade.

Na fase positivista, marcada pela tentativa de separação entre direito e moral⁴², os princípios seriam derivados da compreensão do ordenamento vigente, com base em seus códigos e leis, não sobrepostas a estas, mas sim lhes sendo subsidiárias. Já a fase contemporânea compreende o pós-positivismo⁴³, que eleva os princípios para além da dimensão ética e moral à categoria de norma jurídica, converte-os no “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico”.

No paradigma pós-positivista os princípios constitucionais têm força vinculante e produzem efeitos jurídicos independentes da legislação infraconstitucional. Os princípios não servem mais ao preenchimento de lacunas jurídicas, são sim as normas mais elevadas do ordenamento jurídico. (BINENBOJM, 2014, p. 64)

Especificamente na doutrina tradicional de Direito Público anterior à CF/88, de marcada contribuição positivista, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 407) ao tratar das fontes formais objetivas do direito, em relação aos princípios afirmou que:

...a aplicação desses princípios se faz ante a lacuna da lei, e mesmo do costume, por inexistir norma específica regendo a hipótese. Não envolvendo a hipótese, não envolve, portanto, qualquer derrogação de norma positiva e da sistemática do direito positivo, mas a sua complementação. Só se ampara nelas o julgador quando a analogia legal ou jurídica, não puder resolver as omissões ou falta do direito legislado costumeiro

⁴² Sarmiento (2012, p. 376) bem observa que a separação entre direito e moral não implica necessariamente em extirpar princípios jurídicos que tenham sido incorporados ao ordenamento positivado, pelo contrário, como demonstra a resposta de Hart à Dworkin, que negava à concepção jurídica daquele a possibilidade de se coadunar com sua concepção positivista do ordenamento, o que foi rechaçado por Hart (2009, p. 334-346)

⁴³ Sobre a ascensão da cultura pós-positivista no Brasil, Barroso (2013, p. 35) “assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela”.

Na prática jurídica brasileira contemporânea, de marcada contribuição germânica, Alexy desponta como relevante teórico sobre a natureza e o papel dos princípios e da aplicação dos direitos fundamentais. Alexy, no esteio do pensamento de Dworkin, faz uma distinção entre regras e princípios.

Para Dworkin (2002, p. 39-40), regras são mandamentos de “tudo ou nada”, ou seja, aplicam-se, na integralidade de seus efeitos havendo a ocorrência de sua prescrição mandamental. Na ocorrência de choque entre regras, o jurista deve se valer de critérios formais para solucionar o conflito, como a cronologia, especialidade e hierarquia.

Ainda na concepção de Dworkin (2002, p. 36), os princípios são divididos entre princípios em sentido estrito⁴⁴ e diretrizes políticas, aqueles dizem respeito aos direitos e tem primazia em relação a estas, que tratam de objetivos econômicos, políticos ou sociais a serem alcançados.

De maneira similar afirma Alexy (2009, p. 85) que regras são normas que prescrevem consequência jurídica face o reconhecimento da ocorrência de seus pressupostos, enquanto os princípios são “mandamentos de otimização”, normas que determinam que algo seja realizado em máxima medida tanto quanto possível real e juridicamente.

Isso não quer dizer, entretanto, que os princípios são mandamentos definitivos, na própria concepção de Alexy (2015, p. 90), os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação, não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Disso se pode depreender que a aplicação do princípio ao caso concreto, havendo ou não conflito com outros princípios, é um exercício racional e moral de compromisso pragmático com a ordem jurídica.

Carlos Ari Sundfeld (2017a, p. 143-148) entende que os princípios são fundamentais na interpretação e aplicação do Direito Público dada a natureza de sua legislação – jovem, esparsa, produzida sem método – haja vista que propiciam a compreensão global de um sistema, para o autor:

Na aplicação do direito – isto é, na edição de leis, na produção de atos administrativos na solução judicial dos litígios etc. – os princípios cumprem duas funções: determinam uma adequada interpretação das regras e permitem a colmatação de suas lacunas (integração). Quanto à função dos princípios na interpretação das regras pode-se dizer que: a) é incorreta interpretação da regra quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justificasse a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com do princípio

⁴⁴ Terminologia adotada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 380).

Os princípios se manifestam na ordem jurídica para além de direitos fundamentais como princípios gerais do direito, “normais gerais, abstratas, não necessariamente positivadas, porém as quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito” e como aqueles ocupam lugar hierarquicamente superior às normas e, mesmo sem posituação expressa, devem ser observados pelo operador da lei (FIGUEIREDO, 2008, p. 37-41).

Da mesma forma Carlos Ari Sundfeld (2017a, p. 148-151) entende que há “princípios implícitos” no ordenamento jurídico e neste tem sede direta, não cabendo aos juristas criarem princípios autorais, os princípios se extraem do ordenamento e não são adicionados a ele, de tal forma que mesmo os implícitos têm valor igual aos explícitos.

3.3.2 O princípio do devido processo legal no processo administrativo

Se a expressão da processualidade é necessária para a configuração do Estado de Direito, o devido processo legal é o princípio operacionalizador da processualidade do qual, em consonância com o ordenamento em suas diversas expressões, fluem os demais princípios processuais⁴⁵, e que visa garantir ao particular, remontando às suas origens no art. 39 da Magna Carta Inglesa de 1215⁴⁶, proteção pela via legal em face da atuação do Estado (DALLARI; FERRAZ, 2020, p. 100).

Para Egon Bockmann Moreira (2000, p. 214-220), o devido processo legal reputa-se “devido” quando da correta adequação do “processo”, enquanto rito necessário para realização do ato administrativo, as expectativas do Estado Democrático de Direito, sendo “legal”, pois no contexto da fiel execução da lei.

No ordenamento brasileiro, o devido processo legal tem sua previsão na CF/88 no art. 5º, LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e no Art. 5º, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁵ “O princípio admitido neste sentido – polivalente, formal e material – tal como positivado na Constituição de 1988, informa, em particular, no Direito Administrativo, o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como vários outros importantes princípios instrumentais de caráter procedimental decorrentes, como o do contraditório e o da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), assim como o princípio substancial da razoabilidade.” (MOREIRA NETO, 2014, n.p)

⁴⁶ “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”

A correta interpretação da extensão do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro e seu alcance à seara administrativa depende a interpretação sistêmica do texto constitucional e especialmente da interpretação integrada dos incisos supracitados, o inciso LV impõe o devido processo legal à esfera administrativa (MEDAUAR, 2007, p. 86) sendo este o entendimento esposado pelo STF⁴⁷.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo (1997, p. 16):

Entretanto, quando estivermos diante de processos que têm contrariedade, ou, por outro lado, diante de processos em que existam "acusados", ainda que entre aspas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se não de colocar; assim também, quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente. Deveras, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente. Nos processos sancionatórios, de primeiro ou de segundo grau, pois, podemos ter processos sem recursos (o administrado pode, por exemplo, não recorrer da autuação fiscal) e, também nos processos disciplinares, que visam a verificar os ilícitos administrativos praticados por funcionários, acreditamos ser de toda aplicabilidade a contextura completa do inc. LV do art. 52. Portanto, basicamente, o devido processo legal, com seus corolários, com suas consequências”.

Assim, pode-se entender que o devido processo legal no processo administrativo compreende todas as garantias do particular para defesa de seus interesses contra a

⁴⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea ‘a’, da Constituição da República, contra o seguinte julgado das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Amazonas: ‘Mandado de segurança – Constitucional e Administrativo – Servidor público concursado – Professor – Afastamento unilateral – Ausência do devido processo administrativo – Constrangimento ilegal configurado – Preliminar de falta de citação de litisconsorte passivo necessário – Rejeição. 1. Deve ser rejeitada a preliminar de falta de citação dos demais candidatos aprovados no concurso público para integrar a lide na qualidade de litisconsortes passivos necessários, uma vez que a situação jurídica que pretende resguardar o impetrante, não modifica o resultado do certame, não gerando qualquer desconforto ao direito material dos mesmos. Preliminar rejeitada. 2. A ausência do devido processo legal a preceder o afastamento do impetrante do cargo para o qual foi nomeado, de professor de Biologia, aprovado que foi em concurso público, constitui ilegalidade sanável pela ação mandamental, uma vez que lhe foi atingido direito líquido e certo. [...] Na espécie, o Tribunal a quo reconheceu que o Recorrido “foi afastado de suas funções de professor de Biologia, cargo este galgado através de aprovação em concurso, de maneira unilateral e sem a instauração do devido processo administrativo a que tem direito, vez que, para todos os efeitos legal, é servidor público, possuidor, assim, de estabilidade profissional” (fl. 95). Foi-lhe suprimido, portanto, o devido processo administrativo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório. Em sua obra Dicionário de Direito Administrativo, José Cretella Júnior define a ampla defesa como o ‘meio assegurado a todos os particulares ou funcionários que se veem envolvidos nas malhas de processo administrativo ou inquérito administrativo. O princípio da ampla defesa ou da plena defesa, que encontra acolhida no âmbito do direito administrativo, opõe-se ao princípio inquisitorial, em que é repellido o contraditório, impossibilitando-se ao acusado produzir provas ou carrear para o processo elementos que lhe provem a inocência. A defesa encontra sua base no direito natural e o princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido é que a informa. Não se concebe a possibilidade de uma repartição ou de qualquer parcela da Administração Pública instaurar processo contra indivíduo que não possa defender-se’ (Dicionário de Direito Administrativo. 3ª ed. Forense, 1978, p. 35-36) [...] (RE nº 568.863. Rel. Ministra CARMÉN LÚCIA ANTUNES ROCHA, julgado em 05/09/2008, DJE 24/09/2008).

Administração em qualquer hipótese de controvérsia, inclusive as de privação de liberdade ou de bens⁴⁸⁴⁹ e impõe a oferta aos sujeitos da relação processual administrativa “... de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do resultado final” do processo. (MEDAUAR, 2007, p. 86-87).

3.3.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV da CF/1988 e no art. 2º da Lei Federal nº 9.784 de 1999 é expressão do Estado Democrático de Direito na medida que garante o exercício da cidadania pela participação do particular na esfera pública no processo decisório da Administração, não se limitando a meramente determinar a cientificação dos sujeitos do processo sobre o curso deste, mas também a possibilitar que se manifeste e que tenha suas manifestações apreciadas (MOREIRA, 2000, 225-227).

Odete Medauar (2007, p. 109-110) enumera as finalidades do contraditório: garantir as informações para que o sujeito possa reagir no processo, visando a tutela dos seus interesses e posições e ensejando a colaboração na formação do ato; a busca da verdade e das informações necessárias para a mais justa e correta decisão da Administração; fazer valer a impessoalidade ao dar oportunidade aos sujeitos de apresentarem alegações, provas etc. face a Administração, e; a ampliação da transparência administrativa a fim de que se evite um “despotismo administrativo”.

De especial relevo para o processo administrativo sancionador a afirmação de Egon Bockmann Moreira (2000, p. 232):

Aliás, no Direito Administrativo o princípio do contraditório assemelha-se antes ao Direito Processual Penal do que ao Direito Processual Civil. A Administração tem o dever de gerar a contraditoriedade real, vez que maneja interesses públicos (indisponíveis). A raiz constitucional do princípio reforça esse entendimento, que impõe ao administrador o dever de busca constante de um contraditório efetivo na tutela do interesse público posto à sua guarda e tutelado do interesse privado do administrado.

⁴⁸ Liberdade em seu sentido mais amplo e bens tanto materiais como imateriais (MOREIRA, 2000, p. 222-224)

⁴⁹ “O princípio do devido processo da lei, até aqui tomado em seu aspecto instrumental, veio a se tornar a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, e, por construção jurisprudencial, neles se expandiu conceptualmente para incluir a preservação substantiva das liberdades e dos direitos fundamentais, pois que a cláusula do devido processo da lei não poderia agasalhar atos públicos irrealis ou irrazoáveis.” (MOREIRA NETO, 2014, n.p.)

A instrução processual mostra-se de especial relevância na efetivação do princípio do contraditório, não se limitando apenas a atividade probatória das partes, mas englobando toda a atividade de instrução expressa nas manifestações de toda natureza dos sujeitos processuais (MOREIRA, 2000, p. 233-235), a legislação prevê que a atividade probante da Administração para realização do ato se dá de ofício ou por impulso oficial sem prejuízo do direito probatório dos interessados, bem como o dever destes de provar os fatos alegados sem prejuízo do dever de prova da própria Administração⁵⁰.

O princípio da ampla defesa no processo administrativo funda-se nos mesmos dispositivos legais do princípio do contraditório, do qual é interdependente, ainda que a maior parte da doutrina comumente trate de ambos em unicidade⁵¹, há autores que lhes reservam textos distintos⁵².

Assim como o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa é manifestação do Estado Democrático de Direito na medida que garante o exercício da cidadania pela participação do particular na esfera pública no processo decisório da Administração, para Egon Bockmann Moreira (2000, p. 242-243), entende-se como ampla defesa a “garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de um processo legítimo e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito”, complementa Medauar (2007, p. 119) “a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos e preservar interesses, não pode ser restrita, no contexto que se realiza”.

Sobre o contraditório e a ampla defesa, acórdão paradigmático do STJ:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEILÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS E ATIVOS IMOBILIÁRIOS. ATO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULAS 346 E 473/STF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. PAGAMENTO JÁ EFETUADO PELO PARTICULAR. ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. [...] 2. Ao mesmo passo que a Constituição da República impõe à Administração Pública a observância da legalidade, conferindo-lhe o dever-poder de autotutela, atribui aos litigantes, em geral, seja em processos judiciais seja administrativos, a obediência à garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa (art. 5º. LV). Entretanto, não se deve confundir o

⁵⁰ Lei Federal nº 9.784 de 1999 “Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. [...] Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.”

⁵¹ Lúcia Valle Figueiredo como “amplo contraditório” (2008, p. 444), Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 872), Hely Lopes Meirelles (2016, p. 112), Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 119), Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 228).

⁵² A bem de exemplo Odete Medauar (2007, p. 101-130), Egon Bockmann Moreira (2000, p. 225-258) e Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2020, p. 136-141)

poder de agir de ofício, ou seja, de iniciar um procedimento independentemente de provocação das partes, com a tomada de decisões sem a prévia oitiva dos interessados. É nesse contexto, portanto, que se inserem os enunciados das Súmulas 346 e 473/STF. 3. O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado [...]. (BRASIL, 2009)

A ampla defesa no processo administrativo desdobra-se de forma “direta” e “indireta”, à primeira correspondem os aspectos que se entendem tradicionalmente como materiais e de mérito – a controvérsia acerca dos fatos e direitos – e à última correspondem os aspectos que tradicionalmente se entendem como formais ou processuais – como legitimidade, interesse de agir, capacidade entre outros (MOREIRA, p. 243-245).

3.3.4 Princípio da igualdade processual

O princípio da igualdade processual no processo administrativo se mostra controvertido ante o entendimento jurisprudencial de que há prerrogativas especiais garantidas à Administração Pública em decorrência da supremacia do interesse público⁵³.

Para parte da doutrina, entretanto, o princípio da igualdade processual tem plena eficácia no plano do processo administrativo seja: por decorrência do *caput* do art. 5º da CF/88 (MELLO, R. 2007, p. 230-231); como aspecto do Estado de Direito (MEDAUAR, 2007, p. 90); derivado do devido processo legal (FIGUEIREDO, 2008, p. 448); ou por estreita ligação com o contraditório (MOREIRA, 2000, p. 227).

Para Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 231-233) e Egon Bockmann Moreira (p. 227-228) especial atenção se deve ao princípio da igualdade no processo administrativo em função do papel cumprido pelo Estado no contexto do processo administrativo, pois ao figurar como parte e julgador resta evidente a vantagem processual da Administração sobre os particulares e impõe-se o risco de uma atividade “unilateral e desproporcionada”.

Para Bockmann Moreira todos os participantes da relação processual têm de contribuir para o resultado do processo, já para Munhoz de Mello a igualdade não restará concretizada enquanto não separadas as fases instrutórias e sancionatórias do processo administrativo em órgãos diversos.

⁵³ “RECURSO. IGUALDADE PROCESSUAL. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 74 DO DL 960/38. Não ofende o princípio da isonomia, aplicável a igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade dos seus interesses em jogo.” (RE 83432/SP Rel. Min LEITÃO DE ABREU, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1979, DJ 06/06/1980).

A igualdade processual, enquanto consectária do princípio do contraditório, significa enfim “...a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes” (GONÇALVES, 2001, p. 127)

Já Thiago Marrara (2020, p. 101-103) trata da igualdade processual dentro do princípio da isonomia. Para o autor “... a igualdade pede que se afastem assimetrias, verticalizações, superioridades ou privilégios de um interessado sobre o outro ou da Administração sobre o interessado”.

A ausência de previsão do princípio da igualdade processual ou isonomia na Lei Federal nº 9.784 de 1999 não implica na sua inaplicabilidade ao processo administrativo haja vista que a isonomia é condição de validade do processo seja ele qual for, entendimento sedimentado na Teoria Geral do Processo (MOREIRA, 2000, p. 76)

3.3.5 Princípio da verdade material

O princípio da verdade material é indissociável da dilação probatória seja de qual for a natureza processual. Para Celso Bandeira de Mello (2015, p. 518), o princípio da verdade real se fundamenta no princípio da legalidade. No contexto do Direito Sancionador, o princípio da verdade material prescreve que o exercício da atividade administrativa ou jurisdicional não deve ficar, no âmbito do processo, adstrita a uma verdade puramente formal, ou seja, aquela que não goza de lastro no plano da realidade.

De outra forma, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 513), a busca pela verdade material não deve ficar restrita ao alegado pelas partes ou ao que demonstrarem no curso do processo, e sim pelo que é de fato verdadeiro⁵⁴, no mesmo sentido Medauar (2018, p. 162) e Figueiredo (1997, p. 16-18).

⁵⁴ RECURSO ORDINÁRIO. PROCON. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE COMINA MULTA E INSCREVE FORNECEDORA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS ANTES MESMO DA DECISÃO. TERMO DE ACORDO CELEBRADO ENTRE CONSUMIDORA E FORNECEDORA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E VERDADE MATERIAL. A par da circunstância de ter apresentado os esclarecimentos antes mesmo da decisão administrativa proferida pelo PROCON-PR (fls.74/75), ainda assim a ora recorrente foi multada e inscrita no cadastro de proteção ao consumidor. Ocorre que, consoante esclareceu a autoridade coatora, a ora recorrente juntou serodidamente um documento essencial à solução da controvérsia, o que gerou a decretação, por analogia, dos efeitos da revelia e a cominação das referidas penalidades administrativas (fls. 107/108). Por mais que o aludido documento, consubstanciado em um termo de acordo entre consumidora e fornecedora (fls. 156/157), representasse um fato extintivo do direito da autora, não mereceu a devida consideração. A despeito do fenômeno da preclusão administrativa não ter recebido o devido tratamento legislativo, a teor do que ensinam Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42-43), nada obstará que o PROCON

Para Ferraz e Dallari (2020, p. 171), é dever do julgador, no âmbito do processo administrativo “... sempre buscar a verdade, ainda que para isso tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados [...] podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento”.

considerasse que a pretensão da consumidora foi substancialmente satisfeita com o acordo por ela proposto à fornecedora. Ignorar, no âmbito do processo administrativo, a força normativa do princípio da razoabilidade, enquanto mecanismo viabilizador do controle dos atos administrativos, significa incorrer, a rigor, em afronta ao próprio princípio da legalidade. Os atos supostamente praticados pela fornecedora, apontados como justificadores da medida infligida pelo PROCON-PR, em verdade, não possuem a virtude de embasar as sanções, pois foram precedidos de um acordo extremamente favorável à consumidora. Não bastasse a invocação do princípio da razoabilidade, poderia ainda ser invocado o princípio da verdade material como forma de dirimir a pretensão mandamental e refutar a equivocada premissa da juntada intempestiva do termo de acordo. Por força do princípio da verdade material, plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público, conforme ensina Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, "mesmo no silêncio da lei, e até mesmo contra alguma esdrúxula disposição nesse sentido, nem há que se falar em confissão e revelia, como ocorre no processo judicial. Nem mesmo a confissão do acusado põe fim ao processo; sempre será necessário verificar, pelo menos, sua verossimilhança, pois o que interessa, em última análise, é a verdade, pura e completa" (Ob. cit., p. 87). Recurso ordinário provido. (RMS 12.105/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 20/06/2005, p. 174)

4 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A PROVA

No caso específico do processo administrativo brasileiro, sob diferentes justificativas geralmente baseadas na supremacia do interesse público e por seu reflexo na processualidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência têm relativizado o ônus probatório em favor da Administração (GUEDES, 2017, p. 133-140), o que se mostraria incompatível, no contexto de uma ação penal, com os preceitos constitucionais de presunção de inocência e devido processo legal (LOPES JR, 2014, p. 562-566).

Mais que isso, a doutrina majoritária brasileira reconhece dentro do Direito Administrativo que os atos da Administração Pública são revestidos de uma presunção de veracidade (GUEDES, 2007, p. 28). A presunção de veracidade dos atos administrativos é um dos privilégios estendidos à Administração sob a justificativa de necessidade de persecução do interesse público e na grande maioria das situações oponível ao particular (GUEDES, 2007, p. 134-143).

Em contraste à presunção de veracidade dos atos administrativos, sobressaem não apenas os princípios expressamente previstos na Lei Federal de Processo Administrativo que operam em favor do administrado - ampla defesa, contraditório, igualdade processual, verdade material – mas também, por óbvio, os princípios constitucionais, supralegais e legais, inclusive, com as devidas acomodações, os tradicionalmente entendidos como da seara penal, daí que é possível atrair, por exemplo, a incidência de normas e garantias de Direito Processual Penal, como a presunção de inocência, para o processo administrativo sancionador (DALLARI; FERRAZ, 2020, p. 290).

4.1 A presunção de inocência como garantia do particular no processo administrativo sancionador

A presunção de inocência é um princípio consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LVII⁵⁵, cuja origem remonta a período anterior à própria ideia de uma Carta Magna⁵⁶, e que prescreve a necessidade de lícito processo para atribuição de culpa. É da

⁵⁵ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

⁵⁶ Da Talmud judaica, passando pelas Pandectas de Justiano até a lei islâmica. Já na Antiguidade tinha-se a presunção de inocência como primado básico do ordenamento. No contexto deste trabalho, importante destacar o brocardo do Código de Justiano “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”, que se traduz como “é incubido de provar quem afirma, não quem nega”.

presunção de inocência que deriva a imposição de ônus probatórios ao acusador, haja vista que, presumido o estado de inocência do sujeito, só prova em contrário poderia infirmá-lo e dar azo ao estabelecimento de processo para averiguação.

No âmbito do Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr. (2013, p. 562) entende que a presunção de inocência opera em duas dimensões: externa e interna. A dimensão externa diz respeito a limitação a publicidade do ilícito do particular, já a dimensão interna diz respeito a consideração do estado de inocência do acusado dentro do processo e a atribuição do ônus probatório à acusação.

Fábio Medina Osório faz diversas ponderações sobre a aplicabilidade deste princípio, tanto em seara penal, e, especialmente, no direito administrativo sancionador. Para o jurista, a referida presunção opera de maneira distinta nos dois campos, e embora tenha eficácia em ambos, sua incidência pode ser relativizada em relação a sanção administrativa, já que o texto constitucional diz respeito a “sentença penal condenatória”⁵⁷ (OSÓRIO, 2019, p. 406-416).

Lúcia Valle Figueiredo aponta que, pelo menos nos processos de sanção, a presunção de inocência tem plena eficácia (2008, p. 192), ainda segundo a autora, também os princípios de processo penal da “...verdade real [...], oficialidade, *in dubio pro reo*” entre outros (2008, p. 442). Celso Antônio Bandeira de Mello aprofunda (2014, p. 527) e elenca a presunção de inocência no rol de garantias do administrado sem ponderação de qualquer ordem.

Impende destacar: ainda que se entenda a presunção de inocência atuante somente no âmbito do Direito Penal por expressa literalidade do artigo constitucional, a recepção do Pacto de San Jose de Costa Rica (1969) pelo ordenamento brasileiro elevou o princípio ao nível supralegal⁵⁸, vejamos:

Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...).

⁵⁷ Há posicionamentos divergentes da jurisprudência acerca da extensão da presunção de inocência para além dos limites circunscritos pelo direito penal. O Supremo Tribunal Federal em acórdão no Recurso Extraordinário 482.006/MG de 07 de julho de 2007, reconheceu tacitamente a incidência do princípio no Direito Administrativo Sancionador. Já o Superior Tribunal de Justiça deu indicação negativa quanto a possibilidade de aplicação da presunção de inocência ao direito eleitoral no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578.

⁵⁸ Os tratados e convenções de direitos humanos tem caráter infraconstitucional, mas supralegal, conforme julgamento do Recurso Especial 466.343, com repercussão geral (Tema 60) pelo STF.

Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 244-246) entende que a presunção de inocência decorre tanto da dignidade da pessoa humana como do princípio do devido processo legal, ainda que reconheça a associação deste, no texto constitucional, ao processo penal, para o autor a presunção de inocência tem efetividade plena no processo administrativo em função do princípio da máxima efetividade das garantias constitucionais.

4.2 A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos no Direito Administrativo brasileiro e o ônus da prova no Processo Administrativo Sancionador

A doutrina brasileira reconhece dentro do Direito Administrativo que os atos da Administração Pública são revestidos de uma presunção de veracidade. A presunção de veracidade dos atos administrativos é um dos privilégios estendidos à Administração sob a justificativa de necessidade de persecução do interesse público e na grande maioria das situações oponível ao particular no exercício do Poder de Polícia ou em contexto litigioso.

Entendido como desdobramento da presunção de legalidade dos atos administrativos ou como instituto autônomo, na prática tem-se que presunção de veracidade prescreve ao ato administrativo a veracidade fática de seus pressupostos até a decretação de sua invalidade. E não há grande cisão doutrinária sobre a validade do instituto no ordenamento brasileiro⁵⁹ havendo inclusive na legislação pátria de que determinados fatos gozam da presunção⁶⁰.

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro (2018, p. 278-279), a presunção de legitimidade e veracidade se fundamenta por:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; 2. o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; 3. a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular; 4. o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; 5. a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

⁵⁹ Em vasto apanhado de Demian Guedes (2018, p. 51) reconhecem as presunções “Amílcar de Araújo, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Jr., Odete Medauar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvania di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Fábio Medina Osório, Celso Bastos, Lúcia Valle Figueiredo e Alexandre Moraes”.

⁶⁰ No Código de Processo Civil “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” (BRASIL, 2015)

Forçoso observar que o entendimento da jurista é permeado pela ideia de supremacia do interesse público. Ainda segundo a autora (2018, p. 279) da presunção de veracidade decorrem três efeitos, dos quais destacam-se dois: 1) não havendo decretação de nulidade ou invalidade do ato pela própria Administração ou Judiciário, o ato surtirá efeitos; 2) a presunção de veracidade inverte o ônus da prova.

A inversão do ônus probatório acentua ainda mais a desmedida diferença de poder entre o particular e a Administração, e constitui-se em meio inquisitório que remonta ao Estado de Polícia. Não obstante os limites impostos a atuação estatal pela Constituição, a inversão do dever de provar ainda se revela autoritária.

Para Ferraz e Dallari (2020, p. 302-303), a presunção de veracidade e legalidade é um reflexo do “brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública brasileira” e incompatível, no seu formato atual, com o Estado Democrático de Direito, especialmente porque, a emergência da participação dos indivíduos neste paradigma institucional, a cidadania, não se compatibiliza com a posição de subalternidade a que são submetidos face o agente público. Arremata o autor que a presunção de legalidade ou veracidade não remove o ônus probatório que cabe à Administração, especialmente se considerados o princípio da verdade material e da igualdade processual. Tal entendimento vem sendo esposado pelos tribunais pátrios⁶¹.

E de fato, a inversão do ônus da prova não é livre de controvérsias. Embora para Hely Lopes Meirelles (2016, p. 183) e para a doutrina majoritária, seja consequência da presunção de legitimidade e veracidade a “transferência do ônus da prova de invalidade do ato

⁶¹ DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. GAJ. PAGAMENTO DURANTE PERÍODO EM QUE O SERVIDOR ESTAVA CEDIDO À JUSTIÇA ELEITORAL. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. PERCEBIMENTO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR E AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA PARA O ERRO. PRESUNÇÃO NÃO ILIDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. 1. É assente no STJ o entendimento de que verbas salariais recebidas indevidamente por servidor público por equívoco da Administração e sem que o destinatário tenha concorrido para o erro são irrepetíveis, considerada a boa-fé e a natureza alimentar dos valores. 2. A simples omissão do servidor quanto ao suposto erro no pagamento da GAJ não se mostra suficiente para presumir má-fé, sendo indispensável a existência de outros elementos concretos que denotem dolo ou culpa. 3. A presunção de inocência e de boa-fé militam em favor do servidor e invertem o *onus probandi*, cabendo à Administração ilidir esse efeito. No caso concreto, a autoridade impetrada não se desincumbiu satisfatoriamente desse ônus, preferindo transferir a responsabilidade para quem não lhe deu causa e imputar-lhe má-fé pelo simples silêncio quanto ao recebimento da verba. 4. Demais, a impetrante defende em todas as instâncias, com argumentos não desprezíveis, seu direito ao recebimento da GAJ, mesmo no período em que colocada à disposição do TRE/MA. Tal atitude pode até ser considerada desacerto de interpretação, mas não implica necessariamente comportamento malicioso ou ímprobo, mormente se o erro operacional da Administração não decorreu de iniciativa, provocação ou induzimento de sua parte [...] 7. Recurso Ordinário provido, em parte. (RMS 54.417/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJE 11/10/2017)

administrativo para quem a invoca”. A jurisprudência encampada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça vai ao encontro da doutrina majoritária⁶²⁶³ e confirma a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 71) a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos “só vige enquanto não contidos em juízo”. Já Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 191-192) expande a ideia de Celso Antônio Bandeira de Mello e concede que a mera impugnação em âmbito administrativo opera o afastamento da presunção de veracidade do ato administrativo. No âmbito do Processo Administrativo Sancionador, entende a autora que cabe a Administração “provar cabalmente os fatos que teriam conduzido à sanção” por entender plenamente eficaz a presunção de inocência nesse contexto, e ser bem sabida a dificuldade ao particular de produzir prova de não ter cometido o ilícito (prova negativa).

Para Ferraz e Dallari (2020, p. 286-289), que aderem a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório:

A excepcional utilidade e a razoabilidade da doutrina em questão assumem dimensão dramaticamente inquestionável nos casos em que se espera, pela doutrina clássica dos ônus probatórios, que o administrado-autor produza prova de fato negativo ou em que esteja ele em face da chama prova diabólica [...] se tais obstáculos não forem enfrentados com a redistribuição dinâmica do ônus probatório, o compromisso constitucional maior do processo administrativo – a busca da “verdade real” – estará muitas vezes inviabilizada *ab initio*, em flagrante ofensa às garantias e aos princípios constitucionais da paridade real (isonomia processual), da solidariedade, da cooperação processual e da eficiência (dentre outros) [...] a disciplina da temática da prova é essencial para a própria existência de um Estado Democrático de Direito. Ou seja: um processo administrativo que prestigie o princípio da verdade material, que rejeite a presunção de veracidade do ato administrativo e que, em contrapartida abrace a ideia de inocência presumida, sem mitigações.

⁶² “PROVA. O ÔNUS DA PROVA CABE A QUEM ALEGOU. ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO, A AFIRMAÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA TEM A SEU PROL, A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE” (RMS 2846, Relator(a): LAFAYETTE DE ANDRADA, Tribunal Pleno, julgado em 27/07/1955, DJ 08-09-1955 PP-11285 EMENT VOL-00226-01 PP-00124 ADJ 24-12-1956 PP-02467).

⁶³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFERIÇÃO DE ILEGALIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...] 2. Não há prova pré-constituída da causa de pedir mandamental, quanto às máculas nas provas colhidas pela corregedoria da polícia civil do Estado de São Paulo. Contudo, no mandado de segurança não deve haver fase instrutória, de maneira que ao impetrante cumpre coligir com a sua inicial toda a prova com que pretende evidenciar a pretensão mandamental, à autoridade coatora impondo-se semelhante prerrogativa, embora, para esta, milite em seu favor a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos. 5. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no RMS 63.583/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020)

Não se olvide que a presunção de veracidade e legitimidade opera em favor de atividades essenciais da Administração e do interesse público, é esse atributo que garante a autoexecutoriedade de atos administrativos que, por força de sua natureza ou ao contexto a que estão insertos, carecem de efeito e eficácia imediata, importante, pois, a distinção feita entre sanção administrativa e medida de polícia por Fábio Medina Osório (2019, p. 106-110).

Mostra-se como fronteira última da prova no Processo Administrativo Sancionador brasileiro, o entendimento compartilhado entre Fábio Medina Osório (2019, p. 420-421) e Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 250) que a mera negativa do fato ou contraposição por parte do administrado não tem o condão de afastar o valor probatório de elementos produzidos pela Administração próprios de atos fiscalizatórios e investigatórios⁶⁴.

Importante destacar a lição de Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia (2014, p. 787) sobre as consequências da presunção de inocência para o Direito Sancionador:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em dúplice proteção – regra de tratamento do acusado ao longo do processo e regra decisória quando caracterizada dúvida relevante para a decisão do processo. Assim, a presunção de inocência incide também no campo probatório, ao consolidar que a completa demonstração da culpabilidade do imputado compete à Administração. O acusado tem o direito de não ser condenado a menos que existente prova clara e convincente dos fatos, obtida com observância das garantias constitucionais.

Para Agustín Gordillo (2017b, VII-4) a presunção de veracidade e legitimidade opera com *relevatio ad onera agendi* e não *relevatio ad onera probandi*, o que implica em atrair a ação da jurisdição por sobre o fato presumido verdadeiro, mas não com o entendimento, em absoluto, de que são suficientes para formar a convicção, sob o risco de configurar-se a presunção como um *in dubio pro* Estado em importante contraste com o *in dubio pro libertate* que vige no Processo Penal.

Em linha semelhante acrescentam Enterría e Fernández (1993, p. 490-491):

A presunção de legalidade da decisão é, não obstante, *iuris tantum* e não definitiva. Não tem, pois, o ato da Administração o valor definitivo de uma sentença declarativa [...]Se trata de uma técnica formal para impor o imediato cumprimento das decisões administrativas, consagrando uma capacidade de autotutela à Administração e a dispensando de obtê-la dos Tribunais, mas sem que isto suponha excluir eventual e posterior intervenção destes. (tradução livre)

⁶⁴ Por exemplo a Resolução 432/2013 do CONTRAN, que faculta ao agente de trânsito atestar o estado de embriaguez do particular pela mera identificação e registro em auto de infração de sinais de embriaguez.

No contexto do processo sancionador, entretanto, os autores se coadunam com as linhas de Ferraz, Dallari e Figueiredo, já expostas, sobre a presunção de veracidade e ônus da prova no Direito Sancionador:

Convém notar que o mecanismo exposto, que atribui ao administrado o dever de acionar⁶⁵, não implica necessariamente em uma realocação do ônus da prova no processo. A jurisprudência incorre com frequência neste erro, especialmente em matéria sancionadora, o que é grave. A Administração é titular do ônus probatório nas relações, de modo que se o ignorou e deu, sem provas, como provados determinados fatos, a decisão que adotar será inválida. O administrado terá o ônus de impugnar esta decisão e de justificar sua ilegalidade, por óbvio, mas para fazê-lo lhe bastará invocar o desatendimento ao dever de provar da Administração, argumento formal que não lhe impõe no processo à obrigação de fazer prova contrária, muitas vezes (e sempre que se trate de prova de fato negativo) é praticamente impossível⁶⁶. Tomemos os casos das sanções administrativas. Um princípio geral do direito sancionador é que todo sujeito é presumido inocente enquanto não for comprovada a prática infracional e sua culpa. [...] A Administração não pode prescindir deste princípio e impor sanções com base em uma simples e hipotética ciência privada dos agentes, ou em simples presunções (excluídas do direito sancionador pelo princípio do *in dubio pro reo*, que a jurisprudência contenciosa administrativa mantém nesse campo). No processo de impugnação que o sancionado deve abrir contramedidas desta natureza se as pretende anular, bastará justificar a irregularidade da atuação administrativa por esta simples razão formal, mas é absurdo que se exija com o dever de provar sua própria inocência, o que é normalmente impossível”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNANDEZ, 1993, p. 490-491) (tradução livre)

Como se pode observar, para os autores espanhóis, cessa o dever de prova do administrativo no processo administrativo quando este aponta como inverídicas as premissas factuais que ensejam a sanção, mais, o questionamento *post factum* da sanção decorrente medida de polícia não implica na mitigação da autoexecutoriedade do ato administrativo, de

⁶⁵ No contexto, dever de acionar a Administração para revisão ou anulação do ato administrativo.

⁶⁶ Note-se que em 2004, no Brasil, já com 16 anos de vigência da Constituição, chegava ao Superior Tribunal de Justiça discussão sobre prova no processo administrativo e a impossibilidade, lógica, de comprovação de fato negativo pelo administrado ““PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. EXEGESE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 630 DA CLT. COMPROVAÇÃO DE FATO NEGATIVO PELO DEMANDADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. Afirmando o empregador a inexistência de horas extraordinárias de trabalho, não há como lhe exigir a comprovação dos documentos inerentes ao seu pagamento. 3. Discordando a Administração Pública da suposta jornada dita extraordinária, cumpre-lhe comprovar a infração à legislação trabalhista, constituindo o crédito inerente à sanção mediante a comprovação da ilegalidade, visto competir ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito. 4. Assentando o empregador a inexistência de horas extras, a fortiori, implica afirmar que não há nada a pagar e, conseqüentemente, documentos comprobatórios desse pagamento. 5. A autoridade somente poderia lavrar multa pela infração em si, quanto à ausência de pagamento pela jornada extraordinária, à luz da comprovação de sua existência pela entidade autuante e do respectivo inadimplemento. 6. Deveras, a existência da efetiva ocorrência da jornada extraordinária é matéria aferível nas instâncias ordinárias em face da cognição restrita do E. STJ. 7. Recurso especial não conhecido.” (REsp 529.176/PR, 1ª Turma, relator Ministro Luiz Fux, v. u. em 23.03.2004, DJU de 10.05.2004, p. 176)”

forma que é possível dar efetividade tanto as prerrogativas da Administração Pública, como as garantias fundamentais dos administrados.

De outro modo, servindo o processo meramente à confirmação e conformação com o ato administrativo presumido legítimo, tem-se verdadeira inversão do princípio da presunção de inocência. A prova, assim como o referido princípio, são corolários do devido processo legal (ARAGÃO, 2012, p. 79), que por sua vez, conforme já exposto, é instrumento de legitimação do poder estatal e forma de expressão do Estado Democrático de Direito, seja pela limitação do poder estatal face o indivíduo, seja pelo respeito à autonomia e ao devido exercício da cidadania na esfera administrativa tudo em consonância com a Constituição Federal de 1988⁶⁷.

⁶⁷ “Quando o texto constitucional brasileiro prescreve no art. 52, inc. LV, a obrigatoriedade do devido processo legal - e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente - não é por acaso. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania. Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz a Constituição em seu bojo o devido processo legal e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à ampla defesa, mas ampla defesa no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a acepção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.” (FIGUEIREDO, 1997, p. 9-10)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise da evolução histórica do conceito de Estado de Direito, desde seu surgimento em oposição ao Estado de Polícia no contexto das revoluções liberais do Século XVIII, na configuração de Estado Liberal de Direito, a sua mutação para o Estado Social de Direito ao fim do século XIX e, por fim, o Estado Democrático de Direito no pós-Segunda Guerra, demonstram-se os vícios que levaram ao fracasso dos modelos e as respostas oferecidas pelos modelos subsequentes com o fito de alcançar a estabilidade e progresso social.

O particular no pleno exercício de sua autonomia e cidadania e defeso das incursões injustificadas e por vezes autoritárias do Estado é o paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Liberdade, igualdade e participação são os elementos que visam permitir o aprimoramento contínuo do convívio social sob uma ordem legal e implicam na necessária reavaliação dos dogmas do Direito Administrativo brasileiro e global.

No caso específico brasileiro, a ressignificação e reconfiguração do Direito Administrativo é recente, tem início após a promulgação da Constituição de 1988. A refundação do estado brasileiro aos moldes de um Estado Democrático de Direito com patentes inspirações nas constituições ibéricas da década de 1970 é ainda um processo em curso, prejudicado por seu histórico marcadamente autoritário e patrimonialista.

Evidente que a simples adoção da cláusula do Estado Democrático de Direito após o período ditatorial com a Constituição vigente não operaria mudança radical nas premissas sobre as quais se fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro.

A constitucionalização do direito brasileiro, fruto do contexto das correntes teóricas majoritárias globais ao qual o Brasil se insere e dos corolários do modelo político-institucional adotados com a Carta de 1988, ainda está em curso e encontra forte resistência no Direito Público nacionais, na doutrina e na jurisprudência, pelas próprias premissas antagônicas às garantias fundamentais, participação popular e de limitação do poder estatal construídas historicamente e intestinas ao Direito Público tradicional, com forte expressão no Direito Administrativo.

O caráter autoritário e averso ao respeito de garantias individuais do direito brasileiro resta patente, como se demonstrou, na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado ainda dominante na doutrina pátria e que repercute no processo administrativo, em que se justifica a abstrata da presunção de veracidade do ato administrativo contra as garantias de devido processo legal e presunção de inocência que se impõem na defesa do particular em oposição à Administração.

A consequência lógica da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos é a inversão do ônus probatório em favor do Estado em sede processual. Ocorre que a referida presunção, fundamentada na supremacia do interesse público, vai encontrando resistência cada vez maior na doutrina e na jurisprudência pátria.

Com o auxílio da doutrina estrangeira, demonstrou-se que há uma incompatibilidade contornável entre a presunção de veracidade do ato administrativo de sanção e os primados processuais da Constituição de 1988, quais sejam o devido processo legal – expressão da processualidade inerente ao Estado Democrático de Direito – o contraditório, a ampla defesa, a igualdade ou isonomia processual e a verdade material, havendo a necessidade de observância à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal nos processos administrativos.

Assim, tem-se que o ônus de fazer prova dos próprios atos recai à Administração proporcionalmente ao bem jurídico protegido dos particulares. No exercício do poder de polícia ou do *ius puniendi* tanto maior é o dever de prova do Estado, haja vista estarem em questão direitos de liberdade e patrimônio, material e imaterial, a cidadania, a igualdade e a participação democrática dos particulares na atividade estatal.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. **A lei brasileira de processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades.** In: BITTENCOURT 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. 277-305.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins, 2009. 166 p.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. 669 p.

ARAGÃO, A. S. DE. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 259, p. 73-87, 8 maio 2012.

ATALIBA, G. Imposto de renda - Multa punitiva. **Revista de Direito Administrativo**, v. 126, p. 547-557, 28 dez. 1976.

BARROSO, Luis Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31-56.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522 p.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** 6 ed. Tradução Marco Aurélio. Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, 100 p.

_____. **O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito.** 1. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006, 239 p.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Renovar, Rio de Janeiro, 2014. 378 p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. 616 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. 806 p.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 230 p.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.* Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2020.

_____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

_____. Controladoria Geral da União. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, DF: Corregedoria-Geral da União, [2019]. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46777/12/Manual_PAD_setembro_2020.pdf. Acesso em: 02 de agosto de 2021.

_____. Lei Federal 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 04 de abril de 2020.

_____. Lei Federal 9.784/99. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm> Acesso em: 04 de abril de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFERIÇÃO DE ILEGALIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 63583 / SP. Relator: Mauro Campbell Marques. 23 de novembro de 2020. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001218010> Acesso em 16 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. GAJ. PAGAMENTO DURANTE PERÍODO EM QUE O SERVIDOR ESTAVA CEDIDO À JUSTIÇA ELEITORAL. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. PERCEBIMENTO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR E AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA PARA O ERRO. PRESUNÇÃO NÃO ILIDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 54.417/MA. Relator: Herman Benjamin. 26 de setembro de 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701469386&dt_publicacao=11/10/2017> Acesso em 16 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEILÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS E ATIVOS IMOBILIÁRIOS. ATO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULAS 346 E 473/STF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. PAGAMENTO JÁ EFETUADO PELO PARTICULAR. ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO; Recurso

Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.440/AL. Relator: Castro Meira. 08 de setembro de 2009. Acórdão. Disponível em <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801625922&dt_publicacao=22/09/2009 > Acesso em 16 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. EXEGESE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 630 DA CLT. COMPROVAÇÃO DE FATO NEGATIVO PELO DEMANDADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA; Recurso Especial nº 529.176/PR. Relator: Luiz Fux. 10 de maio de 2004. Acórdão. Disponível em <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194211/recurso-especial-resp-529176-pr-2003-0073496-1> > Acesso em 10 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Prova. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO; Recurso Extraordinário nº 568.863. Relatora: Carmén Lúcia Antunes Rocha, 05 de setembro de 2008, Decisão. Disponível em <
<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=180&dataPublicacaoDj=24/09/2008&incidente=2570879&codCapitulo=6&numMateria=138&codMateria=3> > Acesso em 12 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Prova. RECURSO. IGUALDADE PROCESSUAL. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 74 DO DL 960/38; Recurso Extraordinário nº 83.432. Relator: Leitão de Abreu, 22 de março de 1979, Acórdão. Disponível em <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178233> > Acesso em 12 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Prova. O Ônus da Prova Cabe A Quem Alegou. Até Prova em Contrário, A Afirmação da Autoridade Pública Tem A Seu Prol, A Presunção de Veracidade; Recurso em Mandado de Segurança nº 2468. Relator: Lafayette de Andrada. 07 de abril de 1955, Acórdão. Disponível em <
<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=MS&numero=2468> > Acesso em 01 set. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, 536 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 569 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 711 p.

_____. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47039/46023>>. Acesso em: 01 Set. 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. v. 1

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, 224 p.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 1, 2017a. 686 p.

_____, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 4, 2017b. 626 p.

GUARDIA, G. E. R. S. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. 1.], v. 109, p. 773-793, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GUEDES, Demian. **A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe**. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 247-267.

_____. **Autoritarismo e estado no Brasil: Tradição, transição e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Letramento, 2016. 300p.

_____. **Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, 171p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 399 p.

HÖFFE, Ottfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 229 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 1440 p.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, 1402 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade Penal no âmbito das empresas**. 2002. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/3009/responsabilidade-penal-no-ambito-das-](https://jus.com.br/artigos/3009/responsabilidade-penal-no-ambito-das-empresas)

empresas. Acesso em: 01 set. 2020.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Notas em torno da construção da Administração Pública Consensual e Paritária ante a reeleitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.** In: Denise Bittencourt Freidrich; Giovani da Silva Corralo; Rogério Gesta Leal. (Org.). *Direito administrativo e gestão pública II*. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 01, p. 265-295.

MARRARA, Thiago. **Princípios do processo administrativo.** In: BITTENCOURT 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. 75-112

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 444 p.

_____. **A processualidade no Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 238 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 1150 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1969. 577 p.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador.** São Paulo: Malheiros, 2009, 280 p.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n.p.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 231 p.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”),** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 475 p.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade,** 2007, Almedina. 1192 p.

PIETRO, Maria Silvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 1180 p.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul. 1997. Acesso em: 01 Set. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.. . São Paulo, SP, Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/resplei10177.htm#:~:text=Lei%20ESTADUAL%20N.,10.177&text=Regula%20o%20processo%20administrativo%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica%20Estadual.&text=Artigo%204%C2%BA%20%2D%20A%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica,e%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20dos%20atos%20administrativos..> Acesso em: 08 ago. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 131-168.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>>. Acesso em: 03 Set. 2020.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 310 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 631 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2017a. 351 p.

_____. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017b. 189 p.

_____. **Processo e procedimento administrativo no Brasil**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-36.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. 116 p.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. 339 p.