Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE: NEM SEMPRE É COMO DIZ O GUARDA DA ESQUINA

Durval Carneiro Neto
Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor Assistente de Direito Administrativo na UFBA
Juiz Federal na 1ª Região.

1 Introdução

Da época da ditadura militar brasileira é antológica uma frase do jurista Pedro Aleixo, por ocasião da edição do Ato Institucional n. 5, em dezembro de 1968.

Conta a história (MELO FILHO, 1968) que, no dia 13 de dezembro de 1968, o então presidente da República – general Costa e Silva – reuniu no Palácio das Laranjeiras o Conselho de Segurança Nacional, com a presença de todos os ministros de Estado, chefes militares e outras autoridades, a fim de colher opiniões sobre um Ato que viria a suspender uma série de garantias fundamentais previstas na Constituição. Pedro Aleixo exercia o cargo de vice-presidente da República e também participou da reunião.

O momento político era extremamente delicado, sendo que no dia anterior o Congresso Nacional, a despeito de toda pressão exercida pelos militares, havia negado a licença para processar o deputado Márcio Moreira Alves, que havia feito duro discurso criticando o regime. Naquela tarde, todos teriam se posicionado a favor do AI-5, não fosse uma única voz contrária, a de Pedro Aleixo, que, considerando desnecessária a medida extrema, ponderou ser suficiente a decretação do estado de sítio, instrumento previsto na própria Constituição.

Foi então provocado pelo ministro Gama Filho: "V. Exª. desconfia das mãos honradas e da sabedoria do Presidente Costa e Silva, que vai executar o Ato?!" Ao que Pedro Aleixo respondeu brilhantemente:

> Não receio o uso deste Ato pelo presidente ou pelas autoridades militares. Tenho medo é de sua utilização por autoridades que, quanto menos poder tenham, mais abusarão

dos poderes deste Ato. **Receio o seu uso pelo guarda da esquina.** Voto contra ele.

É impressionante que passados mais de quarenta anos desde o episódio, metade dos quais já sob a égide de uma Constituição declaradamente democrática e garantidora dos direitos individuais, a advertência de Pedro Aleixo ainda se mostre tão atual. Sobretudo num contexto de regulação em que o Poder Público muito intervém na vida das pessoas, em prol de interesses públicos cada vez mais difusos e complexos, nunca o *guarda da esquina* esteve munido de tantos poderes para ditar os fatos que servem de base à aplicação do direito.

Felizmente não vivemos mais sob o império de Atos Institucionais, porém, outros instrumentos mais discretos conservam a mesma vocação unilateral e autoritária. No âmbito do direito administrativo ainda encontram eco diversas categorias clássicas, que merecem uma releitura à luz dos novos princípios reconhecidos no ordenamento jurídico, ou seja, devem passar por aquilo que já se costuma apontar na doutrina contemporânea como uma *filtragem constitucional*.

Buscamos aqui tratar de uma dessas categorias tradicionais que caracterizam o regime jurídico administrativo - a *presunção de legitimidade* - doutrinariamente tratada como atributo dos atos administrativos ou até mesmo como princípio da administração pública. Examinaremos os seus efeitos no reconhecimento de fatos afirmados pelos diversos agentes públicos, não apenas aqueles dos mais altos escalões burocráticos, mas, sobretudo, os agentes subalternos localizados na base da pirâmide organizacional da Administração e que estão em contato diário com os administrados e os fatos subjacentes à aplicação do direito nas ruas. São estes, num sentido figurado, os *guardas da esquina* a que se referiu Aleixo.

Ressalte-se de logo não haver aqui, no emprego desta expressão, intuito algum de conferir conotação pejorativa em relação aos agentes públicos subalternos, cujos dignos cargos e funções merecem respeito, independentemente do grau de instrução e qualquer que seja a tarefa por eles desempenhada. Na verdade, o presente estudo centra-se tão-somente numa crítica à concepção ampla que se costuma ter da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sem que se empreguem mecanismos adequados de registro de fatos. Seja pela ausência ou insuficiência de normas procedimentais afinadas com a Constituição, seja pelo baixo investimento em formação de pessoal ou em tecnologia que pudesse assegurar um melhor controle, isso faz com que esses inúmeros agentes, atuando longe dos mecanismos de fiscalização e em contato direto com a população, tornem-se, na prática, detentores de grandes poderes passíveis de abusos.

Daí tornar-se imprescindível uma abordagem crítica sobre os parâmetros jurídicos que devem orientar a distribuição do ônus da prova nos litígios envolvendo o Poder Público. Cumpre demonstrar que a assertiva geral da presunção de legitimidade há de ser encarada com necessárias ponderações que evitem casos de completa vulnerabilidade e impotência dos administrados, nos quais acaba lhes sendo praticamente aniquilado o direito fundamental à ampla defesa consagrado no contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Faremos aqui uma síntese das principais idéias lançadas em nosso livro *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*, publicado pela Editora Jus Podivm, no ano de 2008. O tema é difícil, reconhecemos. Contra os nossos argumentos estão as lições repetidas por duzentos anos de tradição dogmática e confirmadas na rotina de uma Administração Pública ainda marcada por forte ranço autoritário. Mas ao nosso favor está a Constituição Federal de 1988, o que por si só já torna o estudo desafiador.

2 Presunção de legitimidade e auto-executoriedade

É da tradição brasileira, inspirada em clássicas lições de administrativistas franceses e italianos, defender-se que, por força da *presunção de legitimidade*, os atos dos agentes administrativos hão de ser reputados válidos enquanto não for declarada a sua invalidade por autoridade superior competente. E esta presunção dá-se tanto no tocante ao cumprimento da lei - presunção de legalidade -, quanto ao serem considerados verdadeiros os fatos narrados segundo a versão do agente - presunção de verdade (DI PIETRO, 2008, p. 67).

Decorre daí o primeiro efeito jurídico do princípio, qual seja o de assegurar a *auto-executoriedade* dos atos administrativos, isto é, respaldar até mesmo o emprego da força pela Administração em caso de descumprimento de suas ordens pelos particulares, sem necessidade de ordem judicial para tanto. Vale dizer, é o princípio da presunção de legitimidade que torna juridicamente possível que a Administração submeta o administrado à sua vontade, sem que esteja com isso impondo-lhe qualquer constrangimento.

Deveras, como se disse na França, "a necessidade de assegurar a ordem pública exige às vezes medidas materiais de execução rápida que se adéquam mal à lentidão do processo judicial" (DUEZ; DEBEYRE, 1952, p. 525, trad. livre), razão pela qual a decisão executória se beneficia de uma *presunção de conformidade ao direito,* da qual decorrem certas conseqüências.

> O particular pode afastar este efeito da presunção de legalidade apresentando, frente ao juiz, a prova da não conformidade da decisão ao direito, normalmente por meio do recurso por excesso de poder e eventualmente pelo manuseio da exceção de legalidade. (...) Designa-se em geral por "privilégio preliminar" (*privilège du préalable)* a situação assim conferida à Administração, dado fator de autoridade que se liga à sua decisão, preliminarmente a qualquer verificação pelo juiz . O decano Vedel utiliza a expressão "autoridade da coisa decidida" (*autorité de chose déciddé*), por analogia com a "autoridade da coisa julgada" (*autorité de chose jugée*). (RIVERO, 1971, p. 94, trad. livre)

Também na Itália, mencionando importante monografia elaborada por G. Treves intitulada *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, destaca-se a

opinião daquele autor no sentido de que "o fundamento da executoridade dos atos administrativos consistiria na presunção de legitimidade que acompanha estes atos", o que equivale a dizer que "a executoriedade seria um atributo conseqüente da presunção de legitimidade dos atos administrativos" (FRAGOLA, 1952, p. 77, trad. livre).

Cassagne considera a presunção de legitimidade como "um pressuposto para que se proceda a executoriedade do ato administrativo", ou seja, "para que a Administração pública proceda à execução de um ato administrativo sem intervenção do órgão judicial, é necessário que o mesmo conte a seu favor com a presunção de legitimidade" (CASSAGNE, 1971, p.86). Recaredo Velasco igualmente destaca que

> entre a executoriedade do ato e sua emissão, não se interpõe formalidade nem requisito algum, sempre no suposto de que o ato seja competente, e todavia, neste particular, o fato mesmo de que tenha sido emitido por um órgão da Administração estabelece a presunção, que somente cede diante de revisão jurisdicional, ou suspensão pelo superior hierárquico, de que o ato é perfeitamente legal. (VELASCO, 1929, p. 16, trad. livre)

Nessa linha de pensamento, a auto-executoriedade tem como "fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário" (CARVALHO FILHO, 2003, p. 102). De fato, "não poderia a Administração bem desempenhar a sua missão de autodefesa dos interesses sociais, se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública" (MEIRELLES, 1984, p. 330).

Entrementes, nem todos os atos administrativos comportam auto-executoriedade, de modo que "a presunção de legalidade que justificaria a causa da executoriedade, nestes casos, se considera inexistente" (FIORINI, 1979, p. 345, trad. livre) . São situações em que o ordenamento não considera suficiente tal presunção e, por mais que se pudesse facilitar a atividade administrativa, não admite a auto-executoriedade.

Mais do que uma mera relação causal, presunção de legitimidade e auto-executoriedade são atributos indissociáveis, de modo que somente haverá presunção de legitimidade nos casos em que, por opção política, o ordenamento jurídico admitir a execução forçada do ato pela própria Administração. Se o ato não comporta auto-executoriedade ou os seus efeitos vierem a ser impugnados pelo administrado na via judicial, será necessário haver dilação probatória, com a adequada regra de distribuição do ônus da prova, que pode recair tanto sobre o administrado, quanto sobre a Administração, a depender do caso.

Forçoso reconhecer que a linha de argumentação aqui defendida tangencia a tradição doutrinária brasileira que alude à presunção de legitimidade como um atributo genérico que independeria da possibilidade de o ato ser executado coativamente pela própria Administração. Apesar de se admitir exceções à auto-

executoriedade, a doutrina não costuma fazer o mesmo em relação à presunção de legitimidade, dando a impressão (falsa impressão, no nosso entender) de que seria uma característica presente em todos os atos da Administração.

Mas é um equívoco supor que a presunção de legitimidade se aplique mesmo fora das situações de auto-executoriedade, pois aí não haveria mais o elemento lógico justificador da prerrogativa administrativa. Quando o direito consagra uma presunção, ainda que relativa, é porque busca facilitar o registro dos fatos que ensejam determinada conseqüência jurídica; e no caso da presunção de legitimidade, tal facilitação somente se justifica quando necessária uma pronta eficácia do ato administrativo. Estender incondicionalmente os efeitos da presunção de legitimidade a todo e qualquer ato administrativo seria superar em muito os limites do atributo exorbitante, resvalando para a arbitrariedade.

Por outro lado, em caso de risco para o interesse público, enquanto perdurarem as circunstâncias que, segundo a declaração do agente público, teriam justificado a prática do ato administrativo auto-executável (*v.g.* uma situação de urgência em que a defesa civil interdita um prédio em ruína), é razoável conceber que a mera impugnação do ato em juízo não teria o condão de afastar a sua presunção de legitimidade, o que deve ser considerado pelo juiz enquanto não reunidos maiores elementos de convicção em sentido contrário. É esta, aliás, a razão primordial do instituto.

3 Presunção de legitimidade e busca da verdade material

Além de servir como pressuposto da auto-executoriedade, o efeito mais contundente do princípio da presunção de legitimidade está no campo probatório, no que se refere à veracidade dos fatos declarados pelos agentes administrativos.

Ainda de acordo com a doutrina tradicional, a presunção relativa (*juris tantum*) produziria uma espécie de *inversão do ônus da prova*, ficando a cargo exclusivo dos administrados a prova em sentido contrário ao quanto declarado pela Administração. Todavia, tendo sido levado ao extremo este simplório pensamento, a presunção de legitimidade acabou se transformando em "um fantasma que normalmente apavora quem litiga contra a Administração Pública" (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 135).

Não se deve, apenas com base no princípio da presunção de legitimidade, transferir-se aos administrados o ônus da prova sobre a veracidade dos fatos declarados pelos agentes públicos em todos os casos.

Primeiramente, porque a própria percepção dos agentes públicos, no momento da declaração sobre fatos relacionados aos administrados, não raro depende de registro probatório a cargo da Administração. Por exemplo, como um fiscal de trânsito poderia declarar que determinado motorista teria trafegado com excesso de velocidade? Naturalmente seria preciso um adequado instrumento de medição que registrasse o excesso, possibilitando a conclusão do agente e servindo de suporte à aplicação da sanção administrativa. Cuida-se aí de necessária produção de prova ainda durante o processo de formação do ato administrativo, não se podendo concluir sobre a veracidade do fato com base em mera afirmação do agente público.

Em segundo lugar, é no processo de revisão do ato administrativo, quando impugnado por recurso administrativo ou na via judicial, que mais se necessita de elementos probatórios, pois a maioria dos conflitos referem-se a fatos pretéritos e já cessados, tornando impossível, para o julgador, perceber diretamente (por meio de seus próprios sentidos) o objeto da controvérsia entre a Administração e o administrado. Tem, então, de se valer da percepção de outros dados (documentos, testemunhas etc.) que conduzam à *representação* daquele, "mediante uma reconstrução *histórica* dos elementos particulares que concorreram a formá-lo" (FURNO, 1954, p. 13), investigando um passado do qual "somente subsistem indícios ou vestígios com ajuda dos quais se reconstrói sua idéia" (DELLEPIANE, 1994, p. 22, trad. livre).

Todavia, nem sempre há provas suficientes à demonstração da verdade, o que não pode obstar que o aplicador tome uma decisão pondo fim ao conflito. Ao lado disso, razões de ordem política recomendam que não se devam conduzir indefinidamente os processos de investigação da verdade, perpetuando os conflitos em detrimento da paz social. Surge daí a distinção entre verdade *material* e verdade *formal,* empregada por Carnelutti com base no *método* como se desenvolve o procedimento de investigação num processo litigioso. De um lado, há os procedimentos em que existe ampla possibilidade de investigação dos fatos pelo aplicador e pleno acesso às provas (verdade material); de outro, aqueles em que, à míngua de elementos probatórios, ocorre tão-somente uma *determinação formal dos fatos*. (CARNELUTTI, 2005, p.48).

Os mecanismos de determinação formal da verdade são realmente necessários ao direito, de modo a impedir situações de incerteza geradoras de insegurança social. Contudo, deve-se ter cuidado na utilização de tais institutos formais, em detrimento de um maior (e possível) grau de certeza na aproximação da verdade.

Fácil concluir que a presunção de legitimidade dos atos administrativos nada mais é do que um desses mecanismos, cujo emprego desmedido abriria espaço à institucionalização do arbítrio na atividade da Administração Pública, não se podendo olvidar do papel subsidiário das presunções na ciência jurídica.

Enquanto a prova é o elemento fático que integra o processo de aplicação do direito, consubstanciado no fato intermédio que conduz à representação do fato controverso, a presunção, ao contrário, é elemento psíquico do aplicador ao examinar o quadro probatório, fundado na lei ou na experiência comum. Sendo um método de raciocínio comumente empregado em qualquer pesquisa científica, a presunção encontra no direito uma utilidade peculiar de *facilitação da prova* em situações nas quais não é possível ou seria extremamente difícil a produção probatória que viabilizasse a verdade material do fenômeno jurídico. É justamente a necessidade de se buscar uma solução jurídica para tais situações que faz com que o aplicador se valha de presunções.

Por ser um mecanismo formal facilitador da aplicação do direito em casos concretos, a presunção prestigia mais a segurança jurídica do que propriamente a busca da verdade. Por isso mesmo é preciso atentar que o recurso às presunções, sobretudo àquelas previstas em normas gerais e abstratas, apenas se justifica

quando os meios de prova sejam impossíveis ou de difícil produção. Se a busca da verdade material é perfeitamente possível em determinadas situações fáticas, através de meios razoavelmente disponíveis para a investigação da realidade, não há porque lançar mão de presunções; vale dizer, seria inconstitucional, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, optar-se aí pelo sacrifício da verdade real em prol da segurança jurídica.

Isto se reforça ainda mais na seara do direito administrativo, que tem como um de seus princípios o da *busca da verdade material*, pois

> se a Administração tem por finalidade alcançar verdadeiramente o interesse público fixado na lei, é óbvio que só poderá fazê-lo buscando a verdade material, ao invés de satisfazer-se com a verdade formal, já que esta, por definição, prescinde do ajuste substancial com aquilo que efetivamente é, razão por que seria insuficiente para proporcionar o encontro com o interesse público substantivo. (MELLO, 2002, p. 450)

O interesse público conclama que não se deva contentar apenas com o provável quando seja razoavelmente possível obter a certeza sobre a ocorrência dos fatos envolvendo a administração pública ou, ao menos, aproximar-se dela com um maior grau de convicção.

4 Presunção de legitimidade e devido processo legal

A Constituição Federal de 1988 dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art.5º, LIV) e que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art.5º, LV).

A cláusula constitucional do devido processo legal impõe que a aplicação do direito pelos agentes estatais deve necessariamente seguir métodos adequados na percepção dos fatos, sobretudo ao praticarem atos que possam implicar privação da liberdade ou da propriedade dos administrados. Tais métodos hão de ser condizentes não apenas com a supremacia do interesse público, mas, também, com os direitos e garantias individuais, daí a menção pela doutrina contemporânea ao fenômeno da *processualidade no direito administrativo* (MEDAUAR, 1993).

Isso se aplica inclusive em situações de urgência, pois eventual necessidade de pronta atuação da Administração por si só não deve obstar a adoção de um *devido processo legal,* ainda que sob rito adequado à urgência, algo similar, aliás, ao que já acontece nas medidas cautelares e antecipações de tutela no processo civil. Mesmo nos atos administrativos instantâneos há de se observar um mínimo de processualidade, variando, em cada caso, apenas a complexidade do procedimento, de acordo com o grau de participação do administrado no processo de formação da vontade administrativa, com eventual possibilidade para a defesa prévia ou, pelo menos, que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa *a posteriori,* em processo de impugnação.

Seja qual for o caso, nas situações em que a autoridade revisora puder de logo verificar que o ato administrativo padece de flagrante vício de legalidade, obviamente não haverá de se falar em presunção de legitimidade. Assim, por exemplo, "a autoridade destituída de *competência* não pode invocar a presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamento para impor seu cumprimento" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 204).

A presunção de legitimidade

> depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus da provar sua inocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação. Não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal. Ou seja, a Administração não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário. Então, a presunção quanto à ocorrência ou inocorrência de fatos não se aplica quando o particular invoca, perante o Judiciário, a invalidade do procedimento administrativo anterior ao ato questionado (que geraria tal presunção), apontando vícios na atuação administrativa. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 204)

Nos casos de flagrante ilegalidade, alguns autores chegam a defender até mesmo um *direito de resistência* por parte do administrado, independente de utilização de alguma via institucionalizada de impugnação. Significa dizer que, diante de manifestações arbitrárias por parte de agentes da Administração, poderia o administrado simplesmente valer-se da própria força para descumprir a medida, sem necessidade, para tanto, de recorrer à autoridade superior da Administração ou ao Poder Judiciário. Isso porque "o vício manifesto destrói precisamente a presunção de legitimidade", haja vista que "é irremediavelmente contraditório afirmar que um ato deva ou possa se presumir legítimo se a pessoa que se depara com ele adverte imediatamente que não é legítimo" (GORDILLO, 2003, V 4-16).

Se o vício num ato administrativo é manifesto, não há de se falar em presunção de legitimidade, pois a gravidade do defeito contaminador propicia de logo a sua percepção pela autoridade revisora, não abrindo espaço a qualquer forma de raciocínio calcado em presunções. Nas palavras de Bartolomé Fiorini,

> o princípio que representa não se aplica de forma absoluta, pois não pode reger frente a atos da atividade da Administração pública que ostentem defeitos flagrantes de forma manifesta. A presunção de legitimidade é valor prático e não absoluto, e se exclui dos atos jurídicos que não têm existência, os proibidos e os de vícios ostensivos. (...) Nossos

> tribunais têm declarado a exclusão de dita presunção para os atos que tenham omitido totalmente o procedimento fixado para sua criação, ou as garantias dispostas pela Lei Fundamental ou as normas legislativas expressas em favor dos administrados. A presunção de legitimidade desaparece por invalidade manifesta. (FIORINI, 1976, p. 359, trad. livre)

A presunção jurídica, como já dito, não é meio de prova, mas tão-somente uma operação mental dedutiva pelo qual o aplicador do direito parte de um fato conhecido (fato x), dele deduzindo a ocorrência de um outro fato ainda não conhecido (fato y). No caso da presunção de legitimidade, tem-se que, a partir da simples produção de um ato administrativo (fato x), deduz-se que, a princípio (presunção *juris tantum*), ele foi produzido com fiel observância dos ditames legais (fato y). Mas se já se sabe de antemão que o fato y não existe (verifica-se, de plano, que o ato foi praticado sem atenção ao devido processo legal), o raciocínio presuntivo torna-se inócuo e o aplicador sequer precisa recorrer a ele para chegar à conclusão.

É da lógica do próprio sistema jurídico do Estado Democrático de Direito que assim seja, caso contrário haveria aceitação obrigatória de arbitrariedades camufladas sob o manto do regular exercício das potestades públicas.

Em suma, a presunção de legitimidade pressupõe a presença de dois requisitos simultâneos, a saber: *a)* possibilidade de *auto-executoriedade* do ato administrativo (o que, portanto, exclui os casos em que as regras e princípios do sistema jurídico impõem a necessidade de prévia ordem judicial); *b)* observância do *devido processo legal* (o que obriga que, mesmo nos casos de auto-executoriedade, tenha a Administração adotado um adequado processo de formação do ato administrativo).

5 Concepção contemporânea de legitimidade administrativa

No atual contexto do constitucionalismo em nosso país, é preciso compreender melhor o que se tem por ato administrativo juridicamente *legítimo*. Há dois pontos preliminares a examinar: i) a presunção de legitimidade não comporta analogia com a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos e ii) a presunção de legitimidade não é mera decorrência lógica do princípio da legalidade.

Quanto ao primeiro aspecto, alguns autores inadvertidamente buscam identificar na presunção de legitimidade dos atos administrativos as mesmas razões que justificariam o reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos atos legislativos. Assim pensa Julio Rodolfo Comadira ao apontar “a presunção geral de validade que acompanha os atos estatais: a toda lei se lhe presume constitucional, a toda sentença se lhe considera válida, e a todo ato da Administração se lhe presume legítimo” (GORDILLO, 2003, V-11. Trad. livre).

Contudo, comparando aspectos inerentes às atividades estatais, a analogia não se afigura adequada.

A Constituição, ao tratar das prerrogativas estatais de inovação da ordem jurídica, assegura ao legislador um poder com altíssimo grau de discricionariedade,

muito mais amplo do que o normalmente conferido ao administrador pelas leis infraconstitucionais. Os atos oriundos da atividade legislativa são, em regra, fruto da vontade majoritária dos membros das casas parlamentares e por meio de extenso processo de discussão e votação. Além disso, o processo legislativo possui instrumentos formais de prévio controle de abusos do poder, o que em regra não ocorre nos processos administrativos, já que os atos produzidos pelos mais diversos agentes da Administração geram, em muitos casos, efeitos instantâneos e em situações dinâmicas submetidas a muito pouco ou praticamente nenhum controle.

De fato, a atividade estatal no processo legislativo está permeada de mecanismos que evitam o cometimento de arbitrariedades, desde os debates realizados no âmbito das comissões legislativas até a possibilidade de veto pelo chefe do Poder Executivo, enquanto que os atos administrativos em geral são praticados sem a observância de maiores formalidades e por vontade de um único agente público,

> embriagado pelo poder e a onipotência de crer-se semi-deus, enviado providencial. Reconhecer-lhe a seu capricho igual presunção que a da lei, como para exigir seu imediato cumprimento, sem informação nem ditame jurídico, sem consulta, sem discussão nem debate, sem audiência prévia, sem fundamentação normativa e fática razoável e suficiente, isto é suicídio da democracia (GORDILHO, 2003, V-11, trad. livre).

No que tange ao segundo aspecto enfocado, costuma-se apontar a presunção de legitimidade como um atributo *essencial* dos atos administrativos e que encontra a sua razão de ser na obrigação de que têm os agentes públicos de cumprir a lei. Mas em que pese a aparente coerência deste pensamento clássico, a vinculação ao princípio da legalidade não é fundamento suficiente para que se considere todos os atos administrativos como presumidamente legítimos. Ora, o fato de que a Administração deva obedecer aos ditames legais por si só não assegura a legitimidade dos atos concretos praticados por sua gama de agentes e nos mais diversos setores da máquina estatal, pois a função administrativa demanda uma atividade complexa de percepção e valoração de fatos que vão muito além do plano abstrato do texto escrito da lei.

Se a presunção de legitimidade, quando idealizada pelos jurisconsultos franceses do século XIX, encontrava terreno fértil num sistema jurídico pensado sob o modelo de legalidade estritamente formal, de aplicação subsuntiva e plena vinculação do administrador à letra da lei, assim não se pode mais considerar num sistema construído sob vinculação direta à Constituição e textura aberta, com destaque para a *normatividade principialista* (OTERO, 2003, p. 167) e as transformações que caracterizam o *neoconstitucionalismo* (BARROSO, 2005, p. 3). Ademais, ao editar o texto normativo, o legislador não raro se vale abstratamente de conceitos imprecisos e indeterminados que comportam mais de uma opção de interpretação ou, ainda, cuidam apenas de estabelecer finalidades a cumprir, sem detalhar os correspondentes meios, situações que dão aos agentes administrativos uma inevitável margem de discricionariedade no plano da norma, mas que, porém, pode ser reduzida a zero nos casos concretos.

Com efeito, a idéia de *presunção* de legitimidade acaba transferindo para o plano normativo um conceito de direito probatório voltado estritamente para o âmbito fático. Sob esse aspecto, a tese aparentemente lógica de que a presunção de legitimidade dos atos administrativos seria uma mera decorrência do dever de respeito ao princípio da legalidade revela-se falaciosa quando observamos que os dois institutos jurídicos voltam-se para momentos essencialmente diferentes na aplicação do direito.

O princípio da legalidade serve fundamentalmente como referencial de *dever-ser* para a Administração Pública, razão pela qual o seu estudo, na ciência jurídica, dá-se no campo de investigação das normas gerais e abstratas, quando os debates se concentram em torno das chamadas *questões de direito*. Mesmo ao se revisar uma conduta concreta da Administração, verificando se os seus agentes respaldaram a sua ação numa norma legal permissiva, o ponto de partida é a simples verificação da existência de dispositivo de lei tratando da situação administrativa. Vale dizer, a análise parte da lei para o fato, perquirindo-se se o agente administrativo recorreu à norma hipoteticamente prevista para aquele caso.

Já o instituto da presunção de legitimidade diz respeito à atuação concreta da Administração (maior atenção ao campo do *ser*), consideradas todas as circunstâncias juridicamente relevantes e passíveis de percepção pelo aplicador, daí porque somente encontra espaço quando, não sendo possível ou sendo muito difícil a produção das provas, a supremacia do interesse público justifique razoavelmente a utilização de *mecanismos formais de percepção*. O exame, aí, se volta para as *questões de fato*, ou seja, deve partir do fato para a lei, cabendo perquirir se o agente administrativo tomou as providências necessárias à adequada percepção dos fatos envolvidos na aplicação do direito.

Em apertada síntese, a aplicação do direito pelos agentes públicos encontra hoje dois fatores de complexidade, um *extrínseco* (o direito positivo passou a incorporar princípios constitucionais que incidem nas mais diversas situações da rotina administrativa) e outro *intrínseco* (a própria interpretação/aplicação das normas jurídicas deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto, sendo inúmeras as variáveis fáticas numa sociedade contemporânea reconhecidamente complexa).

Por isso, o princípio da legalidade deixou de ser o único vetor caracterizador da legitimidade administrativa, o que tem levado renomados juristas a refutar a doutrina tradicional da presunção de legitimidade como atributo inerente à essência dos atos administrativos, tecendo pesadas críticas à velha afirmação de que os atos administrativos, apenas e simplesmente "por sê-lo", presumem-se legítimos. Contrariando veementemente o entendimento clássico, Gordillo assevera que "é manifesta a debilidade ou inexistência do fundamento em que se faz repousar esta presunção de legitimidade", concluindo que "não estão dadas no direito vivente as condições que se postulam para a presunção de legitimidade ampla do ato administrativo" (GORDILLO, 2003, V-10-11).

A presunção de legitimidade, bem como o atributo da auto-executoriedade, "não são um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz", mas, sim, "uma decorrência do direito, o

que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição", pois "é o direito que prevê e delimita os ditos efeitos, por reputar que tal se faz necessário para o bem desempenho da função administrativa. Portanto, aquilo que o direito não poderia atribuir ao Estado não pode ser extraído como 'atributo' próprio do ato administrativo" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 203).

Nem sempre uma atuação administrativa fiel ao texto legal será a mais legítima, havendo casos em que a melhor solução estará mesmo em descumprir determinada disposição legal considerando outros vetores normativos do sistema jurídico. Defende-se então uma *filtragem constitucional* do direito administrativo, de modo que a atividade estatal possa se dar não apenas *secundum legem*, em observância a uma lei constitucional, mas também *praeter legem*, com fundamento direto na Constituição, ou até mesmo *contra legem*, mediante ponderação entre a lei e os princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008).

Os atos administrativos são presumidamente legítimos não apenas porque a Administração deve fazer somente aquilo que lhe é permitido por lei, mas, sim, porque existem situações nas quais, não sendo possível ou sendo muito difícil para a Administração adotar um procedimento de registro de provas da verdade real, a necessidade de atuação administrativa, em prol do interesse público, faz com que o sistema jurídico razoavelmente admita a verdade formal extraída de tal presunção. A presunção de legitimidade não está na atuação administrativa em si mesma (não integra a sua *essência*), mas, sim, na atuação administrativa sob determinada forma e em determinadas situações respaldadas pelo ordenamento jurídico (plano da existência concreta). Nem sempre a Administração terá presunção jurídica de legitimidade quando age, tratando-se aí de um elemento meramente *acidental* e não essencial da sua atuação.

6 A presunção de legitimidade e o respeito aos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 fornece importantes parâmetros jurídicos para o correto exercício de prerrogativas da Administração e a auto-execução de seus atos, com destaque para os princípios assecuratórios dos direitos fundamentais que devem sempre orientar e balizar a discricionariedade administrativa.

Direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição e cujo núcleo essencial é a *dignidade da pessoa humana*, revelando-se como princípios jurídicos que concretizam o respeito a essa dignidade, "seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 519).

Dentre as funções dos direitos fundamentais, a primeira delas está associada à "defesa do indivíduo contra os abusos gerados pela atuação do Estado", de modo a evitar obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais, tutelar os bens jurídicos fundamentais contra ações positivas do Estado que os venham atentar, bem como impedir sejam eliminadas do sistema jurídico

determinadas posições jurídicas concretas do titular do direito (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 525).

Nesse prisma, se de um lado todas as prerrogativas estatais encontram razão de ser na incessante busca de satisfação do interesse público, de outro lado há também de se considerar o mínimo de razoável e proporcional que se espera – num Estado Democrático de Direito – de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Nem tudo é possível em prol da coletividade e nem tudo pode ser feito pela Administração em nome de uma melhor eficiência na defesa dos interesses públicos.

Reportando à distinção entre os padrões de atuação estatal com base em *princípios* voltados para os direitos individuais e *políticas* direcionadas aos objetivos coletivos (DWORKIN, 2002, p. 14-36), merece severas críticas a visão utilitarista que, demasiadamente centrada em políticas, procura servir ao bem-estar geral sem atentar ao limite mínimo de proteção das liberdades individuais assegurado pelos princípios. Vale dizer, o esforço em satisfazer interesses da coletividade sem o adequado cuidado com os direitos fundamentais é um contra-senso no qual o próprio interesse público acaba aviltado.

Em que pese se deva reconhecer que não seria possível ao Estado cumprir bem as suas missões administrativas sem que dispusesse de prerrogativas exorbitantes do direito comum, é preciso refletir que

> os chamados *atributos* do ato administrativo (presunção de legitimidade – e de regularidade –, imperatividade e auto-executoriedade) foram concebidos durante período pretérito. Essa versão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da *soberania* estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as *prerrogativas* do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência. A implantação de uma democracia republicana afeta essas concepções, mesmo quando não acarrete sua eliminação. Ou seja, o estudo dos atributos peculiares do ato administrativo tem de refletir os princípios inerentes à organização democrática do poder estatal. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 202)

Por ser também do interesse público o respeito aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, o perigo reside em que algumas prerrogativas públicas, tais como a presunção de legitimidade, quando não dimensionadas adequadamente pelo legislador ou mal empregadas na prática administrativa, acabem se transformando em mecanismos de autofagia do próprio interesse público.

7 Distinção entre presunção de legitimidade e fé pública

Não raramente se ouve falar, na doutrina e jurisprudência brasileiras, que os atos administrativos estão revestidos de *presunção de legitimidade* em função da *fé pública* que reveste as declarações emanadas dos agentes da Administração, colocando as duas expressões numa mesma esteira semântica, como se fossem atributos dos atos administrativos em geral. Todavia, isso deve merecer uma reflexão aprofundada.

Eduardo Couture ensina que a expressão *fé pública*, em seu sentido originário, era reservada apenas aos agentes estatais que desempenhavam funções *notariais* (tabeliães, registradores, escrivães), porém, com o tempo, o seu conteúdo veio se alargando e perdendo precisão.

> Uma primeira acepção, restrita, da fé pública, é a que a circunscreve ao instrumento notarial. Numerosas definições reputam que o próprio, o específico, da fé pública, constitui sua emanação notarial. É, se diz, certificar os escrivães por escrito alguma coisa que se passou diante deles. Com maior rigor se fala de fé *pública notarial*, para referir-se a esta acepção do conceito; e então se acostuma a defini-la como a exatidão do que o notário vê, ouve ou percebe por seus sentidos. Estas definições se apóiam num modo familiar de linguagem, segundo a qual a fé pública é a fé do escrivão e não outra. Não se diz, por exemplo, que os funcionários públicos, em geral, são funcionários de fé pública. (COUTURE, 1979, p. 18, trad. livre)

Com isso, prossegue o jurista uruguaio, "a fé pública perdeu seu sentido originário contido e ao invés de ser um atestado da autoridade, se converteu num símbolo ou numa mera opinião, espontânea, às vezes, imposta pelo Estado". Daí ser necessário se delimitar o significado, pois "quando um conceito jurídico foi de tal maneira desbordado de seus primitivos limites, torna-se indispensável reduzi-lo e fixar-lhe seu contorno próprio" (COUTURE, 1979, p. 18, trad. livre).

No Direito brasileiro encontra-se a alusão a *fé pública* no aludido sentido originário, *ex vi* do art. 3º da Lei 8.935/94, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre serviços notariais e de registro: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro".

Mas o emprego do termo, entre nós, há muito já extrapolou este sentido restrito.

Cumpre alertar que a amplitude que se tem inadvertidamente conferido ao conceito de *fé pública* – em alguns casos praticamente igualando-o ao conceito de presunção de legitimidade ou veracidade dos atos administrativos –, mais do que um problema de simples imprecisão terminológica, enseja graves equívocos ao se

comparar situações da atuação administrativa que, por suas peculiaridades, não podem ter os mesmos efeitos jurídicos.

Ao tratar da fé publica dos tabeliães, o legislador cuidou de estabelecer, além da fiscalização direta exercida pelo Poder Judiciário, procedimentos típicos e vinculados para a certificação de atos, assegurando maior possibilidade de controle e responsabilização. Cite-se, por exemplo, as disposições dos artigos 4º, 41 e 42 da Lei 8.935/94, que fazem menção à "segurança para o arquivamento de livros e documentos", à adoção de "sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução", bem como ao arquivamento de papéis "mediante utilização de processos que facilitem as buscas". A lei ainda prevê regras específicas de responsabilidade dos notários e oficiais de registro. Existe uma fiscalização judiciária de suas atividades (arts. 37 e ss.), com penalidades para as infrações disciplinares cometidas por tais agentes, culminando com a perda da delegação (arts. 32 e ss.).

Enquanto isso, na maioria dos atos administrativos, como se sabe, não existe tal procedimento vinculado de registro e controle, haja vista a alta carga de discricionariedade necessária a fazer frente à dinâmica dos fatos que envolvem a atuação da Administração Pública. Ainda segundo Couture,

> quando no sistema legal se utiliza o vocábulo *ministro de fé pública* ou mais simplesmente *funcionário de fé pública,* não se alude às condições normais e genéricas de todos os funcionários públicos. (...) quando se fala em fé pública para se referir aos documentos, se alude a algo especificamente notarial. Não se diz, por exemplo, que o juiz, ou o ministro, ou o embaixador sejam *funcionários de fé pública*. Se diz, ao contrário, que são funcionários de fé pública o escrivão ou o secretário judicial. Este é um fato, um simples fato da linguagem. Porém na determinação dos conceitos, os fatos da linguagem não podem ser desestimados. (...) não se deve buscar, pois, o sentido das palavras *fé pública* fora do notariado ou fora da secretaria judicial. A condição de *magistrado de fé pública* do escrivão ou do secretário é, antes de tudo, uma qualidade funcional. Somente o escrivão ou o secretário exercem esse ministério. (COUTURE, 1979, p. 37, trad. livre).

Mesmo no caso dos agentes administrativos notariais (funcionários de fé pública), Couture adverte ainda que a força probatória de seus atos é meramente relativa no tocante ao conteúdo declarado, na medida em que "admitir a verdade de tudo quanto um funcionário público escreveu configuraria algo mais do que sua autoridade: significaria sua infalibilidade" (COUTURE, 1979, p. 37-38, trad. livre). Se assim o é em relação aos atos praticados pelos funcionários de fé pública, por muito mais razão deve ser quanto aos atos dos demais agentes da Administração, dotados de mera presunção de legitimidade e veracidade.

Por outro lado, ainda que fora desta precisão terminológica defendida por Couture, seja indistintamente utilizada a terminologia *fé pública* para designar uma e outra atividade, como, aliás, tem sido comum, faz-se mister um complemento

adjetivo que ao menos distinga a atividade notarial das atividades administrativas em geral. Daí já se encontrar referências doutrinárias a categorias específicas: de um lado a fé pública *notarial* e de outro a fé pública *administrativa* (ANTUNES, 2006), especificações que hoje são encontradas, por exemplo, nas doutrinas espanhola e mexicana.

César Belda salienta que o âmbito da *fé pública da Administração* é muito mais limitado do que a notarial, referindo-se exclusivamente à "faculdade certificante dos secretários e demais funcionários que ostentem dita faculdade concernente aos atos administrativos que tenham obrigação de presenciar e dos expedientes que se encontrem sob sua custódia" (BELDA, 2006, trad. livre).

José González Cuevas e Leticia González Aceves mencionam ainda outras modalidades de fé pública, destacando que a fé notarial é a que possuiu o maior grau de efeitos constitutivos no tocante à veracidade dos fatos declarados pelo agente público. Explicam que o direito mexicano

> reconhece várias classes de fé pública, com diversos graus de operância, dando assim a determinados atos a garantia de que são verdadeiros: 1. a fé pública legislativa (corpos camerais); 2) a fé pública administrativa (funcionários); 3. a fé pública judicial (secretários); 4. a fé pública notarial (notários públicos); 5. a fé pública registral (registradores); 6. a fé pública mercantil (corretores). Todas as modalidades da fé pública são constitutivas, porém operam com diversos graus, sendo mais rica a operância da fé notarial. O notário gera juridicidade ou direito positivo que tem vigência ou eficácia, a partir de atuações individualizadas que ficam estabelecidas como válidas *erga omnes*, frente a terceiros, pela operância constitutiva jurídica das funções de sua fé. (CUEVAS; ACEVES, 2006, trad. livre)

Posta a questão nestes termos, deve-se caminhar com cuidado ao examinar textos doutrinários e jurisprudenciais que façam alusão indiscriminada à *fé pública* como uma categoria única aplicada a todos os agentes administrativos. Não se pode considerar que a fé pública dos tabeliães tenha os mesmos efeitos jurídicos que a mera presunção de legitimidade dos atos administrativos em geral, pois dizem respeito a realidades bem distintas que, por razões de segurança jurídica, o ordenamento jurídico busca regular. Na doutrina e jurisprudência brasileiras, como dito, não se costuma fazer esta diferenciação, mas volta e meia já se encontram decisões que cuidam de apontar a diferença entre os dois institutos.

8 Presunção de legitimidade e boa-fé da Administração

A confiança é um dado inevitável e indispensável às complexas relações do mundo moderno, revelando-se como um dos mecanismos mais eficazes para a redução dessa complexidade (LUHMANN, 1996, p. 5, trad. livre).

Gera uma *boa-fé* coletiva que

> nos induz a crer que o semelhante que nos cerca não o faz para nos matar, senão para conversar; que a carta que recebemos com a firma de nosso amigo pertence, na realidade, a nosso amigo; que o agente de autoridade que veste o uniforme é, efetivamente, um agente público e não um usurpador. A boa-fé é o normal na vida psicológica, como a saúde é o normal na vida fisiológica. (COUTURE, 1979, p. 31, trad. livre)

Confiar em alguém pressupõe a dúvida sobre a sua conduta futura, arrefecida, porém, por uma forte expectativa de que ela se dê em determinada direção. Logo, sempre recai em uma alternativa crítica que apenas se justifica quando o dano resultante de uma eventual ruptura da confiança seja menor do que os benefícios que geralmente se ganham com a sua adoção (LUHMANN, 1996, p. 40, trad. livre).

É o que se passa em relação à confiança que a sociedade deposita no Estado, sendo, no dizer de Valter Shuenquener, "uma condição fundamental para a sobrevivência de um ordenamento liberal e democrático", razão pela qual "nos países em que a confiança tem um papel mais relevante que o mero controle estatal, há maior liberdade, maiores rendimentos e a expectativa de vida é, inclusive, mais elevada" (SHUENQUENER, 2009, p. 5).

Como bem ressalta Juarez Freitas, revela-se "essencial a confiança de um povo em si mesmo e nas instituições públicas", acrescentando que

> os controladores, nestas circunstâncias, deverão ser aqueles que funcionam como avalistas da confiança no tecido administrativo, vigiando para que a hobbesiana desconfiança generalizada, que redunda na guerra de todos contra todos, arrefeça e ceda lugar à cultura em que as promessas sejam cumpridas, as pessoas respeitadas como valores em si mesmos, a racionalidade prepondere sobre o boato e fique afastado o risco de colapso sistêmico. Com efeito, sem uma poderosa entronização do princípio da confiança nas relações de administração, até mesmo a estabilidade constitucional corre riscos na marcha rumo à efetividade. (FREITAS, 2004, p. 60-61)

Pois bem, é precisamente a confiança em que o Poder Público fará adequadas escolhas dentre as suas opções de conduta que leva a se reconhecer a presunção de legitimidade como uma norma-princípio do regime jurídico administrativo. Em outras palavras, a confiança se revela como um dos fundamentos políticos para as prerrogativas de autoridade, demandando a uma constante reflexão sobre até que ponto estariam os agentes administrativos realmente desempenhando as suas funções de modo adequado a fazer jus a essa confiança e, com isso, usufruírem, seus atos, da presunção de legitimidade.

Em suma, a presunção de legitimidade pressupõe que a Administração atue sempre em respeito à boa-fé dos administrados, exercendo os seus poderes nos limites da razão, equidade e justiça (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 131).

9 Presunção de legitimidade e possibilidade de controle posterior

No Estado de Direito a presunção de legitimidade dos atos administrativos está necessariamente condicionada à viabilidade de controle, ainda que em momento posterior à sua prática. As prerrogativas da Administração Pública somente subsistem num ambiente de sadio e eficiente controle da atuação de seus agentes, pressupondo mecanismos que assegurem uma *ampla sindicabilidade* (FREITAS, 2004, p. 68).

Identifica-se aí um dos elementos essenciais para a confiança depositada na Administração Pública, qual seja, a plena possibilidade de se constatarem eventuais abusos que porventura traiam a boa-fé dos administrados. É um sentimento dinâmico que está continuamente atrelado ao modo de agir do Estado e à existência de efetivo controle de legalidade. Se os mecanismos de controle falham ou são insuficientes, abrindo espaço a arbitrariedades, fica comprometida a própria confiança na atuação administrativa presumidamente legítima.

No Estado de Direito, poder é indissociável de responsabilidade, e esta pressupõe a existência de mecanismos de responsabilização. Vale dizer, quem detém poder só atua com responsabilidade se houver meios eficazes de responsabilizá-lo em caso de abuso desse poder. Portanto, se o legislador, representando o povo, deposita confiança na Administração Pública e edita um ordenamento jurídico atribuindo presunção de legitimidade aos atos administrativos, esse mesmo ordenamento deve prever os mecanismos de controle necessários à verificação de possíveis abusos de poder, ainda que se trate de um controle *a posteriori*.

Devem ser preservadas as condições para a plena defesa do indivíduo contra abusos cometidos pela Administração na prática de atos auto-executórios, pois "a opção por um Estado Democrático de Direito acarreta a adoção de processos democráticos e controláveis para a formação da verdade" (GUEDES, 2008, p. 259). Tal somente ocorre se houver o devido registro dos atos administrativos praticados, por meio de um adequado processo a ser seguido por ocasião de sua formação e que viabilize a possibilidade de amparo ao administrado em momento futuro. A plena defesa somente se completa, é claro, se for também possível reconstruir, por meio de provas, os fatos controversos.

Isso se afasta da compreensão tradicional da presunção de legitimidade, impondo-se "a exteriorização objetiva dos fatos que fundamentam a atuação estatal, tornando-a controlável sem a necessidade de impor, em desfavor do particular, ônus probatórios de fatos negativos, que muitas vezes impossibilitam o exercício de seu direito de defesa em face do Estado" (GUEDES, 2008, p. 259).

Ato administrativo sem possibilidade de efetivo controle *a posteriori* não pode ser auto-executório, nem, portanto, comportar presunção de legitimidade. E quando se fala em efetivo controle, é claro que não se restringe a um mero controle formal

do ato administrativo, mas, também, ao seu controle substancial, que investigue todos os fatos que lhe embasaram o conteúdo.

10 Presunção de legitimidade e presunção de inocência

A aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos recomenda cautela ainda maior quando se estiver especificamente dentro da seara das sanções administrativas, pois não se pode olvidar também da máxima advinda do princípio da *presunção de inocência* que beneficia os administrados acusados da prática de infrações. É preciso buscar uma "ponderação ou equilíbrio entre a presunção de inocência e a presunção de veracidade das autoridades e funcionários a quem a lei outorga essa espécie de prerrogativa ou privilégio", pois "a proteção dos interesses públicos requer um grau de efetividade suficiente que, ao mesmo tempo, não quebre o direito fundamental a ser considerado inocente" (VERA, 2003, p. 250)

Ao contrário do que se poderia extrair de uma leitura meramente superficial do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, o princípio da presunção de inocência não se aplica apenas à área criminal. A presunção de inocência é, antes de tudo, "um princípio fundamental de civilidade" (FERRAJOLI, 2006, p. 506), verdadeiro corolário do postulado da *dignidade da pessoa humana*. No Estado Democrático de Direito a presunção de inocência há de prevalecer no tocante a toda e qualquer acusação, alcançando também os acusados no âmbito dos processos administrativos. Daí se defender que "o princípio da presunção de inocência deve ter suas fronteiras alargadas para alcançar, além do processo penal, o processo administrativo" (SIMÕES, 2004, p. 104).

É da tradição no direito administrativo brasileiro o prestígio à presunção de legitimidade no terreno das sanções administrativas de polícia. Praticamente não se ouve falar da *presunção de inocência* nesta seara e o resultado dessa perversa equação tem sido sempre se atribuir, ao administrado, o ônus da prova em sentido contrário ao quanto afirmado pelo agente público no tocante ao cometimento da suposta infração. Mas, felizmente, vem se firmando na doutrina e na jurisprudência um entendimento, mais afinado com os princípios constitucionais, no sentido de que as garantias de defesa devem ser asseguradas não apenas nos processos de impugnação, mas, antes mesmo disso, quando no processo de formação dos atos administrativos deva a Administração adotar uma postura de atuação compatível com o princípio da presunção de inocência que socorre os acusados em geral.

Não se trata de apenas propiciar a apresentação de defesa ou a produção de provas no processo administrativo, pois isto soa evidente e decorre de texto constitucional explícito. A presunção de inocência exige ainda mais, que os agentes da Administração, no exercício do seu poder de polícia, empreguem adequados procedimentos de registro dos fatos, possibilitando o confronto de provas e o controle posterior dos seus atos.

Lamentavelmente, fora do campo teórico, o que ainda se vê no Brasil são atuações administrativas que ignoram completamente este vetor constitucional e, o que pior, caminham no sentido oposto ao instituir, na prática, uma espécie de "presunção de culpa" dos administrados, como se estes estivessem sempre agindo

de má-fé perante a Administração. É o que se observa, *v.g.,* nas exorbitantes multas aplicadas na área tributária, em que se presume a culpa do administrado, punindo-o a título de responsabilidade objetiva.

É chegada a hora de modificar esse quadro. A nova hermenêutica constitucional impõe a busca de parâmetros que conciliem a presunção de legitimidade dos atos acusadores com a presunção de inocência dos acusados. Tal ponderação de valores há de estar presente desde o processo de fiscalização administrativa que antecede à lavratura do auto de infração, efetivando-se o adequado registro fático que poderá servir posteriormente como meio de prova. Somente assim se garante, de verdade, a defesa do acusado.

Cumpre invocar critérios de proporcionalidade na atuação da polícia administrativa em cada caso concreto, considerando a importante missão que tem a Administração Pública e as prerrogativas de que deve realmente dispor para cumprir este mister, porém, sem descuidar do mínimo de proteção que há de se garantido aos direitos individuais daqueles que são acusados da prática de infrações administrativas ou que são alvos de medidas preventivas por parte do Poder Público. É o que se espera de uma Administração Pública séria, justa e ética.

11 Conclusões

I - A presunção de legitimidade, tradicionalmente tratada como princípio da administração pública e atributo dos atos administrativos, foi concebida no século XIX, sob influência de concepções não democráticas. Por isso, ainda que se reconheça a sua atual vigência, é preciso uma releitura do instituto (uma *filtragem constitucional*), adaptando-o ao Estado Democrático de Direito e aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

II - A presunção de legitimidade não é propriamente um atributo que compõe a essência de todos os atos administrativos, mas, sim, um atributo acidental que apenas se revela no plano da existência concreta, em situações peculiares e sob um determinado procedimento. Como simples mecanismo formal de definição da verdade, a presunção de legitimidade depende da obediência ao devido processo legal, com respeito aos princípios constitucionais e o emprego dos meios razoáveis e disponíveis ao adequado registro dos fatos postos à percepção do agente público.

III - A norma da presunção de legitimidade demanda ponderações que evitem casos de completa vulnerabilidade e impotência dos administrados, somente incidindo nos casos em que, por opção política, o ordenamento jurídico admita a execução forçada do ato pela própria Administração. Se o ato não comporta auto-executoriedade ou os seus efeitos vierem a ser impugnados pelo administrado na via judicial, será necessária a dilação probatória, com a adequada regra de distribuição do ônus da prova, que pode recair tanto sobre o administrado, quanto sobre a Administração, a depender do caso.

IV - A presunção de legitimidade nem sempre transfere ao administrado o ônus da prova sobre a veracidade do fato declarado pelo agente público, havendo situações em que se faz necessária a produção de provas ainda durante o processo

de formação do ato administrativo, não se podendo apontar a veracidade do fato com base em mera afirmação do agente público.

V - Em respeito à busca da verdade real, cumpre à Administração Pública valer-se de todos os meios possíveis de que razoavelmente dispõe para assegurar o registro dos fatos relacionados à sua atuação, mormente em se cuidando de infrações administrativas, e não simplesmente escudar suas conclusões sob o manto da presunção de legitimidade.

VI - Há situações em que, face à urgência na adoção de medidas administrativas, o interesse público não pode aguardar a prévia adoção de um extenso processo que assegure ao particular amplos mecanismos de defesa, o que, todavia, não constitui impedimento à observância do devido processo legal. Em todo caso, deve a Administração cuidar de seguir um procedimento que assegure, dentro do possível, um mínimo de certeza acerca dos fatos ocorridos, de modo a viabilizar o controle de legalidade *a posteriori*.

VII - Os atos administrativos auto-executáveis, fundados no princípio da presunção de legitimidade, apenas encontram lugar: i) quando autorizados em lei para situações suficientemente delineadas e de acordo com um processo administrativo específico; ii) quando, não sendo proibidos por lei, revelem-se razoavelmente necessários diante de uma situação de urgência a reclamar a pronta atuação estatal, observado o devido processo legal; iii) quando, em respeito aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, as peculiaridades do caso concreto não impuserem a necessidade de prévia ordem judicial.

VIII - Se o vício em um ato administrativo é manifesto e conduz à imediata verificação de sua nulidade, não há de se falar em presunção de legitimidade, pois a gravidade do defeito contaminador propicia de logo a percepção pelo aplicador do direito, não abrindo espaço a qualquer forma de raciocínio calcado em presunções.

IX - Não se deve confundir a mera presunção de legitimidade dos atos administrativos com a chamada fé pública inerente à função notarial. Ao tratar da atividade dos tabeliães, escrivães e registradores, o legislador cuidou de estabelecer, além da fiscalização direta exercida pelo Poder Judiciário, procedimentos típicos e vinculados para a certificação de atos, assegurando maior possibilidade de controle e responsabilização, o que não acontece, em geral, com as atividades dos demais agentes administrativos.

X - É a confiança em que o Poder Público fará adequadas escolhas dentre as suas opções de conduta que leva a se reconhecer a presunção de legitimidade como um princípio do direito administrativo, pressupondo que a Administração também respeite a boa-fé dos administrados.

XI - A presunção de legitimidade dos atos administrativos está necessariamente condicionada à possibilidade de controle, ainda que em momento posterior à sua prática. Para tanto, torna-se imprescindível o devido registro dos atos administrativos, por meio de um adequado processo a ser seguido por ocasião da sua formação e que viabilize o amparo ao administrado em momento futuro, possibilitando a reconstrução, por meio de provas, dos fatos controversos.

XII - No campo das sanções administrativas, a presunção de legitimidade há se ser sopesada com o princípio da presunção de inocência, pois se de um lado se busca facilitar a prova quanto aos fatos afirmados pelo agente estatal, deve-se também facilitar a prova em benefício da defesa daquele que está sendo acusado pelo Estado. Impõe-se a busca de parâmetros que conciliem razoavelmente os dois vetores, adotando-se processos de formação dos atos administrativos que sejam eficientes, porém assegurem os meios de prova que garantam a defesa dos acusados em oportunidade posterior.

12 Referências bibliográficas

ANTUNES, Luciana Rodrigues. *Introdução ao direito notarial e registral.* Disponível em www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765. Acesso em 10.08.2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de direito administrativo*, 240, 2005.

BELDA, César. *Fé pública y realidad juridica.* Disponível em www.mappinginteractivo.com/ plantilla-ante.asp?idarticulo=243. Acesso em 14.08.2006.

CANASI, José. *Derecho administrativo.* Buenos Aires: Depalma, v 1, 1972.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo - um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade.* Salvador: Jus Podivm, 2008.

CARNELLUTI. *A prova civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto administrativo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971

COUTURE, Eduardo. *Estúdios de derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: De Palma, t 2, 1979.

COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CUEVAS, José González; ACEVES, Letícia González. *Derecho notorial*. Disponível em: www.comarga.com/notorial.htm. Acesso em 14.08.2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional.* Salvador: Jus Podivm, 2008.

DELLEPIANE, Antônio. *Nueva teoría de la prueba.* 9. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. *Traité de droit administratif.* Paris: Librairie Dalloz, 1952.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001.

FIORINI, Bartolomé. *Derecho administrativo.* 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. t 1, 1976.

FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi.* Unione Tipografico, Turim: Torinese, 1952.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURNO, Carlo. *Teoria de la prueba legal*. Madrid: Ed.Revista de Derecho Privado, 1954.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo.* 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano A. (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEGUISAMÓN, Hector. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W., *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Ed., 2004.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público.* São Paulo: RT, v 8, 1984.

MELO FILHO, Murilo. Revista Manchete, ano 16, n. 870, dezembro/1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Lisboa: Almedina, 2003.

RIVERO, Jean. *Droit administratif.* 5. ed. Paris: Précis Dalloz, 1971.

SHUENQUENER, Valter. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado.* Niterói: Impetus, 2009.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados.* Temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, v 10, 2004.

VELASCO, Recaredo. *El acto administrativo.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929.

VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de la administración. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonction des présomptions juridiques. *In:* PERELMAN, Chain; FORIES, P. *Les présomptions et les fictions en droit.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1974.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Durval Carneiro. Presunção de legitimidade: nem sempre é como diz o guarda da esquina. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.