

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**BERNARDO HUMERES**

**PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS  
ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PARADIGMA  
EMERGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

**Florianópolis**

**2017**

BERNARDO HUMERES

PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:  
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PARADIGMA EMERGENTE DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam.

Florianópolis

2017

Aos meus pais, em cujo seio repousa todo meu alicerce

À minha irmã, pessoa que mais amo neste mundo

À Lola, meu amor de quatro patas

## AGRADECIMENTOS

Eis o momento que considero mais importante. É também o mais difícil. Lembro-me de um conceito que aprendi no início do curso e parece vir em boa hora. Alteridade. Trata-se de uma concepção antropológica que parte do pressuposto de que o ser humano é um ser social, que interage e interdepende dos outros indivíduos para sobreviver. Nada mais verdadeiro. É, portanto, hora de agradecer às pessoas que me ajudaram e estiveram ao meu lado. Que comigo interagiram e sem as quais não vivo.

De início, como não poderia deixar de ser, agradeço à minha família, a quem devo tudo na vida. Eu não saberia expressar em palavras o amor que sinto por vocês. A meu pai, Gonzalo, fica minha gratidão não só pelo apoio moral e material, mas principalmente por me ensinar a dar sem esperar nada em troca. Tua entrega pela nossa família é minha eterna fonte de inspiração. À minha mãe, Lúcia, agradeço pelas maiores demonstrações de amor que um filho poderia receber. É no teu abraço que eu encontro forças para lutar. Por fim, agradeço à minha irmã pelo amor fraternal e por me dar a certeza de que sempre haverá alguém cuidando de mim. Se hoje estou aqui, o mérito é também de vocês três.

Agradeço aos meus eternos amigos de infância: João Vitor, Luiz Antônio, Juliano, Luiz Felipe, Luís Eduardo e Gabriel, responsáveis por tornar esta difícil trajetória muito mais sutil e divertida. Vocês moram para sempre no meu coração. Tenham a certeza de que podem contar com a minha amizade por toda essa vida.

Devo especial agradecimento à Bruna, minha namorada, por todo o carinho e afeto. Sem você este trabalho não estaria pronto. Ironia do destino ou não, o certo é que a graduação me reservou o mais doce dos presentes para o final. Tens todo o meu amor nas mãos.

Aproveito para dizer o meu muito obrigado à minha melhor amiga, Ana Laura. Nossa amizade, que nasceu no ensino fundamental, cresceu no ensino médio e amadureceu na faculdade, agora seguirá, com ainda mais vigor, na vida profissional.

Agradeço aos amigos que conheci durante a faculdade, em especial ao Leonardo, uma pessoa incrível e de coração gigante com quem tive a sorte de dividir toda minha graduação. Tenho muito o que aprender contigo, meu irmão!

Agradeço, também, às pessoas com quem tive a oportunidade de trabalhar. Faço este agradecimento na pessoa da Dra. Jacqueline Araújo de Oliveira, Procuradora da Fazenda Nacional em Santa Catarina e minha atual chefe. Tem sido um enorme prazer trabalhar ao seu lado.

Agradeço aos grandes amigos dos times AADUFSC e S.E. Wolkmer, já que, sem futebol, minha graduação estaria incompleta. Os títulos que conquistamos ficam em segundo plano quando comparados com a amizade construída.

Por fim, agradeço aos professores do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, com especial lembrança ao meu orientador, Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, responsável por imprescindíveis apontamentos sem os quais não seria possível a realização desta monografia.

Muito obrigado por tudo!

## RESUMO

A nova ordem instaurada pela Constituição Federal, fundada na supremacia da Constituição, na normatividade dos princípios e nos direitos fundamentais, inaugurou um modelo democrático de Administração Pública. Com efeito, tornou-se imperiosa a releitura de conceitos e institutos do regime jurídico-administrativo, concebidos de certo ponto sob um viés autoritário, tal qual a ideia de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Nesse contexto, o presente trabalho visa estudar a compatibilidade deste atributo dos atos administrativos com o paradigma emergente da Administração Pública democrática. A presunção de legitimidade e veracidade, baseada na prevalência apriorística do interesse público sobre o privado, pode ser concebida sob dois prismas: o primeiro compreende que os atos emanados pelo Estado se presumem em consonância com o direito (legitimidade); o segundo encerra a ideia de que a narrativa fática esposada pela autoridade pública está de acordo com a verdade (veracidade). Notou-se que essa prerrogativa tem servido como verdadeiro instrumento deslegitimador da atuação estatal, na medida em que impõe aos cidadãos ônus argumentativos excessivos, a exemplo da exigência de produção de provas negativas. Nesse sentido, constatou-se que a presunção de veracidade não serve à promoção dos valores consagrados no texto constitucional e não está em conformidade com o modelo de Administração Pública democrática, apresentando-se incompatível com princípios centrais do ordenamento jurídico. De outra banda, a presunção de legitimidade se mostrou compatível com a Constituição, pois permite a auto-executoriedade dos atos administrativos, funcionando como importante instrumento de operacionalização das atividades administrativas.

**Palavras-chave:** Administração Pública democrática; Supremacia do interesse público; Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

## ABSTRACT

The new perspective established by the Federal Constitution, based on the supremacy of the Constitution, the normativity of principles and the fundamental rights, has built a new democratic model of public administration. Therefore, the review of concepts and legal institutions of public administrative law, originally created from an authoritarian perspective, such as the idea of presumption of legitimacy and veracity of administrative acts, has become imperative. In this context, this study aims to analyse the compatibility of this attribute of administrative acts with the paradigm of democratic Public Administration. The presumption of legitimacy and veracity, based on the supremacy of the public interest over the private interest, can be conceived from two angles: the first one understands that the acts coming from the State are assumed to be created in line with the law (legitimacy). The second angle presumes that the facts reported by the public authority are true (veracity). It was possible to notice that this privilege has served to deslegitimise the public actions, since it unreasonably imposes on the citizens the burden of proof. Thus, it was noticed that the presumption of veracity does not serve to protect the values enshrined in the Constitution and it is not compatible with the democratic Public Administration model, neither with basic principles. On the other hand, the presumption of legitimacy proved to be compatible with the Constitution, since it allows the self-enforceability of administrative acts, functioning as an important instrument of implementation of public activities.

**Keywords:** Democratic Public Administration; Supremacy of the public interest; Presumption of legitimacy and veracity of administrative acts.

## RESUMEN

La nueva perspectiva instaurada por la Constitución Federal, fundada en la supremacía de la Constitución, en la normatividad de los principios y en los derechos fundamentales, ha inaugurado un modelo democrático de Administración Pública. En efecto, ha pasado a ser imperiosa la relectura de conceptos e institutos del régimen jurídico-administrativo, concebidos por una perspectiva autoritaria, como la idea de presunción de legitimidad y veracidad de los actos administrativos. En este contexto, el presente trabajo objetiva estudiar la compatibilidad de este atributo de los actos administrativos con el paradigma emergente de la Administración Pública democrática. La presunción de legitimidad y veracidad, basada en la prevalencia apriorística del interés público sobre el privado, puede ser concebida por dos enfoques: el primero comprende que los actos que emanen del Estado se presumen en consonancia con el Derecho (legitimidad). El segundo traduce la idea de que la narración de los hechos realizada por la autoridad pública es verdadera (veracidad). Se constató que esta prerrogativa ha servido como un verdadero instrumento ilegítimo para la actuación estatal, en la medida en que impone a los ciudadanos cargas argumentativas excesivas, a ejemplo de la producción de pruebas negativas. En este sentido, se constató que la presunción de veracidad no sirve a la promoción de los valores consagrados en el texto constitucional y no está en conformidad con el modelo de Administración Pública democrática, se presentando como incompatible con principios centrales del ordenamiento jurídico. Por otro lado, la presunción de legitimidad se mostró compatible con la Constitución, dado que permite la ejecución, por la propia Administración, de sus actos, funcionando como importante instrumento de implementación de las actividades administrativas.

**Palabras clave:** Administración Pública democrática; Supremacía del interés público; Presunción de legitimidad y veracidad de los actos administrativos.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA .....	13
1.1 Considerações preliminares.....	13
1.2. Neoconstitucionalismo .....	14
1.2.1. Recepção do neoconstitucionalismo no Brasil .....	18
1.2.2. Objeções ao paradigma neoconstitucionalista .....	20
1.2.2.1. Excessiva judicialização da política: caráter não democrático do Poder Judiciário	21
1.2.2.2. “Oba oba constitucional” .....	22
1.3. Direitos fundamentais.....	23
1.4. Normatividade dos princípios.....	27
1.5. Democracia: a redemocratização do Brasil em 1988 .....	30
CAPÍTULO 2 - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E PARADIGMA EMERGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA .....	35
2.1. Considerações iniciais .....	35
2.2. Supremacia do interesse público sobre o privado: análise do paradigma tradicional .....	36
2.3. Críticas ao paradigma tradicional: inconsistência da supremacia do interesse público sobre o privado.....	39
2.3.1. Objeções normativo-conceituais .....	40
2.3.2. Objeção lógica .....	42
2.3.3. Aplicação inoportuna: incidência de outros princípios para solucionar a equação jurídica .....	42
2.4. Novo conceito de interesse público .....	44
2.5. Paradigma emergente da Administração Pública democrática.....	49
2.5.2. Participação.....	52
2.5.3. Apontamentos finais .....	54
CAPÍTULO 3 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA .....	56
3.1. Considerações preliminares.....	56
3.2. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos .....	57

3.2.1. Fundamentos da presunção de legitimidade e veracidade .....	58
3.2.2. Consequências da presunção de legitimidade e veracidade.....	61
3.3. Presunção de legitimidade e veracidade no processo administrativo sancionatório: a questão da presunção de inocência.....	67
3.4. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da publicidade .....	69
3.5. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da motivação .....	71
3.6. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da verdade material .....	74
3.7. Presunção de legitimidade e veracidade e paradigma democrático da Administração Pública .....	77
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	80

## INTRODUÇÃO

Há quem sustente que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos é o fantasma que assombra aqueles que litigam contra a Administração Pública. Trata-se de um dos atributos dos atos administrativos e exprime a ideia de que as manifestações estatais carregam consigo a característica de serem presumidamente elaboradas conforme o ordenamento jurídico (legitimidade) e de acordo com a verdade fática (veracidade). Esta prerrogativa, muito invocada pelo Poder Público para impor suas deliberações aos particulares, encontra amparo no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que funda o regime jurídico-administrativo vigente.

As próximas páginas pretendem demonstrar que este atributo dos atos administrativos não apenas serve como instrumento a serviço da máquina administrativa, mas também como fundamento para decisões judiciais que impõem ônus excessivos aos cidadãos, a exemplo da produção de provas negativas. Mais do que isso, a doutrina corrobora este posicionamento quase sem contestações, o que põe em evidência a problemática que gira em torno deste trabalho.

Ocorre que, com o advento da nova ordem constitucional brasileira, profundas transformações políticas e sociais foram sentidas, o que, por óbvio, reverberou no universo jurídico. O modelo vertical de Administração (paradigma tradicional) perde espaço para o modelo democrático (paradigma emergente), fundado não mais em prevalências e presunções abstratas e apriorísticas, mas na participação popular e na promoção e efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto de releituras, renovações e reconstruções, surge o questionamento: teria o atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos compatibilidade com o paradigma da Administração Pública democrática?

O objetivo desta monografia é, pois, analisar conceitual e pragmaticamente o paradigma emergente e o atributo de presunção de legitimidade e veracidade, e verificar, portanto, se há conformidade entre ambos.

Utilizar-se-á, para tanto, o método de abordagem indutivo e o método de procedimento monográfico. A temática será desenvolvida através da técnica de documentação direta (basicamente legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e indireta (livros sobre temas específicos, artigos científicos de revistas especializadas, manuais, teses e dissertações), envolvendo pesquisa bibliográfica.

A pesquisa será dividida em três capítulos. No primeiro, serão apresentadas as transformações ocorridas na cultura jurídica a partir do surgimento das teorias neoconstitucionalistas, responsáveis pelo fortalecimento normativo das Constituições contemporâneas e por reaproximar o debate jurídico à moral. Junto a isso, serão postas à mesa as implicações sentidas no Brasil a partir da promulgação da Carta Política de 1988, dando-se enfoque para a redemocratização do país. O objetivo, aqui, é estudar as bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo e de que maneira esse fenômeno remodelou os institutos do direito.

Adiante, o segundo capítulo discutirá sobre o paradigma tradicional da supremacia do interesse público sobre o privado e o tratamento conferido a ele pela doutrina. Pretende-se traçar algumas objeções à teoria da supremacia para, a partir disso, investigar um novo conceito de interesse público que esteja mais alinhado com os valores do texto constitucional.

Ainda no mesmo capítulo, propõe-se o estudo do paradigma emergente da Administração Pública democrática, analisando-se seus contornos conceituais, suas principais características e sua afinidade com a Constituição Federal e com o novo conceito de interesse público.

No terceiro e último capítulo, objetiva-se examinar o atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e sua compatibilidade com o novo modelo de Administração Pública democrática. Para essa empreitada, pretende-se analisar os fundamentos e as consequências práticas da referida presunção, e como esta prerrogativa afeta a vida dos particulares que se relacionam de alguma forma com o Poder Público.

A aprovação da presente monografia de conclusão de curso não representa o endosso do Professor Orientador, nem da Banca Examinadora, ao conjunto de ideias e considerações aqui expostas.

## **NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

As transformações sócio-políticas que se sucederam à difusão das teorias neoconstitucionalistas provocaram uma espécie de revolução na cultura jurídica. O advento desse novo paradigma é responsável por conferir ao texto constitucional o status de lei fundamental do Estado contemporâneo, uma vez que a Constituição abandona o seu caráter meramente programático e passa a ter força vinculante, aplicabilidade direta e imediata, além de funcionar como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico subjacente.

### **1.1 Considerações preliminares**

No paradigma neoconstitucionalista os direitos fundamentais passam a ostentar função nuclear nas disposições constitucionais. Tendo como origem a dignidade da pessoa humana, eles são, a um só tempo, direitos de defesa contra as arbitrariedades porventura cometidas pelo Estado (dimensão subjetiva) e direitos prestacionais a obrigações positivas, pelos quais os cidadãos podem exigir do Poder Público que lhes sejam oferecidas condições materiais mínimas para o exercício pleno do direito de liberdade (dimensão objetiva).

É também um traço marcante do neoconstitucionalismo a vinculação normativa que passa a ser reconhecida nos princípios jurídicos. Se antes, dada a sua característica de generalidade e abstração, não se lhe reconhecia normatividade, a abertura semântica promovida pelo neoconstitucionalismo, aproximando as fronteiras entre direito e moral, foi responsável por juridicizar toda uma ordem de valores, notadamente pela via dos princípios jurídicos.

Deixam, portanto, de ser considerados como simples fontes de integração do direito, cuja aplicação se restringe às hipóteses de lacuna da lei, e passam a ser classificados como espécie normativa, plenamente aplicáveis de forma direta nos casos concretos, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas adjacentes.

Por fim, ainda que não se possa considerar propriamente como uma “consequência” do neoconstitucionalismo - tal qual a normatividade dos princípios, a aplicabilidade imediata das normas constitucionais e a afirmação dos direitos fundamentais como eixo axiológico da Constituição - é notório que o regime democrático ganhou ainda mais adesão com o advento do Estado Constitucional de Direito, pois, como se verá, democracia e direitos fundamentais são conquistas político-sociais da civilização ocidental que caminham de mãos dadas.

## 1.2. Neoconstitucionalismo

Não se pode afirmar a existência de uma única teoria neoconstitucionalista. A bem da verdade, a expressão “neoconstitucionalismo” retrata um conjunto de ideias surgido no período pós Segunda Guerra Mundial (segunda metade do século XX), ocasião em que o mundo recém havia se deparado com as atrocidades cometidas sob o manto da legalidade, a exemplo dos regimes nazifascistas, que assombraram parte da Europa nesse período.

Para melhor compreensão do paradigma neoconstitucionalista, vale percorrer, de forma sintética e panorâmica, o processo histórico que o precedeu na Europa e que posteriormente irradiou para outros países, tais quais o Brasil.

Vigorava no velho continente, até então, um modelo de Estado que se convencionou chamar Estado legislativo de direito, haja vista a centralidade exercida pela lei no sistema jurídico, a qual representava a expressão maior da vontade do povo e principal (senão única) fonte do Direito, ao passo que as Constituições eram vistas como simples documentos políticos, cujas normas não possuíam aplicabilidade imediata e direta, cabendo ao Legislativo e ao Executivo a sua materialização.

Pode-se dizer, pois, que as cartas constitucionais possuíam caráter programático, à medida que orientavam os demais poderes a atuar de determinada maneira. Outrossim, não havia uma jurisdição constitucional capaz de salvaguardar, de forma contramajoritária, direitos consignados no texto constitucional, nem tampouco era dado ao magistrado invalidar uma norma jurídica posta por autoridade competente, caso entendesse pela sua incompatibilidade com a Constituição<sup>1</sup>. O papel que o juiz exercia se limitava tão somente à aplicação do texto legal.

---

<sup>1</sup> Cumpre aqui indicar a exceção estadunidense. Nos Estados Unidos, o icônico precedente judicial *Marbury vs. Madison* retrata o primeiro caso de controle de constitucionalidade exercido por uma Corte Constitucional. Newton de Oliveira Lima, em artigo sobre a história do constitucionalismo na Suprema Corte norte-americana, ensina que “Willian Marbury fora nomeado pelo presidente Adams para o posto de juiz de paz do Distrito de Columbia, tendo sua posse retardada, somente podendo ser feita já no mandato de Jefferson, cujo secretário de Estado James Madison se recusou a efetivar a nomeação por motivos obviamente políticos. O fato, porém, é que a nomeação foi ato do presidente Adams e a Lei do Judiciário em sua seção 13 autorizava a Suprema Corte a se pronunciar a respeito. Marbury interpôs um writ of mandamus contra o ato de Madison perante a Suprema Corte a fim de assegurar sua posse baseado na legalidade do ato administrativo de Adams. A decisão da corte constitucional norte-americana, da lavra do seu presidente John Marshall em 1803, foi no sentido de declarar inconstitucional a seção 13 da Lei do Judiciário e mantendo a decisão do presidente Adams, pois a declaração de nulidade a Suprema Corte não poderia se pronunciar sobre o ato administrativo, mas apenas sobre a constitucionalidade. Dessa forma, a Suprema Corte utilizava de maneira paradigmática o poder de revisão judicial sobre a interpretação da lei e o controle de constitucionalidade, evitando um conflito de poderes e fixando essa função hermenêutica precípua da corte constitucional estadunidense.” LIMA, 2009, p. 138-139.

Dessa forma, a questão da moralidade (ou justiça) de uma norma não era matéria afeta ao universo jurídico. Essa discussão pertencia tão somente aos domínios da filosofia e da moral. Admitir o intercâmbio entre esses campos do conhecimento significaria a ruína da racionalidade jurídica.

O contexto histórico que se sucedeu na Europa era evidente: sentiu-se a necessidade de revisão daquilo que se entendia por direito. As ideias positivistas que equiparavam o direito ao texto da lei precisavam ser superadas, sem que se deixasse de lado a racionalidade e a cientificidade, que em certa medida conferiam legitimidade ao sistema. Em adição, vale lembrar que as teorias jusnaturalistas também não eram suficientes para equacionar o problema, porquanto amparadas em ideais que universalizavam a concepção de justiça e se fundamentavam a partir de conceitos metafísicos.

Esse processo marcou historicamente o ingresso do neoconstitucionalismo no pensamento jurídico. A segunda metade do século XX de fato sinalizou a constitucionalização da Europa, redefinindo o lugar da Constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas<sup>2</sup>.

A cultura jurídica passa então a sofrer mudanças significativas. Os antigos paradigmas, tidos como insuficientes para conceituar o fenômeno jurídico, foram paulatinamente superados por ideias que aproximavam cada vez mais o direito da moral. O reconhecimento de que o intérprete não poderia fechar os olhos para os valores sociais, nem para o grau de justiça de uma norma jurídica, acabaria servindo como terreno fértil para as novas teorias que se desenvolviam.

Nessa linha de raciocínio, ganha força a corrente pós-positivista, marco filosófico do neoconstitucionalismo<sup>3</sup>. Com efeito, os valores passaram a ser incorporados ao direito – que não mais se limitava a um simples sinônimo da lei – mas sem que isso culminasse no abandono da cientificidade e do direito posto.

---

<sup>2</sup> Cf. BARROSO, 2006.

<sup>3</sup> Segundo o professor Luís Roberto Barroso, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste momento, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” BARROSO, 2006, p. 74.

É que se passou a considerar racional a argumentação empreendida na solução de questões práticas que o direito precisava equacionar, e não apenas os silogismos e subsunções do positivismo formalista. A racionalidade jurídica se distancia da lógica formal das ciências exatas e se aproxima da ideia do razoável<sup>4</sup>.

Não é possível afirmar que direito e moral se fundiram, mas há de se reconhecer que, pela via dos princípios – que juridicizaram toda uma ordem de valores –, a moral efetivamente penetrou o tecido jurídico, funcionando como baliza interpretativa dos textos normativos.

Convém salientar que os processos hermenêuticos clássicos de subsunção da norma ao caso concreto, ou as ideias de que o intérprete simplesmente possui discricionariedade política para decidir nos casos difíceis, perdem espaço para a argumentação jurídica calcada na razão prática, na qual se busca racionalidade para as soluções jurídicas neste novo paradigma.

O reconhecimento da força normativa dos princípios, dotados de elevada carga axiológica, revela a porosidade existente entre o direito e a moral. Confere-se poder ao intérprete para que, nos casos de difícil solução, ele a encontre a partir dos princípios, extraindo o sentido das normas mediante técnicas de ponderação.

Nas palavras de Daniel Sarmento,

[...] as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério”.<sup>5</sup>

As constituições europeias do segundo pós-guerra já não eram, portanto, apenas cartas procedimentais, mas documentos compostos por normas de elevado conteúdo axiológico e que abordavam temas outrora não tratados pelas outras constituições, como economia, família e relações de trabalho. Uma interpretação abrangente das normas constitucionais deu origem ao fenômeno de constitucionalização de todo o ordenamento jurídico, o que desencadeou um processo de releitura e reinterpretação de normas e institutos dos mais variados ramos do Direito<sup>6</sup>.

Outra importante mudança trazida pelo paradigma neoconstitucionalista é o crescimento quase que exponencial das funções exercidas pelo Poder Judiciário. A figura do juiz ganha protagonismo, uma vez que ele passa de mera “boca da lei” (aplicador da letra fria da norma),

---

<sup>4</sup> Cf. SARMENTO, 2007.

<sup>5</sup> SARMENTO, 2007, p. 104.

<sup>6</sup> Cf. SARMENTO, 2007.



à guardião da Constituição, documento que é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

O crescimento da jurisdição constitucional é de suma importância no processo de afirmação da supremacia da Constituição. A centralidade do juiz como guardião da Carta Magna (seja por meio do controle difuso, seja por meio do controle concentrado de constitucionalidade) possibilita a aplicação direta e imediata das normas constitucionais aos casos concretos, o que permite garantir, a título exemplificativo, uma imunidade tributária do contribuinte que esteja sendo indevidamente cobrado, a inviolabilidade do domicílio do cidadão ameaçado pela autoridade policial ou ainda a vedação à censura da imprensa, sem a necessidade de lei infraconstitucional regulamentando a matéria.

Juntamente a isso, o juiz passa a ser o responsável pela aferição de validade das normas infraconstitucionais, tendo como referência o texto magno. As normas do ordenamento jurídico só serão consideradas válidas se estiverem em consonância com os ditames constitucionais.

Em que pese todos os avanços descritos, deve-se alertar para o perigo que esta característica carrega consigo. O juiz é “concebido como o guardião das promessas civilizatórias”<sup>7</sup>, o que, por conseguinte, acaba enfraquecendo o papel dos demais Poderes e expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas, que serão vistas mais à frente. Adiante-se, porém, que o Judiciário é o único dos poderes cuja composição não passa por um processo de eleição popular. Daí ser possível extrair que, em algumas situações, a falta de legitimidade democrática do magistrado sirva como limite para o exacerbado ativismo judicial que se percebe atualmente.

Em síntese, pode-se dizer que, dentre as principais mudanças provocadas pelo arquétipo teórico que se convencionou conceituar por neoconstitucionalismo, tem-se o redirecionamento da Constituição para o eixo central do ordenamento jurídico, funcionando como fundamento de validade do sistema e dotada de normas com aplicabilidade direta e imediata; o reconhecimento de força normativa aos princípios; a proliferação de jurisdições constitucionais; a adoção de técnicas hermenêuticas mais abertas e em contato com a moral; e a internalização de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Todas as transformações referidas possuem extrema relevância, entretanto, algumas delas merecem exame mais apurado para os fins deste estudo. Por tal motivo, após analisar a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil, bem como tecer breves críticas ao paradigma, dar-se-á

---

<sup>7</sup> SARMENTO, 2007, p. 105.

enfoque à questão dos direitos fundamentais, da normatividade dos princípios jurídicos, além da redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988.

### **1.2.1. Recepção do neoconstitucionalismo no Brasil**

Após a promulgação da Constituição de 1988, a cultura jurídica pátria sofreu relevantes transformações. O país foi redemocratizado; um amplo rol de direitos fundamentais de várias dimensões – individuais, políticos, sociais e difusos – foi insculpido no texto magno; o papel do judiciário foi reforçado por meio da previsão de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF<sup>8</sup>), da ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade<sup>9</sup> e de interpretação conforme à Constituição, e a doutrina constitucional começou a desenvolver interesse pelas teorias neoconstitucionalistas.

É oportuno registrar que todo o processo de deliberação, elaboração e promulgação da Carta Política não pode ser considerado como mero tecnicismo jurídico. As transformações político-sociais pregadas pela Constituição são de notável dimensão, à medida que marcam a travessia de um regime militar autoritário e violento para uma nova ordem democrática de respeito às normas constitucionais, que possui como espinha dorsal direitos e garantias individuais e sociais (elevados ao status de fundamentais). Além disso, a dignidade da pessoa humana, classificada pelo art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstra com solar clareza a colocação do cidadão na centralidade do sistema jurídico, e não mais a pátria ou o Estado.

Assim como no restante do mundo, as Constituições brasileiras antigas também eram vistas como simples textos programáticos, desprovidos de normatividade. Sobre essa questão, Daniel Sarmento lista uma série de exemplos, cuja transcrição se faz necessária. Explica o autor que:

a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituía o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos [...]. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos

---

<sup>8</sup> O artigo prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Veja-se o comando normativo: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>9</sup> Pode-se notar amplo rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, além da instituição do controle de constitucionalidade por omissão, seja pela via do mandado de injunção, seja pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.<sup>10</sup>

Ocorre que a Constituição de 1988 foi expressa em reconhecer a aplicabilidade direta e imediata dos seus dispositivos. O §1º do art. 5º do texto magno prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>11</sup>. Assim, o leque de direitos e garantias fundamentais consignado no texto constitucional pode, desde a sua promulgação, ser objeto de proteção jurisdicional.

Na linha do que se percebeu nos demais países europeus, é possível sustentar que as principais mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo foram, de fato, incorporadas no Brasil.

O destaque do Judiciário, concentrando sua atuação sobretudo no Supremo Tribunal Federal, a crescente valorização dos princípios jurídicos, tanto na doutrina como na jurisprudência, a adoção de métodos interpretativos mais abertos e flexíveis, com enfoque na ponderação e na abertura da argumentação jurídica à moral e à passagem da pessoa humana para o eixo central do ordenamento brasileiro, deixam claro que as (heterogêneas) teorias neoconstitucionalistas se perpetuaram pelo território brasileiro.

Acerca da influência dessas novas ideias na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Daniel Sarmento salienta que a Corte Constitucional, “nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões”<sup>12</sup>.

Do exposto, nota-se que o incipiente processo de constitucionalização do direito, que se iniciou há bastante tempo no continente europeu, reverberou no Brasil apenas em 1988. O país, redemocratizado, viu na Constituição Federal o documento necessário para provocar profundas transformações sociais, jurídicas, políticas e econômicas.

E essas mudanças foram sentidas não apenas no Direito Constitucional. A nova ordem inaugurada pela Constituição irradiou para todo o ordenamento jurídico uma série de alterações que impuseram a releitura de conceitos e institutos antigos, desalinhados dos princípios constitucionais. Isso porque boa parte da estrutura jurídica brasileira se ergueu sob a égide de

---

<sup>10</sup> SARMENTO, 2007, p. 106-107.

<sup>11</sup> BRASIL, 1988, acesso em 10 de setembro de 2017.

<sup>12</sup> SARMENTO, 2007, p. 113.

regimes políticos anti-democráticos. O viés autoritário é sentido sobremaneira, por exemplo, no Direito Administrativo.

Não obstante este tema ser tratado com maior afinco adiante, convém assinalar que a irradiação de princípios constitucionais gerais e específicos para a atuação administrativa do Estado, bem como o protagonismo da dignidade humana e a proteção dos direitos fundamentais, alterou qualitativa e substancialmente as relações entre Administração Pública e cidadão, culminando na superação de paradigmas tradicionais.

Luís Roberto Barroso cita, como exemplo dessas transformações, a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e, por fim, a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo<sup>13</sup>.

O novo aporte teórico trazido pelo neoconstitucionalismo, entretanto, não é só digno de elogios. As virtudes vêm acompanhadas de vícios. Antes de se passar à análise que se pretende fazer sobre algumas mudanças pontuais trazidas pela Constituição Federal de 1988 e o neoconstitucionalismo, é imprescindível assinalar algumas objeções que a doutrina tem reconhecido neste paradigma.

### **1.2.2. Objeções ao paradigma neoconstitucionalista**

Não se pode negar que o neoconstitucionalismo instituiu um verdadeiro programa de emancipação civilizatória nos países em que foi recepcionado. Ocorre que, como é comum no direito, as teorias acabam sendo interpretadas sob as mais variadas óticas. Nesse sentido, a depender da compreensão que se tenha sobre o fenômeno em estudo, perfilhar-se com essa corrente pode significar o abandono da segurança jurídica, da liberdade e da própria democracia, que são alicerces de qualquer constitucionalismo que se pretenda qualificar como positivo. O tema será tratado adiante a partir de algumas objeções apontadas pela doutrina brasileira.

Apesar das várias críticas formuladas, eleger-se-ão as duas que se considera mais contundentes (e preocupantes). A primeira diz respeito ao caráter anti-democrático do Poder Judiciário, alçado ao status de porta-voz das propostas emancipatórias e guardião do texto constitucional; a segunda consiste no desprezo judicial pela argumentação jurídica, a fazer com

---

<sup>13</sup> Cf. BARROSO. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2017.

que a abertura semântica promovida pelo neoconstitucionalismo concedesse uma espécie de “carta branca” ao magistrado para decidir como bem entender.

### **1.2.2.1. Excessiva judicialização da política: caráter não democrático do Poder Judiciário**

Como visto, o neoconstitucionalismo confere protagonismo à figura do juiz, que passa a ser o guardião dos direitos fundamentais e porta-voz das promessas cívicas constantes no texto constitucional. Ocorre que, o excessivo recurso ao Judiciário para solucionar toda e qualquer controvérsia posta a sua apreciação pode ser perigoso, à medida que este é o único dos três poderes cujos representantes não são eleitos pelo povo.

Daí o problema: quando um magistrado faz as vezes do legislador ou do administrador público, acaba tomando as decisões políticas mais importantes do Município, do Estado ou do país, sem sequer prestar contas à população. Isso implica uma consequência danosa, pois enfraquece politicamente os representantes eleitos pelo povo e a mobilização cívica dos cidadãos.

Se é verdade que podem, Judiciário e cidadãos, atuar em sinergia, não é menos correto dizer que em grande parte das vezes o enfoque judicialista afasta do cenário de disputa por direitos os indivíduos que não possuem proximidade com as corporações judiciais<sup>14</sup>.

O professor Luís Roberto Barroso leciona que o arranjo institucional montado pela Constituição Federal, admitindo o controle jurisdicional mediante uma ampla variedade de ações diretas e pela extensão do rol de legitimados para propô-las, faz com que a judicialização da política se caracterize mais como um “fato inelutável” do que uma verdadeira opção política do Judiciário. Contudo, a forma como os magistrados venham a exercer esta competência é que dirá se existe, ou não, um ativismo judicial<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. SARMENTO, 2007.

<sup>15</sup> Para o autor, ativismo é uma atitude, a forma como o juiz interpreta de maneira proativa o texto normativo, expandindo seu sentido e alcance. Seu oposto é a “autocontenção judicial”, conduta pela qual o magistrado reduz sua ingerência nos demais poderes. Cf. BARROSO, 2006. Ainda sobre ativismo e decisionismo judicial, interessante registrar as críticas formuladas por Lênio Luiz Streck. Para ele, não há como contestar o acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual. Ocorre que a grande questão a ser enfrentada não é o “quanto de judicialização” existe, mas como as questões judicializadas devem ser decididas. Isso porque uma ofensa à Constituição por parte dos tribunais é sempre mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, já que é ao Judiciário que cabe sua guarda, surgindo o questionamento: “quem nos salvará se não há mais salvadores?” Ou ainda pior: “quem nos salvará dos salvadores?” O certo é que quando forem decidir, os magistrados devem se valer dos marcos oferecidos pela Constituição, pois são eles que devem pautar as decisões da comunidade política e não as subjetividades pessoais ou as falsas “ponderações” realizadas hodiernamente. Cf. STRECK, 2013.

### 1.2.2.2. “Oba oba constitucional”<sup>16</sup>

A segunda crítica se refere ao “oba oba constitucional” que se notou, sobretudo no seio das decisões judiciais. A porosidade na fronteira entre direito e moral fez com que diversos valores fossem incorporados pelas normas jurídicas, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Dignidade humana, presunção de inocência, razoabilidade, proporcionalidade e devido processo legal são apenas alguns exemplos de normas que possuem uma considerável abertura semântica, e um verdadeiro leque de possíveis interpretações diante de um caso concreto.

A insegurança da questão reside justamente no fato de que o magistrado assumiu uma posição de protagonismo na promoção e efetivação dos direitos fundamentais e princípios jurídicos. Assim, diminuiu-se consideravelmente o apego às regras e às técnicas de subsunção, ao passo que a invocação de princípios para solucionar qualquer tipo de controvérsia se agigantou, muitas vezes de forma desnecessária, haja vista a presença de uma regra válida sobre a matéria em discussão.

Esta prática decisionista dos tribunais tem usurpado a autoridade legislativa constitucional e infraconstitucional, à medida que as regras passaram a ser afastadas e relativizadas, a partir de discursos rasos, cujo escopo verdadeiro é a proteção de decisões com baixo grau de legitimidade e alta carga subjetiva. Cada vez mais princípios jurídicos são extraídos de uma Constituição que se tornou aquilo que o Poder Judiciário diz ser. E por mais que este poder seja o guardião do texto magno, tal circunstância não o autoriza a funcionar como um verdadeiro legislador constituinte positivo.<sup>17</sup>

Cumprir destacar que a objeção que aqui se faz não é deduzida em face do recurso judicial aos princípios jurídicos. O ponto nevrálgico da discussão é a escassez argumentativa instaurada quando da fundamentação das decisões judiciais. A invocação de um princípio requer do

---

<sup>16</sup> A expressão é de Daniel Sarmiento, utilizada justamente para criticar o déficit argumentativo que se perpetuou nos Tribunais a partir do uso de princípios vagos, tais como os da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. Nas palavras do autor, “este cenário é problemático porque um sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.” SARMENTO, 2007, p. 125.

<sup>17</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2017.

intérprete a capacidade de explicitar o porquê de estar recorrendo àquela norma jurídica, ou seja, quais são as circunstâncias fáticas e jurídicas que ensejaram a aplicação do princípio.

Do contrário, abrir-se-á mão de uma das maiores conquistas do cidadão frente ao Judiciário, qual seja, o dever de fundamentação do magistrado. Aliás, a Constituição Federal é expressa no sentido de exigir que os provimentos jurisdicionais sejam fundamentados, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF/88). Não se pode olvidar jamais desse ônus argumentativo imposto ao juiz.

As regras, por sua vez, demandam menos esforço do intérprete, pois possuem uma aplicação mais mecânica. Analisa-se o caso concreto e, mediante a técnica de subsunção, o juiz decide se há ou não incidência do fato à “moldura” normativa. Com efeito, o poder decisório acaba ficando mais com o Legislativo, que é eleito pelo povo, e menos com o Judiciário, que não é.

Sobre decisionismo judicial, Lênio Luiz Streck tece críticas interessantes. Segundo ele, o Brasil vivencia na prática dos tribunais uma espécie de “pan-principiologismo”, fenômeno que se caracteriza pela abusiva invocação de princípios que muitas vezes sequer encontram previsão no ordenamento jurídico, por serem despidos de normatividade. Essa crise hermenêutica denuncia o descompromisso com a deontologia jurídica e revela o abismo existente entre Constituição, demandas sociais e a aplicação do direito.<sup>18</sup>

Para colocar em um parágrafo: se há pouco tempo os princípios não tinham sua força normativa reconhecida, o que era problemático, pois engessava por demais o fenômeno jurídico, a sua aplicação irrestrita e exacerbada talvez seja ainda mais tormentosa, já que ao desprezar as regras e a argumentação jurídica (fundamentação racional), permite-se ao magistrado tomar decisões ao seu bel-prazer. E “a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda”<sup>19</sup>.

Passa-se agora a uma breve análise de algumas das principais consequências das teorias neoconstitucionalistas: a afirmação dos direitos fundamentais como cerne do ordenamento, a normatividade dos princípios jurídicos, além da democracia instaurada no Brasil após 1988.

### **1.3. Direitos fundamentais**

---

<sup>18</sup> Cf. STRECK, 2012.

<sup>19</sup> SARMENTO, 2007, p. 124.

Os direitos fundamentais funcionam como a essência do texto constitucional. Neles estão previstos os direitos basilares da sociedade civil, sendo possível afirmar que o grau de respeitabilidade dos direitos fundamentais é diretamente proporcional ao nível cívico de uma nação.

Adiante-se, porém, que conceituá-los não é tarefa fácil. De início, cabe o esclarecimento acerca das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, já que muitas vezes são empregadas como se sinônimas fossem<sup>20</sup>.

Os direitos humanos, entendidos como direitos inerentes à natureza das pessoas, pelo simples fato de serem seres humanos, são aqueles que permeiam os documentos normativos internacionais, por reconhecerem certas posições jurídicas às pessoas, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional. Ambicionam uma validade universal, para todos os povos e tempos, o que revela um manifesto caráter supranacional.

Já o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos cujos titulares também são os seres humanos, mas encontram posituação dentro de uma ordem constitucional. Está reservada, pois, ao nível do direito positivo. Esta diferenciação pode ser constatada nas obras de grandes constitucionalistas brasileiros, como Ingo Wolfgang Sarlet<sup>21</sup> e José Afonso da Silva<sup>22</sup>.

Sem abandonar a concepção formal que considera os direitos fundamentais como aqueles que estão previstos no texto constitucional como tais, Paulo Bonavides, com esteio no escólio de Carl Schmitt, lembra que outro critério (tão formal quanto o primeiro) de caracterização de um direito como fundamental é o seu grau de garantia ou segurança. Fundamentais são os direitos imutáveis, ou pelo menos de mudança dificultada por regras estabelecidas na Constituição (emendas constitucionais)<sup>23</sup>.

Na Constituição Federal brasileira, o legislador instituiu, no Título II, os direitos e garantias fundamentais. Referido título possui capítulos alusivos aos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais e direitos políticos. Não obstante, em que pese uma interpretação literal e rápida do texto possa levar a crer que os direitos fundamentais estejam restritos àqueles catalogados no Título II, deve-se atentar para o conteúdo do dispositivo contido no §2º do art. 5º, o qual prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não

---

<sup>20</sup> Veja-se, por exemplo, a definição de Luigi Ferrajoli. Para o ilustre autor italiano, são direitos fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”. FERRAJOLI, 2011, p. 9.

<sup>21</sup> Cf. SARLET, 2010.

<sup>22</sup> Cf. SILVA, 1992.

<sup>23</sup> Cf. BONAVIDES, 2001.



excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, nem tampouco dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil figure como parte. Assim, podem ser considerados fundamentais outros direitos que não estejam arrolados no Título II da Carta Magna.

Essa informação deve ser associada com o fato de que o art. 60, §4º, IV da Constituição Federal proscree a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Como visto, esta expressão (direitos e garantias individuais) deve receber uma interpretação extensiva, a ponto de abarcar não apenas o rol de direitos e garantias catalogados no capítulo I do Título II, mas todos os demais dispositivos em que algum direito fundamental esteja previsto, a exemplo do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, constante do art. 227.

Dessa maneira, o critério formal acaba sendo insuficiente para a tarefa de identificação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, uma vez que o próprio texto, em seu art. 5º, §2º, estende a qualidade de fundamentais para outros direitos previstos fora do rol do art. 5º.

Torna-se oportuna, assim, a análise do ponto de vista material. Nessa quadra, os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos de dimensão subjetiva e objetiva.

Como direitos de dimensão subjetiva, deve-se compreender os direitos fundamentais do indivíduo contra a atuação abusiva do Estado. São os direitos de defesa, destinados a proteger certas posições jurídicas do particular contra a intervenção estatal em sua esfera de liberdade. São tradicionalmente ligados aos direitos de liberdade, aos direitos civis e aos direitos políticos, e considerados pela doutrina como direitos de primeira geração (ou dimensão), dado o seu pioneirismo histórico.

Para Gilmar Ferreira Mendes, são normas fundamentais que “contém disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”<sup>24</sup>.

Paulo Bonavides assinala que o indivíduo é o titular dos direitos de primeira dimensão, os quais são oponíveis em face do Estado. Traduzem-se em atributos da pessoa humana, ostentando como traço mais característico a subjetividade. Em síntese, afirma o autor que esses são direitos de resistência ou oposição perante o Estado<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> MENDES, 1998, p. 33.

<sup>25</sup> Cf. BONAVIDES, 2001.

Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais abrange não um status negativo de atuação estatal, mas positivo. É o “reino das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, deste recebe as prestações mediante as quais o Estado constrói socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva”<sup>26</sup>. Em apertada síntese, são as “prestações de índole positiva”<sup>27</sup>.

Nesta categoria encontram-se os direitos sociais e econômicos, que são tradicionalmente considerados direitos de segunda dimensão. Esses direitos possuem grande afinidade com o princípio da igualdade, porquanto as prestações positivas exigíveis do Estado objetivam a entrega de condições materiais necessárias para possibilitar aos cidadãos o gozo das liberdades prometidas. É dizer, quanto mais acentuado o desequilíbrio social, menor o acesso dos cidadãos aos seus direitos de liberdade.

Tem-se ainda os direitos fundamentais de terceira dimensão. Trata-se daqueles direitos que possuem conexão com o conceito de fraternidade. Não se destinam à proteção da esfera jurídica de um único indivíduo, nem a de um grupo determinado. O destinatário dos direitos de terceira dimensão é o “gênero humano”<sup>28</sup>, tendo como exemplos o direito ao desenvolvimento, a busca pela paz, a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade.

Derradeiramente, é oportuno sublinhar que, embora a declaração dos direitos fundamentais no texto constitucional seja de imensurável importância, a sua simples previsão não garante aplicabilidade. Todo direito deve vir acompanhado de mecanismos capazes de assegurar seu cumprimento pelos indivíduos e pelo Estado. É nesse contexto que se denota a essencialidade das garantias constitucionais. O que se pretende frisar é a insuficiência de se reconhecer um direito sem garanti-lo, pois ocorrerão situações em que eles serão desrespeitados.

As garantias constitucionais caminham de mãos dadas com os direitos fundamentais e são justamente os instrumentos necessários para assegurar o seu cumprimento. Ainda que a Constituição não tenha estabelecido de forma clara as distinções conceituais entre direitos e garantias, José Afonso da Silva leciona que estas últimas “não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal”<sup>29</sup>. Observa-se, pois, que enquanto os direitos fundamentais encerram um fim em si mesmos, as garantias constitucionais não possuem a

---

<sup>26</sup> BONAVIDES, 2001, p. 599.

<sup>27</sup> MENDES, 1998, p. 33.

<sup>28</sup> BONAVIDES, 2001, p. 523.

<sup>29</sup> SILVA, 1992, p. 172.

mesma característica. Elas são, para o bem da verdade, instrumentais, servindo como meio de obtenção das vantagens oriundas dos direitos que pretendem garantir.

Feitas estas breves considerações acerca dos direitos fundamentais, passa-se agora ao exame da incorporação dos princípios ao ordenamento jurídico e sua normatividade, outro importante traço das teorias neoconstitucionalistas, e que possui elevada relevância no desenvolvimento deste estudo.

#### **1.4. Normatividade dos princípios**

Já foi visto que as teorias neoconstitucionalistas, influenciadas pela filosofia pós-positivista, proporcionaram o diálogo entre direito e moral. Essa reaproximação provocou um fenômeno de abertura semântica no discurso jurídico, o qual passou a incorporar toda uma ordem de valores, sobretudo pela via dos princípios. Nesse contexto, os princípios foram responsáveis por juridicizar os valores morais das comunidades políticas. Mas nem sempre foi assim.

No passado, a generalidade e a abstração inerentes a esta espécie normativa constituíam a base dos argumentos utilizados para negar sua eficácia normativa. Tinha-se, portanto, o império das regras, já que através delas o legislador conseguia delinear seus limites de incidência, trazendo maior segurança para a aplicação do direito.

Ainda que não se negue a importância das regras, é certo que a doutrina contemporânea não mais discute a incidência ou não dos princípios nos ordenamentos jurídicos, nem tampouco sua normatividade. Nesse sentido, os princípios deixam de ser vistos apenas como formas de integração do direito (utilizados na hipótese de lacuna da lei) e se convertem em autênticas normas jurídicas.

Conforme ensina Gustavo Binbenbojm, o elevado grau de abstração dos princípios é que os torna “um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a ductibilidade necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança”<sup>30</sup>.

É, pois, sob as bases do neoconstitucionalismo que os princípios jurídicos - desprovidos de normatividade tanto na corrente jusnaturalista como no juspositivismo - ganham substancialidade e aplicabilidade. Eles estão intimamente ligados com a noção de fundamento,

---

<sup>30</sup> BINENBOJM, 2008. p. 63-64.

sustentáculo, ou pressuposto teórico que dá coerência a todo o arcabouço axiológico do sistema jurídico.<sup>31</sup>

Em adição, cumpre lembrar que os princípios se constituem em mandamentos informadores da racionalidade do ordenamento, evidenciando a ordem jurídico-constitucional vigente. Representam, ainda, normas de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Estabelecidas essas premissas, cabe apresentar alguns dos conceitos sobre princípios que mais se difundiram na doutrina constitucional, o que se fará sem a menor pretensão de esgotar a matéria.

Ronald Dworkin<sup>33</sup> conceitua o princípio como um padrão a ser observado, porquanto se trata de “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>34</sup>. O autor diferencia os princípios das regras nos seguintes termos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>35</sup>

Todavia, quando não houver regras regulando um determinado caso, ou a norma reguladora for insuficiente ou imprecisa, o juiz deverá se valer dos princípios jurídicos, aplicando-se-lhe o mais importante (de maior peso). Eis o foco da teoria de Dworkin: considerar os princípios como parte integrante do direito, refutando a teoria positivista, bem como aplicá-

---

<sup>31</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2016.

<sup>32</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2016.

<sup>33</sup> O autor norte-americano, em sua obra *Levando os direitos a sério*, objetiva criticar a teoria positivista do direito, notadamente aquela que foi arquitetada pelo professor Herbert Hart. Dworkin afirma que Hart reconhece que as regras jurídicas validamente criadas muitas vezes não dão conta de regular todas as situações da vida social, sendo por vezes omissas ou insuficientes. Trata-se daquilo que Dworkin chama de “limites imprecisos” das regras jurídicas. Dessa forma, ao se deparar com casos problemáticos – em que não haja regulação específica –, o juiz exercita seu poder discricionário, criando norma nova (*new legal rights*) para dirimir o conflito suscitado. Em suma, para Hart, o direito se resume às referidas normas primárias e secundárias e, quando o juiz se depara com casos sem regulação específica, ele legisla novos direitos específicos, pois tem poder para isso. Para Dworkin, os *hard cases* não são solucionados da forma como preconiza Herbert Hart. É através dos princípios que os juízes buscam a solução para esses litígios. Cf. DWORKIN, 2002.

<sup>34</sup> DWORKIN, 2002, p. 36.

<sup>35</sup> DWORKIN, 2002, p. 39.

los de acordo com a importância que possuem no caso concreto. Os princípios possuem, pois, força relativa.

Daí ser possível considerar que, quando uma regra não regular determinado caso concreto, ainda se possa dizer que uma das partes tenha, de antemão, o direito de ganhar a causa. Ou seja, não caberia ao juiz, discricionariamente, criar uma regra jurídica para o caso e aplicá-la retroativamente aos demais (como sustentava Hart), mas sopesar os princípios que regem a matéria em questão (os quais precedem o litígio judicial), aplicando-se aquele de maior peso.

É, portanto, através dos princípios que os juízes buscam a solução para os *hard cases* - casos desprovidos de regulamentação que se apresentam ao Judiciário e precisam ser resolvidos pelo magistrado. É dizer: Dworkin considera que os princípios integram o direito tanto quanto as regras, o que é imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, outra importante contribuição foi formulada por Robert Alexy. O autor alemão construiu sua teoria dos direitos fundamentais tendo como viga mestra a distinção entre regras e princípios. Para ele, toda a teoria dos direitos fundamentais tem como base a diferenciação entre regras e princípios, eis que se trata da “chave para solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”<sup>36</sup>.

Segundo Alexy, regras e princípios constituem espécie de um mesmo gênero, quais sejam, as normas jurídicas, já que ambos se formulam com base em expressões deonticas, tais quais mandamento, permissão e proibição. Ao usar o termo norma, portanto, o autor engloba tanto as regras quanto os princípios. O ponto crucial na distinção entre as duas espécies normativas consiste no fato de que os princípios são mandamentos de otimização, o que significa dizer que são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas subjacentes ao caso concreto<sup>37</sup>.

As regras, por sua vez, são normas cujo conteúdo possui determinações no âmbito daquilo que é possível jurídica e faticamente. Se for válida, a regra deve ser obedecida nos exatos termos do comando normativo. São sempre satisfeitas ou não satisfeitas<sup>38</sup>. Daí a conclusão de que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não uma distinção de grau.

---

<sup>36</sup> ALEXY, 2008, p. 85.

<sup>37</sup> Cf. ALEXY, 2008.

<sup>38</sup> Cf. ALEXY, 2008.

Mas onde a diferença entre regras e princípios fica mais evidente é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. A forma de solução das colidências é nitidamente diversa para cada uma das espécies.

No caso das regras, diante das suas características fundamentais, o conflito só pode ser solucionado de duas formas: primeiramente deve-se buscar a inserção, em uma das regras conflitantes, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Caso isso não seja possível, pelo menos uma das duas regras deve ser declarada nula e, por conseguinte, expurgada do ordenamento jurídico<sup>39</sup>. A situação conflituosa é resolvida no plano da validade.

De outra banda, a colisão entre princípios requer uma forma diferente de solução. Nessas hipóteses, quando dois princípios colidem entre si em determinado caso concreto, a situação é resolvida no plano do valor (dimensão do peso). Isso significa dizer que um dos princípios preponderará sobre o outro, pois os princípios possuem pesos diferentes nos casos concretos.

Mas isso não autoriza dizer que o princípio cuja incidência foi afastada deva ser declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele deva ser introduzida, mas tão somente que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso que outro.<sup>40</sup>

A discussão acerca da colisão entre princípios, bem como as nuances que envolvem a difícil conceituação dessa espécie normativa certamente vão muito além dos limites deste estudo. Este é, na realidade, um dos temas mais discutidos contemporaneamente, e a riqueza doutrinária sobre a matéria poderia estender por demais o debate. Acontece que, para os fins aqui propostos, as breves considerações feitas já são suficientes.

O que é imprescindível, e parece ter sido bem enfatizado até então, é a compreensão de que a partir da difusão das teorias neoconstitucionalistas, a vinculação normativa aos princípios jurídicos<sup>41</sup> passou a ser manifestamente aceita, em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Por ora, passa-se ao exame de mais uma contundente modificação trazida pela Constituição Federal de 1988: o regime político democrático.

### **1.5. Democracia: a redemocratização do Brasil em 1988**

Passados vinte anos sob a vigência de um regime militar autoritário e violento, as forças democráticas brasileiras, enfim, prevaleceram. No ano de 1985, após a eleição de Tancredo

---

<sup>39</sup> Cf. ALEXY, 2008.

<sup>40</sup> Cf. ALEXY, 2008.

<sup>41</sup> Entendidos aqui como espécie de norma jurídica que encerra um mandamento de otimização, a ser aplicado casuisticamente, ou seja, mediante análise das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas.

Neves, o sentimento que tomava conta do país era de esperança, no intuito de eliminar os resíduos autoritários e instaurar uma nova ordem constitucional.

Mesmo com a morte de Tancredo Neves, o então vice-presidente José Sarney deu sequência ao projeto instaurado, que culminou com a promulgação da Constituição Federal em 1988, responsável, dentre outras coisas, pela redemocratização do país. Nas palavras de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, tratava-se de uma Constituição Cidadã, porque teve ampla participação popular na sua confecção e especialmente porque se voltava para a realização da cidadania<sup>42</sup>.

Ainda que não seja possível dizer que a democracia foi propriamente uma “consequência” da difusão das teorias neoconstitucionalistas, tal qual a normatividade dos princípios, a aplicabilidade imediata das normas constitucionais e a afirmação dos direitos fundamentais como eixo axiológico da Constituição, é certo que este regime político ganhou ainda mais adesão com o advento do Estado Constitucional de Direito, pois, como se verá, democracia e direitos fundamentais são conquistas político-sociais da modernidade que caminham de mãos dadas.

O conceito de democracia é complexo. Não parece ser suficiente definir democracia apenas a partir do princípio majoritário. Ou seja, dizer que há democracia apenas porque prevaleceu a vontade da maioria não satisfaz as exigências de uma democracia substancial. Hodiernamente, a caracterização do regime democrático se distancia do esporádico jogo eleitoral (quando se vota e quem pode votar). O problema ganha novos contornos: a atuação estatal deve ser democrática em todas as instâncias, a fim de garantir que, através de mecanismos institucionais, a voz dos cidadãos seja ouvida nos processos de tomada de decisões políticas e administrativas<sup>43</sup>.

De início, cabe salientar que a Constituição Federal, no seu art. 1º, informa que a República Federativa do Brasil se constitui sob um Estado Democrático de Direito (caput) e que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes (parágrafo único). Nota-se, portanto, que o regime político brasileiro escolhido pelo legislador constitucional foi o democrático, fundado na soberania popular.

De mais a mais, é importante ressaltar que democracia é um conceito histórico e instrumental, enquanto compreendida como um meio pelo qual se busca a realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem, basicamente, nos direitos fundamentais.

---

<sup>42</sup> Cf. SILVA, 1992.

<sup>43</sup> Cf. GUEDES. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2017.

Não se trata, pois, de um conceito estático e abstrato, mas de um processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história<sup>44</sup>.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”<sup>45</sup>. Alain Touraine, a seu turno, acrescenta que quanto maior o número de pessoas influenciando as decisões tomadas em nome e em prol da coletividade, mais democrático será o regime vigente<sup>46</sup>.

Ao tratar da temática, Norberto Bobbio enfatiza a questão da visibilidade (ou transparência) que o governo democrático impõe. Para ele, a democracia é o regime do poder visível, sendo o “governo do poder público em público”<sup>47</sup>. O nascimento da democracia veio acompanhado de um propósito muito claro: eliminar a invisibilidade dos governos, transformando o caráter público da atuação estatal em regra, e o segredo em exceção<sup>48</sup>.

Luigi Ferrajoli desenvolve interessante tese a respeito de como os direitos fundamentais exprimem o caráter substancial da democracia. Segundo o autor italiano, os direitos fundamentais representam a esfera do indecível pela maioria. Se é possível afirmar que nas democracias constitucionais não se admite a disponibilidade de certos direitos, como a alienação da vida ou da liberdade de alguém, desse raciocínio pode-se inferir que os direitos fundamentais são, a bem da verdade, o limite do poder da vontade da maioria<sup>49</sup>.

Daí o caráter substancial da democracia, pois diz respeito ao conteúdo (substância) das decisões tidas como válidas dentro do jogo político. Assim, a democracia, como foi dito acima, se afigura muito mais como um processo de afirmação dos direitos fundamentais guiado pelo princípio da soberania popular, do que um mero regime político no qual prevalece a vontade da maioria.

Ainda sobre a relação entre democracia e direitos fundamentais, não se pode deixar de mencionar que ambos se apresentam como elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito e representam a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, razão pela qual constituem, talvez, as duas maiores conquistas contemporâneas da moralidade política<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> Cf. SILVA, 1992.

<sup>45</sup> SILVA, 1992, p. 115.

<sup>46</sup> Cf. TOURAINE, 1996.

<sup>47</sup> BOBBIO, 2000, p. 84.

<sup>48</sup> Cf. BOBBIO, 2000.

<sup>49</sup> Cf. FERRAJOLI, 2011.

<sup>50</sup> Cf. BINENBOJM, 2008.



Partindo-se das premissas de que a dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, é a origem e o fundamento dos direitos fundamentais, e que a democracia, por sua vez, é um projeto moral de autogoverno coletivo, que presume os cidadãos não apenas como destinatários das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas, mas também como autores, pode-se chegar a conclusão de que há uma interdependência ou reciprocidade entre ambos conceitos. Da conjugação desses dois elementos (democracia e direitos fundamentais) surge o Estado Democrático de Direito, o qual pode ser compreendido como “conjunto de instituições jurídico políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana”<sup>51</sup>.

Desse modo, só se pode conceber que uma democracia está verdadeiramente fundada no princípio da soberania popular se os cidadãos forem tratados como agentes morais autônomos, com igual respeito e consideração. Os direitos fundamentais, antes que uma limitação à democracia, funcionam como uma exigência democrática para que se alcance o verdadeiro sentido de cidadania.

A síntese de Gustavo Binbenbojm é por demais esclarecedora:

O ideal democrático de autogoverno (governo pelo povo) é satisfeito quando o princípio da maioria é respeitado; nada obstante, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes morais independentes.<sup>52</sup>

Transportando-se a discussão para o caso brasileiro, é possível sentir a natureza democrática da Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos <sup>53</sup>, já que o legislador constitucional não poupou esforços para evidenciar que o poder da República brasileira advém do povo, que o exercerá de forma direta, ou indiretamente por meio de representantes<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> BINENBOJM, 2008, p. 50-51.

<sup>52</sup> BINENBOJM, 2008, p. 55.

<sup>53</sup> Para uma análise dos dispositivos constitucionais que evidenciam o caráter democrático do texto constitucional brasileiro, ver Cap. 2, item 2.4.2.

<sup>54</sup> José Afonso da Silva esclarece a distinção entre as democracias direta (participativa) e indireta (representativa). Segundo o renomado constitucionalista pátrio, “a democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos, etc. [...] Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.” Por outro lado, a democracia participativa se caracteriza “pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.” Para ilustrar alguns institutos que mesclam participação direta e indireta, José Afonso da Silva cita a iniciativa popular, o referendo popular, o plebiscito e a ação popular. SILVA, 1992, p. 124 e 129.

As implicações da adoção de um novo regime não se restringem ao âmbito constitucional. Todo o ordenamento jurídico é afetado e precisa ser analisado sob uma nova ótica. Os institutos jurídicos devem ser estudados, após 1988, sob a lógica constitucional, desacorrentando-se das suas origens autoritárias. Agora, o caráter democrático da Constituição deverá servir de parâmetro para uma verdadeira releitura a ser feita sobre os ramos da ciência jurídica.

Estas eram as considerações preliminares a serem realizadas para que se tornasse possível o exame do paradigma da Administração Pública democrática, que emergiria a partir das transformações jurídico-sociais provocadas pela Constituição Federal, deixando para trás um modelo de Administração com viés sobremaneira verticalizado e norteado pela noção de supremacia do interesse público sobre o privado, e passa a ter como escopo principal a promoção e efetivação dos direitos fundamentais insculpidos no texto magno.

## **CAPÍTULO 2 - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E PARADIGMA EMERGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

Convém observar, de antemão, que este trabalho adotará o termo “paradigma tradicional” para caracterizar a forma como a doutrina clássica tem compreendido o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Em suma, dentro da teoria clássica da supremacia do interesse público, no Brasil reproduzida há décadas sem maiores contestações, sustenta-se a prevalência do interesse coletivo sobre o do particular, até mesmo como condição de sobrevivência deste último.

### **2.1. Considerações iniciais**

A teoria que fundamenta o regime jurídico-administrativo sob o paradigma tradicional do princípio da supremacia do interesse público (teoria da supremacia), em que pese possuir forte amparo doutrinário, parece não mais se sustentar dentro da nova ordem constitucional, notadamente quando se leva a sério a centralidade da pessoa humana, a ponderação de interesses, a prevalência dos direitos fundamentais e o modelo de Administração Pública democrática.

Adiante-se, por oportuno, que a roupagem mais democrática da Administração Pública, alinhada com os direitos fundamentais e com a personalização do regime jurídico administrativo, será examinada posteriormente, sob o termo “paradigma emergente”. É com amparo neste modelo de Administração que se pretende fazer a discussão, em momento posterior, acerca da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, a fim de se verificar a compatibilidade desta prerrogativa estatal com o novel paradigma.

Voltando-se a discussão para o paradigma tradicional, cumpre dizer que dois princípios tradicionalmente estruturam a atuação administrativa: o da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o privado. Tratam-se de normas que orientam todo o Direito Público. São consideradas as “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, pois teriam sido por ele encampadas e, nesta condição, validadas como fonte-matriz do sistema<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Cf. MELLO, 2012.

É oportuno, portanto, analisar primeiramente a forma como estes dois princípios são tratados pela doutrina, com enfoque especial para o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em momento posterior, examinar-se-ão as críticas que têm sido dispensadas à preponderância abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, bem como os novos contornos que vêm sendo empregados para a expressão “interesse público”.

Em seguida, justamente sob a ótica de um novo modelo de interesse público, pretende-se analisar os fundamentos da Administração Pública democrática, bem como seus contornos conceituais, no intuito de estabelecer as bases para a relativização do atributo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, tema do próximo capítulo.

## **2.2. Supremacia do interesse público sobre o privado: análise do paradigma tradicional**

O princípio da indisponibilidade do interesse público ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como dito alhures, fundamentam o regime jurídico-administrativo, pelo que deles se extrai a maneira como a Administração Pública deve atuar.

A indisponibilidade do interesse público enfatiza o caráter de poder-dever da Administração. Isso porque não é dado a ela dispor dos interesses públicos cuja guarda lhe é conferida por lei. O que se pretende dizer é que o agente público não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei<sup>56</sup>.

É possível, também, afirmar que os interesses públicos, próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, já que são considerados inapropriáveis. Nem sequer o próprio órgão administrativo que os representa possui qualquer tipo de disponibilidade sobre eles. Em síntese, os bens e interesses não se encontram entregues à livre disposição e aos caprichos do administrador. Na realidade, este tem o dever de curá-los nos exatos termos das finalidades a que estão adstritos<sup>57</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho aponta que à Administração Pública cabe tão somente a gestão e a conservação dos bens e interesses públicos em favor da coletividade. A titularidade, pois, não é da Administração, e o princípio enfatiza essa situação. O Poder Público não pode dispor livremente dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Tem-se, a título exemplificativo, a exigência de que os bens públicos só podem ser alienados na forma da

---

<sup>56</sup> Cf. DI PIETRO, 2012.

<sup>57</sup> Cf. MELLO, 2012.

lei. Da mesma forma, como regra, os contratos administrativos reclamam a realização de procedimento licitatório para definir a proposta mais vantajosa ao ente público<sup>58</sup>.

Nota-se que o cerne do princípio em análise é a impossibilidade de o Poder Público dispor de bens e interesses públicos diante do fato de que não é ela a sua titular. Odete Medauar traz um conceito negativo, afirmando que segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo”<sup>59</sup>.

Além da indisponibilidade do interesse público, o outro sustentáculo do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público sobre o particular, cuja análise merece maiores detalhes, tendo em vista os fins deste trabalho. Por isso, é conveniente que se faça um breve resgate histórico para compreensão do contexto em que se deu a gênese da teoria da supremacia.

Com o advento do Estado Social<sup>60</sup>, a máquina pública passou a ser vista como principal instrumento para a consecução da igualdade material entre os membros da sociedade. Este período é marcado por uma forte ingerência estatal na economia, além da notável ampliação do rol de serviços que deveriam ser desempenhados pelo Estado, justamente para atenuar as desigualdades decorrentes do modelo liberal-abstencionista.

Importa sublinhar que esse período de transição é considerado verdadeiro “terreno fértil para a teoria da supremacia”<sup>61</sup>, na forma como está posto pelo paradigma tradicional. Isso se dá em virtude da consolidação do Estado como curador máximo e absoluto dos interesses da coletividade, com exponencial ampliação de suas finalidades prestacionistas. Por conseguinte, a teoria da supremacia se encaixa com perfeição nesse novo contexto, já que avaliza uma atuação estatal verticalizada e até mesmo autoritária, sem questioná-la, uma vez que se encontra sob o véu da satisfação do interesse público.

Cristóvam adverte que:

---

<sup>58</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>59</sup> MEDAUAR, 2007, p. 128.

<sup>60</sup> Trata-se de um modelo de Estado inspirado pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimer), que está “atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo porém indissolavelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.” BONAVIDES, 2001, p. 334.

<sup>61</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 126.

[...] esta vinculação da teoria da supremacia à construção e consolidação do Estado social de direito induz parte da doutrina a uma postura de defesa apaixonada da teoria da supremacia, pensando que assim defende um modelo social e democrático de Estado.<sup>62</sup>

Todavia, continua o referido autor, a realidade fática destoa do mundo teórico. “A justificação dessas políticas prestacionistas sempre foi construída com base em uma sutil e instável composição de interesses entre as classes de comando (político e econômico) e as massas”. A teoria sob exame foi mais empregada pelo Estado a fim de justificar as “práticas injustificáveis”. Evita-se, assim, o controle jurídico ou político, na medida em que é conferida à atuação estatal uma aparente racionalidade, quando, em verdade, ela possui pouca ou nenhuma intenção de atingir o bem-estar coletivo<sup>63</sup>.

A teoria da supremacia do interesse público pode ser enquadrada, portanto, dentro da concepção de que, entre Estado e subordinados, haveria uma evidente disparidade. Um desequilíbrio absolutamente incontestável. A partir disso, resta justificado o entendimento de que há prevalência dos interesses públicos sobre os privados, porquanto o aludido regime de prerrogativas e sujeições se mostra, aparentemente, fundamental para que a Administração Pública atinja suas finalidades.

Nesta alçada, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta a imprescindibilidade em se reconhecer a existência de prerrogativas e privilégios que fixem a supremacia do interesse público sobre o particular, para assim assegurar a autoridade da Administração Pública, que é necessária à consecução de seus fins<sup>64</sup>.

Na mesma senda, José Cretella Júnior sustenta que as relações sociais não de ensejar, em determinados momentos, conflitos que envolvam o interesse público contra o interesse particular e que, nessas hipóteses, há de prevalecer o interesse público. O autor ensina que isto é consequência do primado do interesse público e que não sendo o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas o grupo social como um todo, não haveria como sustentar que, em determinadas situações específicas, interesses privados possam prevalecer<sup>65</sup>.

O posicionamento em estudo, como se percebe, é largamente aceito pelos publicistas brasileiros. A doutrina administrativista reconhece a teoria da supremacia inclusive como uma condição para que a Administração atinja seus fins.

---

<sup>62</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 127.

<sup>63</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 127.

<sup>64</sup> Cf. DI PIETRO, 2012.

<sup>65</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, 2008.

Não obstante, cotejando-se esta teoria com o texto constitucional, parece não ser mais possível sustentar sua vigência no direito brasileiro. Interesses individuais, sobretudo quando elevados à condição de direitos fundamentais, podem prevalecer, sim, em face de interesses coletivos.

A condição de superioridade abstrata e apriorística dos interesses públicos não se sustenta lógica, axiológica, nem tampouco conceitualmente, conforme será visto. É preciso, pois, desconstruir a ideia de que os interesses públicos não de prevalecer sobre os particulares, haja o que houver. Pensar assim, além de depreciar os direitos fundamentais, contraria frontalmente o princípio democrático adotado pela Constituição Federal de 1988.

Traçados os contornos do entendimento doutrinário tradicional acerca da teoria da supremacia do interesse público sobre o privado, cumpre analisar as críticas sobre ela dispensadas, para depois edificar um novo conceito do que realmente seja o interesse público.

### **2.3. Críticas ao paradigma tradicional: inconsistência da supremacia do interesse público sobre o privado.**

A teoria da supremacia do interesse público não se sustenta na ordem constitucional vigente. As contradições, sejam elas de ordem lógica ou normativo-conceitual, revelam a urgência na superação deste modelo para um modelo mais democrático, mais próximo do cidadão e, conseqüentemente, com maior grau de legitimidade.

O Poder Público nada mais é do que mero instrumento para efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, e isso não se pode perder de vista. Este é o seu escopo capital e sua fonte última de legitimação. A partir da análise do paradigma tradicional sob a ótica da doutrina pátria, já é possível notar que, enquanto dogma, a teoria da supremacia ressoa muito mais retórica do que normativa, com sentido jurídico rarefeito<sup>66</sup>. Seu compromisso não é com a promoção dos direitos fundamentais, mas com a afirmação autoritária do ente estatal sobre os particulares.

Impõe-se, neste momento, apresentar algumas críticas com relação à teoria da supremacia. Para tanto, serão deduzidas objeções de ordem normativo-conceituais e lógicas, além da demonstração de sua equivocada aplicação em determinadas hipóteses.

---

<sup>66</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

### 2.3.1. Objeções normativo-conceituais

O interesse público, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é a “dimensão pública dos interesses individuais”<sup>67</sup>. Em outras palavras, trata-se do interesse de cada indivíduo enquanto integrante do corpo social. Depreende-se que o renomado publicista adota uma concepção orgânica para a dicotomia público/privado, à medida que rejeita a dissociação total entre ambos os interesses, realçando a existência de uma relação íntima e indissolúvel entre eles.

Portanto, conceitualmente se trabalha com uma concepção unitária de interesse público, ao se afirmar que o interesse coletivo é a dimensão pública dos interesses individuais. Um estaria, supostamente, imbricado no outro.

Ocorre que, ao se adotar este conceito, a norma que atesta a prevalência do interesse público sobre o privado perde todo seu sentido, à medida que um não passa de uma dimensão do outro<sup>68</sup>. Dizer que há supremacia de um tipo de interesse sobre outro pressupõe o fato de que ambos sejam autonomamente distintos. Do contrário, incorre-se numa evidente contradição, porque se está a dizer, concomitantemente, que “a” é uma dimensão de “b”, mas prevalece sobre ele. Não há, pois, coerência no raciocínio.

Em adição, a norma de prevalência deixa de esclarecer a questão mais importante da dicotomia público/privado: qual seria a medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?<sup>69</sup>

Não bastassem essas considerações, vale lembrar que as teorias contemporâneas dos princípios<sup>70</sup> não admitem a existência de um princípio absoluto (capaz de prevalecer sobre todos os demais, aprioristicamente) que prescindia da análise circunstancial de parâmetros fáticos e jurídicos.<sup>71</sup>

Diz-se isso porque, levando-se em consideração que os princípios veiculam obrigações *prima facie*, sendo que sua aplicação dependerá sempre da análise das condições fáticas e jurídicas correspondentes, a partir de uma relação de precedência condicionada àquelas

---

<sup>67</sup> MELLO, 2012, p. 60.

<sup>68</sup> Cf. BINENBOJM, 2008.

<sup>69</sup> Binenbojm mostra que, a partir daí, Bandeira de Mello foca na vinculação entre determinadas prerrogativas da Administração Pública e o princípio da supremacia do interesse público, porquanto aquelas estariam aprioristicamente justificadas como verdadeira decorrência lógica deste. Logo, seria possível extrair que o enfoque da discussão travada não é exatamente o princípio da supremacia, mas dos seus efeitos que irradiam para a atuação administrativa.

<sup>70</sup> Para mais detalhes, ver Capítulo 1, item 1.4.

<sup>71</sup> Cf. ÁVILA, 1998.



referidas questões fáticas e jurídicas (ponderação in concreto)<sup>72</sup>, não há como conceber subsistência conceitual para a ideia de supremacia do interesse público enquanto princípio jurídico-constitucional.

Humberto Ávila explica que “sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida ‘prevalência’, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas”, o que conduz à conclusão de que “sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular”<sup>73</sup>.

Nesta senda, segundo enunciado pelo paradigma tradicional, a teoria da supremacia acaba por funcionar como verdadeira regra abstrata de prevalência para os casos de colisão, a pender sempre para o lado do interesse público, quando confrontado com interesses particulares. Essa espécie de imunidade à ponderação torna a supremacia do interesse público inconciliável com a teoria jurídica contemporânea, que leva em consideração não o peso abstrato dos princípios, mas suas condições de prevalência, a depender das circunstâncias do caso concreto, o que Ávila chama de “relação concreta de prevalência relativa”<sup>74</sup>. Destarte, é conceitualmente descabida a utilização da teoria da supremacia como se um princípio fosse.

Para além dessa inconsistência conceitual, é oportuno registrar que, sob a ótica da normatividade, também não há como admitir compatibilidade entre a noção de um princípio implícito da supremacia do interesse público e a ordem constitucional vigente. É que o texto constitucional brasileiro consagrou a proteção da esfera individual do sujeito (liberdades individuais, intimidade, propriedade, segurança, isonomia, privacidade), sendo essa, nas palavras de Cristóvam, a “linha de concordância lógica e axiológica que permeia todo o texto constitucional”<sup>75</sup>.

Como exemplo de proteção às posições jurídicas dos indivíduos, cita-se o rol de direitos e garantias individuais (arts. 5º a 17º da CF/88), garantia de vários direitos contra a sanha fiscal do Estado (arts. 145º a 156º da CF/88) e que asseguram o liberalismo econômico e financeiro (art. 170º da CF/88)<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

<sup>73</sup> ÁVILA, 1998, p. 184.

<sup>74</sup> ÁVILA, 1998, p. 184.

<sup>75</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 158.

<sup>76</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

Destarte, não há que se falar em um princípio implícito que prescreva a prevalência apriorística do interesse público sobre o privado, tendo em vista que tal comando normativo contrariaria a matriz axiológica da Constituição.

### **2.3.2. Objeção lógica**

Ainda com o objetivo de suplantando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar as objeções de ordem lógica que se pode deduzir em face do paradigma tradicional da supremacia.

De início, ressalta-se a impropriedade enunciativa da teoria sob exame. Isso se dá em função da falta de utilidade em se defender a existência de um princípio que enuncie a supremacia do interesse público sobre o particular quando, abstratamente, todos os interesses estão direta ou indiretamente abarcados pela concepção totalizante de interesse público. Salta à vista uma clara incongruência enunciativa. Melhor seria abandonar o caráter relacional do princípio e simplesmente afirmar, em caráter absoluto, a supremacia do interesse público, seja o caso que for.

Assim, em termos consequenciais, a teoria da supremacia não deveria ser proclamada como supremacia do interesse público sobre o privado, pois não há natureza relacional nesta aparente dicotomia. O que há, para o bem da verdade, é uma relação estática e abstrata na qual um sempre irá prevalecer sobre o outro, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Além disso, é indispensável ressaltar a tautologia detectada por Binensbojm e trazida à baila por Cristóvam: ainda que se admita uma ponderação in concreto de interesses públicos e particulares, o princípio da supremacia conduziria, “como em um jogo de dados viciados”, à interpretação de que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. O que significa dizer que o que deve prevalecer (in abstracto) sempre prevalecerá (in concreto)<sup>77</sup>. E dizer isso é o mesmo que nada dizer.

### **2.3.3. Aplicação inoportuna: incidência de outros princípios para solucionar a equação jurídica**

---

<sup>77</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

De outra banda, percebe-se ainda outro equívoco corriqueiramente cometido por boa parte da doutrina: advoga-se pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, quando, na verdade, a questão reclama a aplicação de outros princípios do Direito Administrativo. Explica-se.

Quando uma autoridade administrativa, no exercício de poderes legalmente outorgados, se vale de seus interesses particulares para prejudicar um inimigo político, ou beneficiar um amigo íntimo, ela estaria sobrepondo interesses privados a interesses da coletividade, o que acabaria por invalidar o ato<sup>78</sup>. A tese aqui defendida é a de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seria a norma justificadora da anulação do ato.

Ocorre que esta não seria a solução adequada ao caso. Nesta hipótese, o motivo de invalidação seria as normas extraídas dos princípios da moralidade e da pessoalidade, que impedem, respectivamente, a atuação administrativa ímproba e a gestão da coisa pública como se sua fosse. Não é correto, portanto, apontar como hipótese de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de atos administrativos editados com objetivos egoísticos<sup>79</sup>.

A questão envolvendo a dicotomia público/privado, por óbvio, só tem sentido quando colocada diante de interesses legítimos de ambos os lados (Poder Público e indivíduo). Quando se defende a prevalência casuística de um interesse do cidadão, certamente não se está a falar de interesses egoísticos e mesquinhos, mas de direitos protegidos pelo ordenamento. E, a partir daí, cabe à Administração socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em litígio, no intuito de se encontrar a melhor decisão possível<sup>80</sup>. Como se verá em tópico posterior, a ponderação entre os interesses contrapostos parece ser a chave para democratizar o procedimento decisório e conferir maior grau de legitimidade ao agir administrativo.

Dito isso, é imperioso concluir que a reedificação do regime jurídico-administrativo claramente pressupõe a superação de diversos institutos e teorias enraizadas na cultura publicista brasileira. A compreensão de um modelo pautado nos direitos fundamentais, na ponderação de interesses e na personalização do Direito Administrativo, é de extrema

---

<sup>78</sup> Este é o pensamento, por exemplo, da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

<sup>79</sup> Cf. BINENBOJM, 2008.

<sup>80</sup> Cf. BINENBOJM, 2008.

importância para que se avance no sentido do paradigma emergente da Administração Pública democrática, na qual a teoria da supremacia não tem mais espaço.

Feitas estas considerações, tem-se que o modelo atual merece ser reconstruído sob uma nova roupagem, compatível com a Constituição Federal. Uma roupagem que se alinhe com a força normativa dos princípios, com a personalização do agir administrativo e com o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Passa-se, agora, ao exame de um novo conceito de interesse público.

#### **2.4. Novo conceito de interesse público**

A superação do paradigma tradicional impõe, necessariamente, a análise do paradigma emergente da Administração Pública. Este pautado pela lógica da personalização do regime jurídico-administrativo, pela democratização dos procedimentos, pela ponderação dos interesses contrapostos, pela força normativa dos princípios e pela vinculação aos direitos fundamentais.

Todavia, antes de perquirir acerca dos contornos conceituais do paradigma emergente da Administração Pública democrática, compete investigar sobre um novo conceito de interesse público, distante da tradicional concepção autoritária. Um conceito que se aproxime da imposição constitucional de respeito aos direitos fundamentais.

De antemão, pode-se dizer que a tarefa de conceituar interesse público é complexa. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, pois, em termos semânticos, a amplitude da expressão impõe o preenchimento de sentido por parte daquele que o empregar. A mera leitura da expressão não precisa o conteúdo que deve ser extraído. E, constatada a impossibilidade de precisão cirúrgica do seu conteúdo, ganha relevo a necessidade de se delimitar, com a maior precisão possível, o conceito de interesse público na ordem constitucional vigente, sob pena de que este conceito seja utilizado como ferramenta de dominação dos detentores do poder.

No Brasil, talvez a conceituação mais difundida no âmbito doutrinário seja a de Celso Antônio Bandeira de Mello. Leciona o renomado administrativista que o escopo precípua do direito público é a realização do interesse público. E, conforme já dito anteriormente, o autor compreende que o interesse público seria a dimensão pública dos interesses dos indivíduos, enquanto partícipes da sociedade civil<sup>81</sup>. Em suas palavras:

---

<sup>81</sup> Sobre a conceituação de Bandeira de Mello, ver item 2.3.

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.<sup>82</sup>

O conceito, como inclusive já foi demonstrado, é passível de críticas, uma vez que pressupõe, inicialmente, uma concepção unitária de interesse público (público como dimensão do privado), mas, em seguida, admite a supremacia de um sobre outro. Inobstante estas considerações, a obra do professor Celso Antônio fornece valioso ensinamento a respeito do interesse público: a separação entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários do Estado.

A partir do pensamento de Alessi<sup>83</sup>, Bandeira de Mello esclarece que os interesses públicos primários do Estado – ou interesses públicos propriamente ditos – são aqueles que se coadunam com seu conceito de interesse público, ou seja, correspondem à dimensão pública dos interesses dos indivíduos, enquanto partícipes da sociedade. Em contrapartida, os interesses públicos secundários seriam os interesses privados do Estado, em sua dimensão de pessoa jurídica. De forma similar ao que ocorre com os particulares, admite-se que o Estado, como pessoa jurídica que é, tenha interesses individuais, concebidos em suas meras particularidades. Estes não se confundem com os primeiros. Entretanto, sobreleva destacar que os interesses públicos secundários não podem, jamais, afastar-se dos interesses primários. Devem sempre coincidir com a realização destes<sup>84</sup>.

Nesse diapasão, Marçal Justen Filho também sublinha a separação entre o interesse público e os interesses do Estado. Para o autor, ambos não se confundem, sobretudo porque o interesse público vem antes do Estado. Este é apenas um instrumento de consecução daquele. Conclui, então, asseverando que “o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.<sup>85</sup>

Destaca-se também a impossibilidade de confusão entre interesse público e interesse do agente público. Quando do exercício da função pública, caso o agente se valha de interesses privados e egoísticos para produção de uma decisão, logicamente não se poderá abrigá-la sob o véu do interesse público, tão somente porque emanado de autoridade pública<sup>86</sup>. O conteúdo

---

<sup>82</sup> MELLO, 2012, p. 60.

<sup>83</sup> Cf. ALESSI. In: MELLO, 2012, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4.

<sup>84</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, 2011, p. 120.

<sup>86</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

do que se entende por interesse público deve sempre estar relacionado com os direitos fundamentais, sob pena de afronta à finalidade perseguida, qual seja, a efetivação dos postulados constitucionais.

Sobre essa temática, Iuri Mattos de Carvalho também defende que não podem ser confundidos com interesse público os interesses de titularidade do Estado, nem tampouco o interesse do agente público responsável pela confecção do ato administrativo.<sup>87</sup>

Dentro de um Estado Democrático de Direito, o conceito de interesse público só pode ser compreendido se repensado a partir do compromisso da Administração Pública em efetivar os direitos fundamentais. É preciso que a definição de interesse público reafirme a vinculação da atuação administrativa aos direitos fundamentais, favorecendo, dessa maneira, a constitucionalização do Direito Administrativo.

Nesse vértice, entendendo-se o conceito de interesse público como uma variável, a depender do momento e das circunstâncias históricas, adverte-se para sua necessária compreensão como resultado. Ou seja, o interesse público é o resultado de um método de determinação da medida administrativa que melhor atenda à realização dos interesses coletivos e dos direitos individuais, levando sempre em consideração as circunstâncias envolvidas no caso concreto.

Retira-se o caráter abstrato e apriorístico do interesse público, e a ele é dada uma espécie de dinamicidade, pois seu conteúdo passa a ser aferido casuisticamente, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto. A definição do que será interesse público passa a depender de uma análise circunstancial, cuja legitimidade não será extraída a partir da simplória invocação do interesse público, mas de sua fidelidade para com os valores indisponíveis da Constituição e dos direitos fundamentais. Não há, pois, interesse público antes da atividade ponderativa da Administração Pública, nem tampouco antes do direito.

---

<sup>87</sup> Para ele, deve-se aprimorar o conceito de interesse público, de modo a torná-lo mais apto para servir de base ao controle social dos atos administrativos, repensando, assim, a relação entre interesse público e direitos fundamentais. Fala-se, portanto, em uma reconstrução do conceito, e não em sua desconstrução. Assim, não seria adequado negar sua existência, mas conformá-lo com uma Administração Pública mais democrática, de tal sorte que não seja utilizado a fim de satisfazer interesses egoísticos e autoritários. Cf. CARVALHO, 2007, acesso em 23 de agosto de 2017.

Compartilham dessa visão Marçal Justen Filho<sup>88</sup>, Odete Medauar<sup>89</sup>, José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>90</sup> e Iuri de Matos Carvalho<sup>91</sup>.

Denota-se, diante da breve análise empreendida, que esse novo conceito de interesse público envolve, inexoravelmente, a aplicação de um método de ponderação de interesses, através do qual será realizada a análise in concreto de qual interesse prevalecerá, devendo sempre ter-se em mente o signo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. É justamente aí que reside o núcleo do conceito investigado.

Essa ideia traz consigo uma importante constatação: a busca pelo interesse público pressupõe uma atuação da máquina administrativa muito mais horizontalizada e atenta aos anseios da sociedade como um todo. Isso porque a ponderação de interesses não admite a sobreposição apriorística de um interesse sobre outro. Nem público, nem privado. Não mais se cogita uma supremacia, sem apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Por conta disso, a participação do cidadão na construção das decisões administrativas deve ser considerada com igual peso e relevância quando contraposta a outros interesses, sejam eles coletivos, difusos, públicos, etc.

Derradeiramente, cabe averiguar como se daria a aplicação deste método de ponderação de interesses, imprescindível para se “encontrar” o interesse público diante do caso concreto. Para tanto, valer-se-á do pensamento elaborado por Iuri de Matos Carvalho<sup>92</sup>, quando do exame feito pelo autor.

As medidas administrativas, em especial as oriundas de competências discricionárias, por muitas vezes põem em conflito interesses coletivos, tais como proteção do meio ambiente, segurança pública, desenvolvimento econômico, preservação do patrimônio histórico cultural,

---

<sup>88</sup> O festejado autor salienta que a única forma de compreensão de interesse público é como um resultado. Não existe interesse público antes do direito ou da atividade decisória da Administração Pública. Erige-se assim a ideia de que pode ser reputada como traduzindo o interesse público uma decisão administrativa que, mediante procedimento satisfatório de produção do direito e a partir do qual selecionam-se os interesses em conflito, culmina na identificação do que será interesse público em face das circunstâncias do caso concreto. Observa Justen Filho que a legitimação da decisão não se dará em virtude da invocação ao interesse público, mas porque compatível com os direitos fundamentais. Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

<sup>89</sup> Para ela, uma das linhas de transformação das matrizes clássicas do Direito Administrativo é a tendência de superação do entendimento de primazia do interesse público sobre o privado. O novo conceito de interesse público passa, então, pela “função atribuída à Administração de ponderação dos interesses em confronto”, como uma “necessidade de completa apreciação de todos os fatores e interesses, com vista à sua conciliação e sacrifício mínimo”. MEDAUAR, 2007. p. 183.

<sup>90</sup> Para Cristóvam, o conceito de interesse público se confunde com os valores indisponíveis que estão inculpidos no texto constitucional, que se fundam na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Cf. CRISTÓVAM, 2015.

<sup>91</sup> Cf. CARVALHO, 2007, acesso em 23 de agosto de 2017.

<sup>92</sup> Cf. CARVALHO, 2007, acesso em 23 de agosto de 2017.

com interesses privados, a exemplo do direito de propriedade, da inviolabilidade do domicílio, ou da liberdade de expressão.

Inicialmente, para saber se uma medida administrativa satisfará o interesse público, cumpre analisar se ela objetiva a satisfação de um direito fundamental (seja um interesse coletivo, seja um interesse individual). Sendo negativa a resposta, impõe-se o reconhecimento de que a medida é inválida, dado que elaborada com desvio de poder.

Entretanto, se confeccionada no intuito de realização de algum direito fundamental (mesmo que numa dimensão não tão próxima), cabe investigar se a medida respeita as máximas constitutivas da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Importante observar, desde já, que a ordem dos três fatores precisa ser respeitada. Isso porque, caso a medida não cumpra o requisito pretérito, torna-se desnecessária a análise de sua compatibilidade com o posterior. A título exemplificativo, caso determinada decisão administrativa não seja adequada, perde sentido analisar se ela é necessária, pois sequer se presta ao fins que se destina.

Por adequação, portanto, deve-se entender a capacidade que a medida possui de atingir os fins pretendidos. Isto é, convém averiguar se os meios empregados são capazes de alcançar os resultados desejados.

No que diz respeito à necessidade, os meios utilizados devem conferir o menor prejuízo possível aos seus destinatários. É preciso que não exista outra medida capaz de atingir os fins pretendidos de modo menos gravoso a direitos individuais ou interesses coletivos.

Estes dois critérios buscam evitar restrições desnecessárias de direitos fundamentais.

Então, se a medida administrativa busca efetivar algum direito fundamental e passa nos “testes” de adequação e necessidade, é preciso realizar a ponderação (ou proporcionalidade, em sentido estrito), com vistas a otimizar a restrição de direitos fundamentais. Citando José Maria Rodriguez de Santiago, Iuri Mattos de Carvalho explica que o método da ponderação é composto por três fases.

A primeira delas consiste na identificação dos direitos fundamentais em colisão, sejam eles interesses coletivos ou individuais. Trata-se do reconhecimento dos interesses postos em conflito perante a Administração Pública.

A segunda fase é aquela em que cabe ao intérprete atribuir a cada um dos interesses em colisão a importância que devam merecer diante das circunstâncias. “Nessa fase devem ser formulados argumentos jurídicos em favor de alguns interesses coletivos ou direitos



individuais, levando-se em consideração que a restrição a um direito fundamental somente se justifica pela importância do cumprimento de outro”<sup>93</sup>.

Por fim, na terceira fase, decidir-se-á sobre a prevalência de um direito fundamental sobre outro, consoante os argumentos jurídicos anteriormente formulados e as circunstâncias do caso concreto. Essa decisão final serve de parâmetro para analisar a validade da medida administrativa tomada pelo agente público.

A conclusão a que se chega é que a Administração Pública “não pode ser considerada livre para interpretar o que é ‘interesse público’ no caso concreto. Por isso, parâmetros para a análise das decisões administrativas precisam ser desenvolvidos”, uma vez que o seu comprometimento “com a realização do interesse público é o compromisso com um procedimento, um método para se alcançar a decisão administrativa que melhor realize os direitos fundamentais, levando-se em consideração o caso concreto”<sup>94</sup>.

É por meio deste método de ponderação que o interesse público deve ser encontrado. Daí a sua compreensão como resultado. Um resultado democraticamente útil, na medida em que retira do Poder Público o autoritarismo de dizer em qual medida está o interesse da coletividade, sem nenhum método racional capaz de justificar a decisão.

Por tais razões, tem-se que a teoria da supremacia do interesse público sobre o privado cai por terra quando confrontada com essa nova compreensão de interesse público. As prevalências abstratas não se sustentam no método ponderativo, o qual, diga-se de passagem, é muito mais alinhado com o princípio democrático cristalizado no texto constitucional e com os direitos fundamentais.

## **2.5. Paradigma emergente da Administração Pública democrática**

A necessidade de reconstrução do atual modelo de Administração Pública não é mais latente. A partir do estudo do paradigma tradicional (fundado na teoria da supremacia), percebe-se que o conceito clássico do que seria “interesse público” precisava ser reformulado para quedar-se alinhado com a Constituição Federal de 1988, responsável pelo deslocamento do eixo axiológico do Estado, para a pessoa humana.

Esta personalização do Direito fez com que muitos autores repensassem o Direito Administrativo, ainda marcado por institutos que engessam a efetividade da atuação estatal e

---

<sup>93</sup> CARVALHO, 2007, acesso em: 23 de agosto de 2017.

<sup>94</sup> CARVALHO, 2007, acesso em: 23 de agosto de 2017.

dificultam o acesso do cidadão ao processo de construção das decisões tomadas no seio da Administração Pública.

A importância da Administração Pública pode ser aferida, por exemplo, a partir do amplo tratamento a ela conferido pelas Constituições, incluindo-se a brasileira, sendo uma das principais preocupações atuais a sua modernização, para que ela tenha eficiência e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão, não apenas como mero súdito<sup>95</sup>.

Daí ser possível reparar, de antemão, que o paradigma emergente da Administração Pública democrática parece estar em consonância com o Estado Democrático de Direito, com a eficácia dos direitos fundamentais e, sobretudo, com o aumento da participação popular na tomada de decisões que afetam a vida dos cidadãos.

Compete, por ora, ainda que sem a menor pretensão de esgotar a matéria, estudar os contornos conceituais deste modelo de Administração, para então investigar-se a influência que exerce no atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, objetivo precípuo deste trabalho.

### **2.5.1. Aplicação direta e imediata da Constituição**

O paradigma emergente propõe uma perspectiva muito mais dinâmica, aberta, complexa e pluralista da atuação administrativa, a partir da promoção e defesa dos direitos fundamentais e do fiel cumprimento ao texto constitucional<sup>96</sup>.

A constitucionalização do Direito criou uma atmosfera favorável para a construção de um novo regime jurídico-administrativo, bem como de outra forma de se compreender a atuação administrativa. Essa nova ordem constitucional revelou um fenômeno universal: “a crise da lei e da noção de legalidade como instrumentos reitores das comunidades políticas nos Estados democráticos contemporâneos”<sup>97</sup>, fazendo com que a ideia de vinculação direta e imediata à Constituição ganhasse muito mais força.

Aludida crise pode ser compreendida quando se observa o déficit de legitimidade que acompanha os órgãos parlamentares, o que revela um desgaste do modelo de democracia representativa. Sob outra perspectiva, pode-se compreender a crise da legalidade a partir do notável desprestígio e desencanto da lei como fonte reguladora das condutas exigíveis das

---

<sup>95</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>96</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

<sup>97</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 248.

pessoas e do Estado. Outrossim, a hiperinflação legislativa que se constata atualmente não favorece o apego à lei<sup>98</sup>.

Por estes motivos, perde espaço a concepção de que a Administração Pública deve estar estritamente vinculada à lei, como se o princípio da legalidade fosse reitor solitário da atuação administrativa.

O paradigma emergente reflete uma gestão vinculada ao ordenamento como um todo, “a partir da noção de parametrização vinculativa à juridicidade administrativa, à unidade normativa das regras e princípios extraídos da Constituição e das demais disposições normativas infraconstitucionais, desde que compatíveis com aquela”<sup>99</sup>.

Interessante observar que, sob esta lógica, a ordem normativa constitucional passa a ser aplicável, inclusive, independentemente de mediação legislativa, em especial para os casos de concretização dos direitos fundamentais, verdadeiro fundamento de validade constitucional do agir administrativo.

Não bastasse a possibilidade de a Administração Pública aplicar as normas constitucionais de forma imediata, Binenbojm advoga também pela atuação administrativa contra legem. Explica-se: eventualmente, a atividade da Administração pode ser legitimada, em que pese a existência de dispositivo legal apontando para sentido oposto, desde que o faça com fundamento em uma otimizada aplicação da Constituição.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Cf. CRISTÓVAM, 2015.

<sup>99</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 262.

<sup>100</sup> O referido autor pontua algumas razões para defender a atuação contra legem. Primeiramente, deve-se ter em mente a vinculação direta e imediata da Administração Pública à Constituição, com o mais amplo dever de zelar pela sua supremacia. Ademais, eventual decisão administrativa que negue aplicação de uma lei inconstitucional revela-se como obediente à supremacia do texto constitucional ao restante do ordenamento. Em terceiro, ainda que os chefes dos Executivos federal e estaduais possuam legitimidade constitucional para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nada os impede de negar aplicação à determinada lei inconstitucional, eis que impossível concluir pela existência de monopólio do STF para interpretação e aplicação da Constituição. Por ser altamente controvertida a matéria, Cristóvam propõe que a Administração tem o dever de negar aplicação a determinada lei que julgue ser inconstitucional. Não obstante, a negativa precisa ser devidamente fundamentada. Eis alguns procedimentos essenciais de legitimação: 1. Estar a decisão devidamente fundamentada pela autoridade competente, com base em parecer técnico-jurídico do respectivo órgão jurídico consultivo-normativo. 2. Deve ter a devida publicidade e ser aplicada em caráter geral, respeitando-se a isonomia no tratamento. 3. Submissão da controvérsia ao Poder Judiciário, pelo Chefe do Executivo, uma vez que apenas assim a questão ganhará contornos de definitividade e segurança jurídica. Em arremate, Cristóvam lembra que não se pode deixar de mencionar que a discussão sobre a atuação administrativa contra legem produz as maiores controvérsias quando gira em torno da possibilidade de decisões administrativas que afastem previsões legais específicas para assegurar a prevalência de outros princípios constitucionais. Sobre essa problemática questão, Binenbojm defende a possibilidade de ponderações administrativas contra legem, a partir da “configuração de uma equação de ponderação entre princípios constitucionais: de um lado, há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro lado, a afronta ao princípio da segurança jurídica”. Sustenta-se, pois, que “eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação otimizada da Constituição”. BINENBOJM. In: CRISTÓVAM, 2015, p. 256.

O que se pode concluir é que uma análise holística da atuação administrativa impõe o reconhecimento de que o Poder Público possui o dever de negar aplicação às normas manifestamente contrárias à Constituição, notadamente quando acabarem por restringir direitos fundamentais. E isso se fundamenta com a aplicação direta e imediata das regras e princípios extraídos do texto constitucional.

Isso expõe a toda evidência a completa submissão do modelo da Administração Pública democrática às normas constitucionais. A atividade administrativa não mais se vê vinculada tão somente ao princípio da legalidade. Este ainda gravita em torno dos princípios que regem o agir administrativo, mas não se pode mais falar em exclusividade, porquanto a vinculação direta e imediata à Carta Política pode, em casos pontuais, fazer com que o gestor público negue aplicação à determinada lei, ou, até mesmo, atue contra legem.

Para além dessas questões, sobreleva destacar a importância de outro vetor do paradigma emergente: a participação.

### **2.5.2. Participação**

Nessa esteira, Odete Medauar vê a participação dos cidadãos, das organizações sociais e dos interesses coletivos no seio da Administração Pública como uma das tendências contemporâneas. Valendo-se da doutrina italiana, a administrativista associa a participação como um dos meios para superar o modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais. Trata-se de uma nova estrutura de atuação capaz de criar verdadeira ponte entre os “consumidores do governo” – que muitas vezes acabam preteridos – e o universo administrativo, ainda muito fechado aos cidadãos. A consequência é simples: o rompimento da radical dualidade entre Administração e administrado e o decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade.<sup>101</sup>

Em adição, é importante resaltar que a participação administrativa está amplamente ligada à identificação dos interesses da sociedade civil; ao decréscimo da atuação discricionária; ao estímulo às práticas consensuais nas relações contratuais; à negociação; à diminuição da unilateralidade na formação dos atos administrativos e; à composição de interesses.<sup>102</sup>

A título exemplificativo, traz-se à baila instrumentos participativos consignados no texto constitucional brasileiro, que denunciam o incentivo destas práticas pela Constituição. É dizer,

---

<sup>101</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>102</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

o legislador constitucional confere especial tratamento à participação social no âmbito da Administração Pública, conforme pode ser visto nos seguintes dispositivos: o art. 102º assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; o art. 194º, VII, prevê como um dos objetivos da organização da Seguridade Social o caráter democrático e descentralizado da administração, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados; o art. 198º, III, dispõe que uma das diretrizes do sistema único de saúde é a participação da comunidade.

Além disso, o §3º do art. 33º prescreve que, anualmente, durante sessenta dias, as contas dos Municípios ficarão à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação. Essa disposição constitucional constitui uma genuína forma de controle popular da gestão pública, acentuando o caráter participativo da Carta Magna.

Nessa ordem de ideias, a participação da sociedade nos processos de tomada de decisão da Administração Pública se revela como um forte instrumento de legitimação da atuação estatal. Quanto maior for a aproximação entre administrador e administrado, menor o grau de autoritarismo do Poder Público.

Não se pode deixar de mencionar que o modelo de Administração Pública democrática não pressupõe o fim da máquina administrativa, obrigando, por exemplo, a que todas as decisões, independentemente da natureza que tiverem, passem pelo crivo da população. A vinculação de toda atividade administrativa à participação dos particulares se mostra inviável. Cabe, assim, à Administração Pública determinar preceitos básicos para o acréscimo da participação e buscar meios de conciliação de presteza com participação, objetivando, sempre, bons resultados em termos de atendimento de reivindicações e celeridade na prestação do serviço.<sup>103</sup>

Em artigo sobre a Administração Pública democrática e participação administrativa, Gustavo Justino de Oliveira ressalta a importância da construção de um modelo de administração fiel à efetivação dos direitos fundamentais no Estado contemporâneo.<sup>104</sup>

O referido autor aduz que a participação administrativa consiste numa das “linhas de evolução da Administração Pública”<sup>105</sup>. Para ele, pode-se conceituá-la como a intervenção

---

<sup>103</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, [s/d], acesso em 24 de agosto de 2017.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, [s/d], p. 6808, acesso em 24 de agosto de 2017.

individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas.

Dentro deste contexto de uma Administração Pública democrática, depreende-se que da participação popular junto aos órgãos administrativos decorrem uma série de efeitos positivos, como por exemplo: a) maior transparência no que diz respeito à condução dos assuntos que envolvem a coletividade; b) mais informação e conhecimento aos cidadãos acerca das diretrizes da Administração Pública; c) criação de espaços de negociação, nos quais as decisões administrativas são tomadas e que fomentam não somente a ponderação ou harmonização dos interesses envolvidos, mas também a reciprocidade de concessões<sup>106</sup>.

Com efeito, tem-se que o modelo de Administração Pública democrática fomenta, primeiramente, a aproximação do poder com a sociedade (destinatária da atuação estatal), em detrimento da separação antes existente. Em segundo lugar, ajuda a eliminar os riscos existentes no governo de burocratas, possibilitando mais identidade entre governantes e governados. Por fim, a ideologia participativa, ao substituir a tradicional Administração autoritária, fundada na supremacia do interesse público sobre o privado, favorece a edificação de uma gestão mais democrática, em contato direto com o cidadão.

E é de bom tom que se diga: a estruturação e consolidação de uma Administração Pública democrática, cuja tônica seja a participação efetiva da sociedade civil, mediante canais de comunicação, representa um inestimável reforço para que o Estado possa se desincumbir daquela que é a sua maior tarefa no mundo contemporâneo: efetivar em larga medida os direitos e garantias fundamentais.

### **2.5.3. Apontamentos finais**

---

<sup>106</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; BRASIL, 1988, acesso em 10 de setembro de 2017.

A nova ordem constitucional, fundada na pessoa humana, na força normativa da Constituição, nos direitos fundamentais e na ponderação proporcional, suplantou o paradigma tradicional da supremacia do interesse público sobre o particular, porque, como visto, não há que se cogitar uma prevalência abstrata dos interesses ditos públicos sobre os particulares, ao menos não dentro de um Estado que seja efetivamente democrático.

Nesse sentido, ganha relevo a teoria que assimila o interesse público como resultado de um procedimento de produção do Direito, em que serão ponderados, mediante exame das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, os interesses em eventual conflito. Assim, a Administração Pública não apenas garante uma decisão mais justa, como também otimiza seu objetivo principal: promover os direitos fundamentais.

É nesse contexto de renovações e reconstruções que se insere o paradigma emergente da Administração Pública democrática, cujo sustentáculo é justamente o respeito à Constituição, além da participação popular nos processos de tomada de decisão. Traz-se o cidadão para colaborar com as atividades administrativas através de canais de comunicação, o que, inegavelmente, legitima sobremaneira toda atuação estatal.

Em suma, essas eram as premissas a serem tratadas para que fosse possível compreender a relativização do atributo de presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, e o contexto no qual está inserida a abordagem que será realizada no próximo capítulo.

## **CAPITULO 3 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA**

A redemocratização do país veio de mãos dadas com a Constituição de 1988. O novo texto constitucional provocou grandes transformações não apenas nas esferas política e social, mas também no âmbito jurídico. E essas alterações substanciais trazidas pela nova ordem constitucional, como não poderia deixar de ser, também modificaram as relações entre Estado e particulares.

Tal fato motivou uma espécie de releitura compulsória dos conceitos e institutos ligados ao Direito Público, que em sua grande maioria possuem viés verticalizado e até mesmo autoritário em função do contexto histórico em que foram criados e inseridos. É necessário, portanto, que sejam alinhados com os valores trazidos pelo texto constitucional, que fixou a dignidade da pessoa humana no eixo central da ordem jurídica.

### **3.1. Considerações preliminares**

Historicamente, a separação entre os poderes fez com que o Executivo, cuja função primordial é administrar e gerir a coisa pública, criasse uma série de mecanismos aptos a confirmar a autoridade do Estado e garantir sua autonomia frente aos demais poderes (Legislativo e Judiciário), o que acabou por criar um abismo entre Administração Pública e cidadãos. Como adverte Vasco Pereira da Silva, “criado mais com o objetivo de assegurar a primazia da Administração do que preocupado com a proteção dos particulares, o Direito Administrativo só paulatinamente é que vai se libertando dos traumas provocados por essa infância difícil”<sup>107</sup>.

Essa conotação autoritária de Administração Pública precisa ser revista com urgência, sobretudo no Brasil, onde se nota grande resistência às mudanças face o elevado grau de patrimonialismo e pessoalidade na política do país<sup>108</sup>, na contramão dos princípios encartados no caput do art. 37º da Constituição Federal.

Pois bem. Nesse cenário, a afirmação do constitucionalismo no Direito Administrativo se mostra como o pano de fundo ideal para o estudo que se propõe: analisar os contornos do

---

<sup>107</sup> SILVA, 1997, p. 37.

<sup>108</sup> Cf. GUEDES. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2017.



atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, sobretudo nos processos administrativos restritivos de direitos, e sua compatibilidade com alguns princípios jurídicos e com o novo modelo de Administração Pública democrática, calcada na horizontalidade entre cidadãos e Poder Público.

Vale adiantar que a referida presunção não possui previsão normativa. Sua “vigência” no Direito pátrio se dá graças à doutrina e à jurisprudência, que a adotaram quase que sem questionamentos, como um verdadeiro dogma do regime jurídico-administrativo. E, por mais que não seja tarefa fácil se livrar de hábitos antigos, este capítulo pretende demonstrar a incompatibilidade da aplicação irrestrita da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos com a Constituição de 1988, já que ainda é considerada como o “fantasma que apavora quem litiga com a Administração”<sup>109</sup>.

### **3.2. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos**

A presunção de legitimidade e veracidade é um dos atributos dos atos administrativos, ao lado da imperatividade e da auto-executoriedade<sup>110</sup>. Trata-se de uma presunção relativa (juris tantum) que pressupõe dois aspectos: 1) a atuação do agente público se deu em conformidade com o direito (legitimidade), e 2) os pressupostos fáticos que fundamentaram a edição do ato são tidos como verdadeiros, até que se demonstre o contrário.

O reconhecimento dessa presunção é amplamente aceito pela doutrina brasileira, como se pode extrair das obras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>111</sup>, Marçal Justen Filho<sup>112</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>113</sup>, Odete Medauar<sup>114</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>115</sup>.

Há de se notar, desde já, que legitimidade e veracidade não correspondem a expressões com conteúdos idênticos, já que o ato pode ser legítimo, mas seus pressupostos fáticos serem falsos, assim como podem ser verdadeiros os fatos que levaram à confecção do ato, mas ele estar em desconformidade com as normas legais.

Nessa linha de raciocínio, Di Pietro explica a possibilidade de se desdobrar em duas a expressão presunção de legitimidade e veracidade, por abrangerem situações diferentes. A

---

<sup>109</sup> DALLARI; FERRAZ, 2001, p. 135.

<sup>110</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

<sup>111</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>112</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

<sup>113</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>114</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>115</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

presunção de legitimidade é concernente à conformidade do ato com a norma legal. Presume-se que ele foi editado com observância da lei. Já a presunção de veracidade trata dos fatos alegados pela Administração, que se presumem verdadeiros<sup>116</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, aponta a ambivalência do instituto (presunção de conformidade com o Direito e verdade dos fatos), mas o faz sob um único nomen iuris, a saber, presunção de legitimidade.<sup>117</sup>

Demian Guedes<sup>118</sup> e Alexandre Santos do Aragão<sup>119</sup> explicam que o atributo em estudo é analisado sob dois enfoques: o da presunção de que o ato administrativo foi criado com observância às normas de regência e o de que seus pressupostos fáticos são presumidamente verdadeiros.

Portanto, note-se que quanto ao expoente da veracidade, a referência diz respeito à verossimilhança dos fatos alegados pela Administração, ao passo que na vertente de legitimidade, está-se diante da questão da legalidade do ato administrativo, ou seja, sua conformidade com o direito aplicável<sup>120</sup>.

Dito isso, importa destacar que, tanto a presunção de legitimidade e veracidade como os demais atributos dos atos administrativos, estão a serviço da Administração Pública sob o pretexto de conferir maior celeridade e eficiência às suas atividades, pois permitem a aplicação imediata dos atos expedidos, independentemente da vontade dos particulares e de autorização judicial.

Em outras palavras, pelos atributos dos seus atos, é dado à Administração fazer valer suas deliberações em face do particular, mesmo que contra sua vontade (imperatividade), e sem que seja exigido o “aval” do Poder Judiciário (auto-executoriedade), já que todas as decisões tomadas são tidas como presumidamente afinadas com o ordenamento jurídico e com a realidade fática<sup>121</sup>.

### **3.2.1. Fundamentos da presunção de legitimidade e veracidade**

---

<sup>116</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

<sup>117</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>118</sup> Cf. GUEDES, 2017.

<sup>119</sup> Cf. ARAGÃO, 2012.

<sup>120</sup> Cf. MOURA, 2014.

<sup>121</sup> CARNEIRO NETO, 2015, acesso em: 05 de Setembro de 2017

Como dito, o conceito é doutrinário. Não há, todavia, consenso quanto ao fundamento que o embasa. Para parcela da doutrina, a presunção de legitimidade e veracidade encontra fundamento no princípio da legalidade.

Há de se reconhecer que o argumento é coerente. Se a Administração Pública é orientada pelo princípio da legalidade, cuja essência consiste na ideia de que o exercício da função administrativa deve seguir estritamente os termos da lei – ou seja, só é dado à Administração agir conforme autorização legal expressa –, faz sentido imaginar que o agente público, quando da edição de um ato administrativo, o faz em conformidade com os dispositivos legais pertinentes.

Cite-se, por todos, Hely Lopes Meirelles, para quem a presunção decorre do aludido princípio que, num Estado de Direito, orienta toda a atuação governamental. Para o autor, presumir como legítima a edição dos atos administrativos não apenas é uma decorrência lógica do princípio da legalidade, como também “responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público”, que não poderiam esperar pela solução dada às impugnações dos particulares no que se refere à legitimidade dos seus atos, para só após lhes dar execução.<sup>122</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho, a presunção de legitimidade encontra amparo na circunstância de que se cuida de atos emanados de autoridades públicas, as quais possuem parcela de poder justamente para alcançarem o objetivo estatal, que é o interesse público<sup>123</sup>. Nota-se que o critério utilizado pelo autor é subjetivo, pois leva em consideração o sujeito responsável pela produção do ato.

De outra banda, há quem sustente que o fundamento da presunção de legitimidade e veracidade está na noção de poder estatal. Ou seja, como há obrigações impostas ao Estado e fins que ele deve perseguir, a existência de determinadas prerrogativas, tal como a aludida presunção, servem como instrumentos fundamentais para consecução de seus objetivos, o que não seria possível caso sua situação jurídica fosse idêntica à dos particulares.

É como pensa Marçal Justen Filho, para quem a presunção de legitimidade do ato administrativo evita que a Administração Pública tenha de recorrer ao Judiciário para obter provimento jurisdicional confirmando a legitimidade de suas decisões e sua imperatividade perante terceiros.<sup>124</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, afirma que a presunção de legitimidade e veracidade, assim como todas as prerrogativas dos órgãos estatais, é inerente à

---

<sup>122</sup> MEIRELLES, 2001, p. 150.

<sup>123</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>124</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

ideia de “poder”, elementar ao conceito de Estado e sem o qual não assumiria prevalência sobre os indivíduos. Para ela, é este atributo que diferencia o ato administrativo do ato de direito privado praticado pela administração<sup>125</sup>.

Ainda nesse trilho é o escólio de Emerson Affonso da Costa Moura, que em percuciente artigo sobre a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, defende que seu principal fundamento pode ser delimitado no poder político-jurídico do Estado, que na busca de suas finalidades concede um regime jurídico distinto com prerrogativas que possuem o condão de conformá-lo com o fim a que se destina<sup>126</sup>. Assim também pensa Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>127</sup>.

Como se viu, presumir legítimas e verdadeiras as declarações do Estado significa reconhecer o poder estatal frente aos particulares, uma vez que as prerrogativas conferidas à Administração Pública não foram dadas a ela por outro motivo, senão para alcançar seu fim precípuo, que seria a busca pelo interesse público.

Com efeito, quando realizada a atividade intelectual de presunção, não se pode perder de vista que ela serve à efetivação do interesse público, devendo este ser compreendido como resultado da ponderação entre os interesses públicos e particulares<sup>128</sup>. É dizer: dentro de um modelo de Administração Pública democrática, o interesse público não alberga mais a ideia de prevalência abstrata do público sobre o privado.

Para o bem da verdade, o modelo proposto pelo paradigma emergente impõe a aplicação otimizada do conceito de interesse público, que será encontrado casuisticamente, por intermédio do método ponderativo. Isso implica dizer que os interesses defendidos pelo Estado em muitas vezes poderão ceder ao interesse particular contraposto, a depender do caso concreto.

Por conseguinte, na conjuntura que se propõe, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos tem o seu conteúdo redimensionado e seu campo de atuação delimitado, uma vez que não poderá mais servir para submeter os indivíduos a situações de elevada vulnerabilidade e impotência, o que é comum na praxe administrativa.

É inconcebível que o Poder Público se valha de prerrogativas para impor suas deliberações sem expor, de forma transparente, as normas que fundamentam sua atuação, bem como os fatos que a motivaram, porquanto a Administração Pública deve sempre ser balizada

---

<sup>125</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

<sup>126</sup> Cf. MOURA, 2014.

<sup>127</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>128</sup> Ver capítulo 2, item 2.3.

pela promoção dos direitos fundamentais. Assim, a presunção em estudo precisa ser relativizada e encontra limitação nos direitos fundamentais e no novo conceito de interesse público.

Feitas essas considerações, cumpre agora analisar as consequências práticas da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, sendo a mais importante (e controvertida) delas, sem sombra de dúvidas, a inversão do ônus probatório no tocante aos pressupostos fáticos narrados pela Administração.

### **3.2.2. Consequências da presunção de legitimidade e veracidade**

#### **3.2.2.1. Auto-executoriedade**

Alguns autores defendem que um dos efeitos da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos é a sua auto-executoriedade. Este é também considerado um atributo dos atos administrativos e exprime a ideia de que o ato, tão logo seja elaborado, pode ser imediatamente executado.

Permite-se, com isso, que a Administração Pública possa atuar com rapidez e eficiência, sem que seja necessário submeter suas decisões ao crivo do Poder Judiciário para produzir efeitos práticos. Este posicionamento é defendido, por exemplo, por José dos Santos Carvalho Filho<sup>129</sup>. Não é diferente, também, a posição de Durval Carneiro Neto<sup>130</sup>.

Hely Lopes Meirelles, a seu turno, leciona que a presunção de legitimidade autoriza a imediata execução do ato, enquanto não sobrevier decisão de sua nulidade. O autor adverte, no entanto, para a existência de mecanismos capazes de sustação dos efeitos dos atos administrativos, a exemplo das medidas liminares concedidas judicialmente<sup>131</sup>.

A lógica é simples. Se os atos emanados da Administração Pública são presumidamente conformes ao Direito e verdadeiros, não há porque não permitir sua imediata operatividade, sem que seja necessária qualquer tipo de convalidação externa. Respalda-se o emprego da força por parte da Administração Pública, caso suas decisões sejam descumpridas, sem a intervenção de outro poder.

Pode-se imaginar que essa prerrogativa é muito invocada pelo Poder Público quando do exercício do poder de polícia. A título exemplificativo, tem-se os casos de destruição de

---

<sup>129</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>130</sup> Cf. CARNEIRO NETO, 2015, acesso em 05 de setembro de 2017.

<sup>131</sup> Cf. MEIRELLES, 2001.

mercadorias impróprias para o consumo da coletividade, ou ainda o embargo ou destruição de obra que apresente iminente risco de desabamento, já que essas medidas administrativas geralmente exigem celeridade na execução para que seja garantido o resultado pretendido.

Emerson Affonso da Costa Moura sintetiza bem a ideia aqui apresentada:

Por meio da presunção de regular verossimilhança quanto aos fatos e legalidades quanto aos seus requisitos, dota-se o ato administrativo de uma operatividade que permite a produção dos seus efeitos de forma imediata, garantindo a celeridade e a segurança necessárias para a persecução do interesse público.<sup>132</sup>

Vale frisar que o entendimento de que o atributo de auto-executoriedade dos atos administrativos é uma decorrência lógica da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos não é unanimidade na doutrina. O certo é que essas duas prerrogativas (presunção de legitimidade e veracidade e auto-executoriedade) estão a serviço da Administração Pública como mecanismos facilitadores de suas atividades, com o intuito de lhe conferir celeridade e eficiência.

Analisar-se-á, agora, a inversão do ônus da prova, outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade.

### **3.2.2.2. Inversão do ônus da prova**

Para além da auto-executoriedade, outra consequência prática que pode ser extraída da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos é a inversão do ônus da prova. Isto é, o posicionamento doutrinário mais antigo sustenta a tese de que, com base no aludido atributo, é transferido ao interessado o ônus de impugnar o ato e comprovar sua invalidade e sua inveracidade. Esse é o efeito mais controvertido e por tal razão requer análise minuciosa.

Em linhas gerais, trata-se de uma consequência da presunção de veracidade. Ao se presumir como verdadeiros os pressupostos de fato do ato administrativo, exige-se daquele que pretende derruir a narrativa fática da Administração a incumbência não só de impugnar o ato, mas de demonstrar que este não corresponde com a realidade.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles leciona que o ônus da prova de invalidade do ato é transferido para quem o invoca. Assim, cabe ao impugnante provar o defeito apontado.<sup>133</sup> O

---

<sup>132</sup> MOURA, 2014, p. 40.

<sup>133</sup> Cf. MEIRELLES, 2001.

referido entendimento pode ser também identificado nas obras de José Cretella Júnior<sup>134</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>135</sup> e Alexandre de Moraes<sup>136</sup>.

Esse posicionamento parece se sustentar na ideia de prevalência irrestrita do público sobre o privado. Aceita-se que o ônus recaia sobre o particular, ainda que isso lhe transfira a necessidade de produzir provas de difícil ou impossível confecção (prova diabólica), uma vez que o Estado carrega consigo prerrogativas que supostamente lhe colocam em posição de abstrata superioridade em face dos indivíduos. Em apertada síntese, ao impugnante é dado o encargo de infirmar a legitimidade e a veracidade do ato contestado. Quanto à Administração, o benefício das presunções joga a seu favor.

Ocorre que a Constituição de 1988 não admite este tipo de tratamento aos institutos de Direito Público. Para o bem da verdade, a limitação do agir administrativo está justamente nos direitos e garantias fundamentais. Como decorrência deste raciocínio, há de se reconhecer que a presunção de legitimidade e veracidade que corre em favor do Poder Público merece aplicação cautelosa, com pleno respeito ao devido processo legal e às garantias do indivíduo.

Registre-se, por oportuno, que é apenas a presunção de veracidade que tem o condão de inverter o ônus da prova. Isso ocorre por uma razão muito simples: a presunção de legitimidade, como já foi dito, pressupõe que a atuação do agente público se deu em conformidade com a lei. A questão diz respeito apenas à matéria de direito. Não há, pois, matéria de fato a ser produzida, ao passo que a presunção de veracidade diz respeito à análise dos fatos, estes sim sujeitos à prova.

Dessa maneira, quando se fala em inversão do ônus da prova e suas nuances, a discussão cinge-se tão somente à presunção de veracidade dos atos administrativos.

Interessante a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que possui posicionamento temperado no que concerne à inversão do ônus probatório. Nas palavras da autora, “inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato”. Quanto ao ônus da prova, ela reconhece que a parte responsável pela propositura da ação deverá provar os fatos que fundamentam sua pretensão. Todavia, isso não autoriza dizer que a Administração está liberada de provar sua verdade. Em suma, a autora reconhece a inversão do ônus da prova, porém não de modo absoluto<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Cf. CRETILLA JÚNIOR, 1992.

<sup>135</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>136</sup> Cf. MORAES, 2005.

<sup>137</sup> DI PIETRO, 2011, p. 206.

Semelhante opinião tem Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem a inversão do ônus da prova só subsiste até que o ato seja questionado em juízo<sup>138</sup>. Lucia do Valle Figueiredo vai adiante, afirmando que a presunção se inverte quando os atos forem contestados, tanto em âmbito judicial, como na esfera administrativa. Para ela, “caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado”<sup>139</sup>.

Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari observam que compete ao Poder Público “demonstrar a legalidade de sua atuação” e, em função disso, “a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado”<sup>140</sup>.

Ainda, convém registrar a opinião de Alexandre Santos de Aragão, que em trabalho preciso sobre a temática em estudo, não concorda com a existência de um princípio da veracidade dos fatos alegados pela Administração Pública, salvo em hipóteses em que a produção de provas por parte do ente estatal se revelar de impossível realização (prova diabólica). Quanto à presunção de legitimidade dos atos administrativos, o referido autor conclui ser compatível com a Constituição Federal, “sob pena de se comprometer sua autoexecutoriedade e a ordem social. É a mesma lógica pela qual as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade”<sup>141</sup>.

A título exemplificativo, imagine-se um caso em que a Fazenda Pública lance certo tributo em face de determinado contribuinte, mas não o notifique deste ato. Passado o prazo legal, o ente público inscreve o cidadão inadimplente em dívida ativa para posterior ajuizamento de execução fiscal. Imagine-se, porém, que o contribuinte tome ciência da inscrição e pugne pela sua anulação, uma vez que não foi devidamente notificado do lançamento do tributo, o que era obrigação do Fisco.

Nesse caso, se a decisão administrativa, ou até mesmo judicial, não aceitasse o argumento do contribuinte sob o fundamento de que os atos da Administração Pública se presumem legítimos e verdadeiros e que caberia ao impugnante derruir tal presunção, estaria ela impondo verdadeira obrigação de produzir prova de fato negativo, que no caso seria demonstração da inocorrência da notificação. A prova, obviamente, é de impossível produção e provocaria uma total vulnerabilidade do contribuinte.

---

<sup>138</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>139</sup> FIGUEIREDO, 2004, p. 171.

<sup>140</sup> DALLARI; FERRAZ, 2001, p. 139.

<sup>141</sup> ARAGÃO, 2012, p. 85.



Com efeito, salta à vista a imprescindibilidade de se superar o posicionamento tradicional, haja visto o excessivo encargo que a presunção transfere ao particular. Não há como reconhecer como afinada com o texto constitucional a ideia de que a Administração não precisa consignar os pressupostos que motivaram sua atuação, sobretudo quando a atividade diz respeito a procedimentos fiscalizatórios ou sancionatórios, dada a maior invasão na esfera da liberdade ou do patrimônio do particular.

A instrução processual não tem outro fundamento senão a descoberta da verdade, servindo de ferramenta de legitimação da decisão prolatada pelo órgão competente. A prova exerce uma espécie de função política de legitimação racional do poder estatal. Sem ela, a investigação dos fatos fica à mercê do autoritarismo e a atividade administrativa passa a servir apenas para enaltecer a palavra do agente público, na contramão do que se deve esperar dentro de um Estado Democrático de Direito<sup>142</sup>.

Portanto, se é correto afirmar que a prerrogativa da presunção de legitimidade e veracidade serve como instrumento hábil a conferir maior celeridade e eficiência para a atuação estatal, não é menos certo concluir que sua aplicação merece delimitações, não podendo ser aplicada em toda e qualquer hipótese. O atributo não pode prevalecer sobre direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, a ponto de permitir a imposição de encargos excessivos e autoritários no tocante à produção probatória.

Em que pese a obsolescência do posicionamento tradicional, cabe ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais brasileiros ainda insiste em adotá-lo. É o que se pode inferir do recurso de Apelação em Mandado de Segurança nº 1002225-68.2016.8.26.0081<sup>143</sup>, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Desembargador Marcos Pimentel Tamassia.

No caso concreto, o DETRAN/SP teve sua condenação em primeiro grau, uma vez que aplicou penalidade administrativa (cassação do direito de dirigir) ao impetrante, sem lhe oportunizar o direito de defesa, haja vista a inexistência das notificações pertinentes. O magistrado a quo, acertadamente, se posicionou no sentido de que cabia ao órgão impetrado apresentar o comprovante de recebimento, pelo impetrante, das referidas notificações, pois, do contrário, estar-se-ia a exigir a produção de prova negativa por parte do cidadão, o que é inviável.

Não obstante a precisão do julgamento, o Tribunal reformou a sentença, sob o fundamento de que deveria o impetrante ter solicitado certidão à autoridade de trânsito para

---

<sup>142</sup> Cf. GUEDES. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2017.

<sup>143</sup> BRASIL, 2017, acesso em 22 de outubro de 2017.

comprovar o não recebimento das notificações, pois era seu o ônus da produção probatória, tendo em vista a presunção de legitimidade e veracidade da qual gozam os atos administrativos. Considerou o Tribunal que o impetrante dispunha de todas as condições de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e que “não restou caracterizado o não envio das notificações”<sup>144</sup>, de tal sorte que não haveria como conceder a segurança.

Veja-se que no precedente acima colacionado, a prerrogativa de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos permanece válida, mesmo após impugnação judicial, na contramão das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia do Valle Figueiredo, por exemplo, para quem a presunção não mais subsistiria.

Não bastasse isso, a decisão do órgão colegiado claramente imputou ao particular o ônus de produzir prova diabólica, pois, nos termos da fundamentação, o impetrante não merecia concessão da segurança já que não comprovou o não envio das notificações por parte da Administração Pública. Questiona-se: seria a exigência de certidões uma forma adequada e razoável para ilidir a presunção de veracidade dos atos administrativos? A resposta, por óbvio, deve ser negativa.

Servindo como regra de julgamento, a presunção desregula a paridade processual entre Estado e cidadão, impondo a este o ônus de demonstrar não apenas a ilegalidade da atuação do Poder Público, como também a dissonância dos pressupostos fáticos com a realidade, quando, na verdade, faria muito mais sentido exigir da Administração Pública a demonstração da higidez legal e fática de sua atuação, em respeito aos princípios da presunção de inocência, publicidade, transparência, motivação e da verdade real, todos plenamente vigentes na nova ordem constitucional e alinhados com o modelo de Administração Pública democrática.

Em seguida, serão estudados com maiores detalhes os princípios que possuem o condão de afastar a aplicação irrestrita da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Nesse trilho, seja pela impossibilidade de se presumir a culpa do particular em processos administrativos sancionatórios (princípio da presunção de inocência); pela determinação constitucional de que a Administração deve atuar de forma translúcida (princípio da publicidade); pela necessidade de fundamentar seus atos (princípio da motivação) ou, ainda; pelo dever de perseguir a realidade dos fatos (princípio da verdade material), o certo é que não têm mais espaço no regime jurídico-administrativo pátrio teorias que revivam o “fantasma” da

---

<sup>144</sup> BRASIL, 2017.

supremacia abstrata do público sobre o privado, tal como a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos por muitas vezes o faz.

### **3.3. Presunção de legitimidade no processo administrativo sancionatório: a questão da presunção de inocência**

Os processos administrativos podem ser classificados quanto à existência de interessados fora da organização administrativa (internos ou externos) e quanto aos efeitos lançados sobre os direitos dos interessados (ampliativos ou restritivos). Em consideração aos efeitos da presunção de veracidade dos atos administrativos – em especial a inversão do ônus da prova – a atenção, aqui, deve se voltar para os processos externos restritivos, nos quais se encontram os sancionadores, dada sua capacidade de restringir a esfera jurídica dos indivíduos, impondo-lhes punições que atinjam seu patrimônio ou sua liberdade.

Quando da aplicação de determinada sanção administrativa, o Poder Público se vale de um procedimento prévio necessário para verificar se houve, ou não, a ocorrência do ilícito capaz de gerar uma consequência negativa ao infrator. Nesse sentido, é evidente que o fenômeno sancionatório administrativo envolve o exercício da pretensão punitiva estatal.

Por conseguinte, todos os direitos e garantias fundamentais atinentes à manifestação do jus puniendi estatal devem ser aplicados, independentemente da natureza do processo (judicial ou administrativo)<sup>145</sup>. Todavia, a partir da lógica da presunção de veracidade dos atos administrativos e a consequente inversão do ônus probatório em desfavor do particular, transfere-se a este a incumbência de demonstrar sua inocência.

Ou seja, é imposto ao indivíduo processado pela Administração Pública o ônus que sempre foi do órgão acusador. Assim, caberia ao acusado provar sua inocência, em vez de a acusação ter de demonstrar a culpa de quem se pretende punir, simplesmente porque a atuação administrativa se presume hígida, até prova em contrário.

De antemão, se percebe com facilidade que este raciocínio se traduz numa completa inversão dos valores trazidos pela Constituição, especialmente pela violação direta do art. 5º,

---

<sup>145</sup> Nesse sentido, Pedro de Menezes Niebuhr e Amanda Pauli De Rolt afirmam: “O inciso LV do artigo 5º da Constituição da República foi enfático ao estabelecer que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Significa dizer que a Constituição da República reconheceu o status processual à atividade administrativa (notadamente à litigiosa), o que faz atrair, por consequência lógica, à atividade administrativa, a rede principiológica atinente ao fenômeno processual”. NIEBUHR; DE ROLT, no prelo.

LVII, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>146</sup> Como sabido, este dispositivo permite afirmar que o legislador constitucional insculpiu o princípio da presunção de inocência como um direito fundamental individual, cláusula pétrea, portanto, nos termos do art. 60º, §4º da Constituição Federal.

A presunção de inocência é, talvez, o principal elemento a ser observado quando do exercício da pretensão punitiva. Funciona como uma espécie de princípio reitor dos procedimentos acusatórios, obstando que alguém seja presumidamente culpado, sem o devido processo legal e seu adequado desfecho. A impunidade de alguns culpados acaba sendo o preço a se pagar para que nenhum inocente seja equivocadamente condenado.

Dessa maneira, a carga probatória deve recair sobre quem acusa, sem que nenhuma pessoa deva provar sua inocência. Em adição, constatada alguma deficiência na produção das provas, a decisão absolutória é medida que se impõe.

Em tempo, é precisa a lição de Aury Lopes Júnior no sentido de que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna e externa”. Na dimensão interna, o dever é imposto ao responsável pelo julgamento, determinado-se que a carga probatória recaia para quem acusa. Isso porque, se o acusado é inocente, nada precisa provar. Por outro lado, na sua dimensão externa, a presunção de inocência desautoriza que o acusado seja, abusiva e precocemente estigmatizado como culpado<sup>147</sup>. Trata-se de uma proteção contra o espetáculo midiático que se costuma montar aos arredores dos processos sancionatórios, seja na esfera administrativa, seja na esfera penal.

Demian Guedes, com amparo na obra de Agustín Gordillo, expõe que a presunção de veracidade não pode ser considerada suficiente para que o julgador forme sua convicção, que jamais poderia se traduzir no raciocínio de que na dúvida se julgue a favor do Estado. Ao contrário, a apreciação das provas deve se nortear pelo postulado do *in dubio pro libertate*<sup>148</sup>.

Nessa linha de pensamento, Alexandre Santos de Aragão pontua que a presunção de inocência é “corolário do devido processo legal, e impõe ao órgão acusador ‘o ônus substancial da prova’ da ilicitude alegada”<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Sobre eventual discussão a respeito da restrição deste princípio ao campo do direito processual penal, Pedro de Menezes Niebuhr e Amanda Pauli De Rolt esclarecem que, a despeito “da referência expressa à sentença penal no LVII do artigo 5º da Constituição da República, é certo que a ideia da presunção de inocência é ampla, aplicável à qualquer forma do *jus puniendi* estatal, inclusive administrativa”. NIEBUHR; DE ROLT, no prelo.

<sup>147</sup> LOPES JÚNIOR, 2016, p. 96-97.

<sup>148</sup> Cf. GUEDES, 2006.

<sup>149</sup> ARAGÃO, 2012, p. 79.

Transportando este raciocínio para a presente discussão, surge o questionamento: dentro dos processos administrativos externos restritivos (sancionadores), que possuem o objetivo de aplicar punições àqueles que praticarem ilícitos, teria a presunção de legitimidade e veracidade dos autos de infração (atos administrativos) o condão de derruir a presunção de inocência do acusado?

A resposta deve ser, por todo o exposto, negativa. Se assim não fosse, estar-se-ia concordando com a prevalência de um atributo doutrinariamente construído para facilitar a atividade administrativa, sobre um direito individual fundamental, gravado como cláusula pétrea da Constituição, o que parece ser um verdadeiro descalabro jurídico.

O limite das presunções aqui estudadas repousa precisamente nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Isso permite dizer que, em se tratando do exercício da pretensão punitiva do Estado na esfera administrativa, a presunção de legitimidade e veracidade não se sobrepõe ao princípio da presunção de inocência<sup>150</sup>.

#### **3.4. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da publicidade**

A publicidade está imbricada com o conceito de democracia. Uma Administração Pública democrática e, mais do que isso, um Estado Democrático de Direito tem o dever de agir com transparência, dando aos cidadãos plena ciência do que acontece em todas as fases da atividade administrativa.

Este parece ser um dos pontos centrais do conceito de democracia. Isso porque é praticamente impossível imaginar um governo que se proclame democrático, mas que na prática tome suas decisões mais importantes nos bastidores da política, sem que haja mínima participação popular e sem a devida exposição à crítica da sociedade das razões que a levaram a agir de determinada forma.

Como dizia Norberto Bobbio, “a democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente”<sup>151</sup>. O governo democrático é, pois, “o governo do poder público em público”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> NIEBUHR; DE ROLT, no prelo.

<sup>151</sup> BOBBIO, 2000, p. 29.

<sup>152</sup> BOBBIO, 2000, p. 29.

O princípio da publicidade vigora em todos os setores do agir administrativo, de modo que a regra é a transparência, ao passo que o segredo se torna exceção<sup>153</sup>, como não poderia deixar de ser dentro de um governo que se proponha menos invisível.

É de bom tom que se diga: o princípio da publicidade exige, sim, ampla divulgação dos atos praticados pelo Poder Público<sup>154</sup>, mas não se exaure com a simples exteriorização do ato administrativo ao público. Seu conteúdo é muito mais denso, impondo à Administração uma atuação translúcida durante todos os processos de tomada de decisões.

Nessa linha de raciocínio, Carlos Ari Sundfeld ensina que o princípio da publicidade obriga toda a máquina administrativa a atuar de modo aberto, o que permite dizer que é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, já que favorece seu indispensável controle<sup>155</sup>.

Além disso, Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que o aludido princípio, de caráter constitucional, consagra o dever administrativo de zelar pela transparência nos seus comportamentos. Para ele, é inconcebível que dentro de um Estado Democrático de Direito (onde o poder reside no povo) exista ocultamento aos administrados de assuntos que a todos interessam, sobretudo quando concernente a alguma medida que afete individualmente determinado particular.<sup>156</sup>

Com efeito, tem-se que a publicidade serve como importante instrumento de controle estatal, na medida em que impõe transparência e possibilita a verificação da presteza e da correção das atividades desempenhadas pela Administração, pois propicia o conhecimento da conduta dos agentes públicos.

Assim sendo, analisando-se o conteúdo desse princípio, parece não ser possível aceitar que os fundamentos de fato da atuação administrativa sejam conhecidos tão somente pelo agente público competente, “sem contar com uma exteriorização probatória objetiva”<sup>157</sup>.

Se é verdade, como alerta Norberto Bobbio, que “o poder tem uma irresistível tendência a esconder-se”<sup>158</sup>, a presunção de *veracidade* parece funcionar como uma espécie de esconderijo perfeito, uma vez que coloca a Administração Pública numa posição extremamente confortável, diante da desnecessidade de comprovação dos fatos que alega, sob o pretexto de

---

<sup>153</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>154</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

<sup>155</sup> Cf. SUNDFELD, 2001.

<sup>156</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>157</sup> GUEDES. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2017, p. 257.

<sup>158</sup> BOBBIO, 2000a. p. 387.

que o “selo” de autoridade faz com que milite a seu favor a presunção de que seus atos são verdadeiros.

Esse raciocínio enfatiza o caráter antidemocrático da presunção de veracidade e, por óbvio, sua incompatibilidade com um Estado Democrático de Direito. O dever de publicidade da Administração Pública está previsto no *caput* do art. 37º da Constituição Federal e, como tal, em virtude da normatividade decorrente da principiologia constitucional, torna-se forçoso reconhecer a necessidade de que haja uma verificação efetiva da veracidade alegada pela Administração Pública.

É oportuno trazer à baila a lição de Leonardo Greco, ao analisar a pertinência da presunção de legitimidade e veracidade em face das garantias constitucionais:

No Estado Democrático de Direito contemporâneo não pode mais prevalecer a presunção de legalidade e veracidade dos atos da Administração Pública. O Estado que se justifica tem o dever de apresentar as provas concretas dos fatos afirmados pelos seus agentes, sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio.<sup>159</sup>

Afasta-se, portanto, a compreensão tradicional de que os atos emanados pelo Estado são verdadeiros. Na verdade, este deve promover a exteriorização objetiva dos fatos que fundamentam sua atuação, tornando-a controlável, sem que seja necessário impor ao indivíduo a produção de contraprova de fatos não demonstrados e tidos como verdadeiros pela Administração ou, pior, que lhe seja exigida a comprovação de fatos negativos (prova diabólica).

### **3.5. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da motivação**

A Constituição Federal trouxe como garantias processuais fundamentais dos indivíduos o devido processo legal (art. 5º, LIV<sup>160</sup>) e o dever de obediência ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV<sup>161</sup>). Analisando-se conjuntamente as duas garantias, pode-se concluir que, tanto na esfera judicial como administrativa, ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens, sem que tenha direito a uma defesa.

---

<sup>159</sup> GRECO, 2005, p. 257.

<sup>160</sup> Constituição Federal, art. 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. BRASIL, 1988, acesso em 10 de setembro de 2017.

<sup>161</sup> Constituição Federal, 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”. BRASIL, 1988, acesso em 10 de setembro de 2017.

E mais do que o direito de se defender, o respeito ao contraditório exige que seja oportunizada à parte interessada a possibilidade de apresentar suas razões ante os fatos, documentos ou demais pontos de vista apresentados no processo<sup>162</sup>. Impõe, outrossim, que o julgador não se limite a oportunizar a apresentação de defesa, mas que, de fato, leve em consideração os argumentos apresentados por todos os sujeitos do processo.

Em síntese, conforme ensina Marçal Justen Filho, o princípio do contraditório significa que os interessados não apenas tem o direito de acompanhar todos os atos, como também de participar ativamente da atividade processual, mediante produção de provas e oitiva prévia às decisões relevantes<sup>163</sup>.

É essa também a ideia trazida por Demian Guedes, ao aduzir que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao compreenderem o direito à prova, não podem ser limitados ao simples acompanhamento das diligências realizadas pelo agente público responsável. Segundo o autor, os princípios alcançam também o direito a uma decisão administrativa precedida de provas concretas e acessíveis aos interessados, que contra elas poderão opor suas provas e razões e ajudarão na formação do convencimento do responsável pelo julgamento<sup>164</sup>.

Nesse contexto de garantias processuais, como decorrência do contraditório e do devido processo legal, encontra-se o princípio da motivação, cujo conteúdo determina à Administração Pública que aponte os fundamentos de fato e de direito das suas decisões. Toda e qualquer decisão deve vir acompanhada de um “porquê” claramente indicado.

É um princípio encartado no rol do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal. O inciso VII do parágrafo único do mencionado artigo prevê que a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”<sup>165</sup> é um dos critérios que obrigatoriamente devem ser observados pela Administração Pública.

---

<sup>162</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>163</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

<sup>164</sup> A conclusão a que Demian Guedes chega é interessante. Em suas palavras, “sem se impor à Administração o dever de fiscalizar provando, as garantias da ampla defesa e de contraditório tornam-se desprovidas de conteúdo, pois não é possível apresentar-se contraprova de fatos não provados, assim como muitas vezes se apresenta impossível a prova da não ocorrência de um fato que o Poder Público dá como ocorrido, mas não se dispõe a provar”. GUEDES, 2006, p. 122.

<sup>165</sup> BRASIL, 1999, acesso em 22 de outubro de 2017.



Importa destacar que uma decisão motivada permite o controle da atuação administrativa, além de atender ao princípio da publicidade que, conforme visto, ordena que todos os comportamentos do Estado sejam o mais transparentes possível.

Trata-se de um princípio amplamente consagrado pela doutrina pátria, como se pode notar nas obras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>166</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>167</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>168</sup> e Odete Medauar<sup>169</sup>.

A importância da motivação das decisões administrativas reside no seguinte raciocínio: se o princípio do contraditório garante à parte interessada o direito de formular suas razões diante de todo o arcabouço fático e probatório montado nos autos e, somando-se a isso, garante que o julgador levará em consideração todos os argumentos apresentados pelas partes, nada mais lógico que este seja obrigado a apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos que o levaram a tomar sua decisão.

Motivar a decisão é garantir ao cidadão o conhecimento das razões que levaram o agente público a se posicionar de modo favorável ou contrário ao seu interesse. Isso garante, ainda, o direito de recorrer da decisão à própria Administração Pública ou ao Poder Judiciário, uma vez que só é possível recorrer, ao menos no mérito, daquilo que se conhece.

Ocorre que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, se aplicada nos moldes do entendimento doutrinário tradicional, parece esvaziar o conteúdo do princípio da motivação, na medida em que encampa uma atuação instrutória desidiosa por parte da Administração, já que suas alegações serão presumidamente verdadeiras.

É que se for compreendida como “elemento apto a livrar o Poder Público do ônus da prova no processo administrativo”, a prerrogativa de presunção de veracidade “só serve à inatividade estatal, à desvinculação do Poder Público com a verdade e à proteção de desvios”<sup>170</sup>. E, logicamente, esta não pode ser uma consequência aplaudida dentro de um Estado Democrático de Direito.

Então, se no âmbito dos processos administrativos a Administração Pública, além de parte, é também a encarregada dos julgamentos, e estes julgamentos devem obedecer aos princípios do contraditório – o qual impõe que seja dado à parte a oportunidade de reagir ante as informações (fatos, documentos, perícias e demais diligências) – e da motivação – cuja

---

<sup>166</sup> Cf. DI PIETRO, 2011.

<sup>167</sup> Cf. MELLO, 2012.

<sup>168</sup> Cf. CARVALHO FILHO, 2008.

<sup>169</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>170</sup> GUEDES, 2006, p. 120.

essência consiste na obrigação da Administração Pública motivar os fundamentos de fato e de direito das suas decisões –, é imperioso que os pressupostos fáticos narrados pelo Poder Público sejam cabalmente demonstrados na medida do possível, a fim de que se garanta, também, a própria imparcialidade dos julgamentos administrativos.

Em uma última análise: enquanto parte e julgadora dos processos administrativos, a Administração tem o dever de demonstrar a veracidade dos fatos que alega, não lhe sendo permitido se valer da presunção de veracidade como uma espécie de escudo contra os cidadãos. A lógica é a seguinte: se se deve respeito ao contraditório, ao devido processo legal e ao princípio da motivação, é impossível aceitar que os fatos narrados já sejam presumidamente verdadeiros, pois eles servirão não apenas como argumento da parte, mas como razão de decidir, de modo que precisam estar suficientemente demonstrados, sob pena de esvaziamento do conteúdo dos princípios mencionados.

### **3.6. Presunção de legitimidade e veracidade x princípio da verdade material**

No Direito, não raro se vê nas atividades legiferante e judicante o uso de presunções, como forma de conferir segurança jurídica a algumas situações em que a persecução pela verdade se mostra prejudicada. Presume-se, de forma relativa ou absoluta, a validade ou verdade de uma relação jurídica, pois se reconhece que a atividade de reconstrução dos eventos que ocorrem no mundo fenomênico encontra limitações.

Pode-se dizer que presumir significa “proceder a um juízo baseado em elementos indiciários, reputar algo como válido ou inválido (no que se refere ao direito), verdadeiro ou falso (quanto aos fatos), até segunda ordem”. É, portanto, uma avaliação provisória sobre um fato, sujeita à comprovação de sua condição contrária<sup>171</sup>. Em outras palavras, “consiste numa concepção formal de verdade. Um mecanismo formal de definição do que é verdadeiro”<sup>172</sup>.

A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos cria, em favor das alegações feitas pelo Poder Público, uma presunção relativa de que a atividade foi desempenhada segundo a lei, e que a narrativa fática corresponde à realidade. Isso significa dizer que, segundo a doutrina tradicional, os atos da Administração Pública são legítimos e idôneos, até prova em contrário, cabendo ao particular interessado infirmar esta presunção.

---

<sup>171</sup> PIRES, 2006, p. 322.

<sup>172</sup> CARNEIRO NETO, 2015, acesso em 05 de setembro de 2017.

Importante frisar, nesse contexto, a distinção existente entre verdade formal e verdade material. Segundo Marçal Justen Filho, a verdade formal é aquela empregada quando se procura indicar uma situação de certeza quanto aos fatos controvertidos no processo, gerando uma presunção de que a produção probatória foi adequada e convincente quanto às ocorrências fáticas relevantes ao litígio. Por outro lado, a verdade material aponta para a necessidade de que o processo traduza, peremptoriamente, a realidade dos fatos objeto da controvérsia, de maneira manifesta e inarredável<sup>173</sup>.

Pois bem. Estabelecidas as diferenças entre as verdades material e formal, bem como a ideia de que a precariedade é inerente à técnica das presunções, cumpre agora analisar o conteúdo do princípio da verdade material, cotejando-o com a prerrogativa de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Em linhas gerais, trata-se de um princípio processual administrativo que, ao contrário do que ocorre em âmbito judicial, impede que a autoridade julgadora permaneça inerte no que se refere à produção probatória e demais diligências, uma vez que o escopo a ser atingido é, justamente, a descoberta da verdade material sobre os fatos controvertidos. Exige-se, assim, que a Administração Pública adote as medidas cabíveis para reconstruir com fidedignidade a realidade fática.

Para Odete Medauar, o princípio da verdade material – que também pode ser examinado sob o signo de verdade real – exprime o comando para o Poder Público não se dar por satisfeito com as versões oferecidas pelos sujeitos do processo. Assim, todas as decisões devem ser tomadas com base nos fatos conforme se apresentam na realidade<sup>174</sup>.

Nessa senda é a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem, nos processos administrativos, em virtude do aludido princípio, é dado à Administração Pública conhecer de provas novas, ainda que produzidas em outros processos ou decorrentes de fatos supervenientes, a fim de comprovar suas alegações<sup>175</sup>.

A exigência de que toda a sistemática processual administrativa seja pautada pela descoberta da verdade material (ou verdade real), conduz à conclusão de que uma concepção formal de verdade, tal qual a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos produz – pois fundamenta sua validade no sujeito responsável pela emanção do ato

---

<sup>173</sup> Cf. JUSTEN FILHO, 2011.

<sup>174</sup> Cf. MEDAUAR, 2007.

<sup>175</sup> Cf. MEIRELLES, 2001.

(autoridade) –, não pode ser tida como satisfatória dentro de Administração Pública democrática, pautada pela horizontalidade entre Estado e cidadão.

Essa autolegitimação estatal reclama urgente revisão, sob pena de ser mantido um modelo autoritário, vertical e antidemocrático de Administração, (des)orientado por prevalências apriorísticas e presunções que não satisfazem as obrigações de publicidade, transparência e busca da verdade material dos fatos.

Alexandre dos Santos Aragão, citando Lúcia Valle Figueiredo, entende não mais ser admissível que no processo administrativo vigore uma demonstração fática lacônica, que se funda sob uma concepção formal de verdade<sup>176</sup>.

A busca pela verdade real, inclusive, remete aos ideários de justiça mais remotos. Parece impossível imaginar uma situação em que pressupostos fáticos falsos fundamentem uma consequência justa. Ou seja, a partir de uma premissa em descompasso com a realidade, inexoravelmente, a justiça já se distancia a passos largos.

Nessa linha de raciocínio, Leonardo Greco identifica um nexos causal existente entre a verdade e a legitimação do poder. Afirma ele que:

em todos os tempos, a idéia de Justiça como objetivo do direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida, tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.<sup>177</sup>

Daí ser possível notar que a busca pela verdade guarda relação não apenas com a noção de justiça, mas com a própria ideia de legitimação do poder estatal em face da sociedade civil. E, em razão disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos encontra no princípio da verdade material mais um elemento limitador, na medida em que o primado da verdade (que tem na instrução probatória seu ápice) impõe à Administração Pública o dever de atuação consoante à realidade dos fatos, sem se valer das presunções como escusa para fundamentar seus pleitos e suas decisões.

---

<sup>176</sup> Cf. ARAGÃO, 2012.

<sup>177</sup> GRECO, 2005, p. 443.

### **3.7. Presunção de legitimidade e veracidade e paradigma emergente da Administração Pública democrática**

A nova ordem constitucional trouxe consigo um modelo democrático de Administração Pública. Conforme já estudado, trata-se de um modelo que reforça a posição de centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico, na medida em que seu objetivo principal é a promoção dos direitos e garantias fundamentais e a efetiva participação do cidadão na vida política do Estado.

Nesse diapasão, vale lembrar que a compreensão do novo regime jurídico-administrativo passa pela exigência de uma perspectiva ampliada de transparência e publicidade da atuação administrativa, deslocando-se o “foco decisório da autoridade administrativa para a consensualidade democrática”<sup>178</sup>.

Como regra, as decisões tomadas no seio do Poder Público devem ouvir previamente o cidadão e levar em consideração suas ponderações. Por isso se mostra necessária uma reformulação dos institutos do Direito Público, para que se alinhem aos ditames insculpidos na Carta Política de 1988.

No modelo atual de Administração ainda se encontram vários resquícios autoritários, fundados, em larga medida, na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, tal como ocorre com o atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Não se pode negar que essa prerrogativa estatal serve como importante ferramenta para conferir celeridade e eficiência às atividades administrativas, haja visto possibilitar a execução das deliberações tomadas, sem a necessidade de interferência do Judiciário. Mas, se o foco decisório é deslocado do agente público para o cidadão, é inegável reconhecer que as técnicas de presunção em favor do Poder Público merecem análise cautelosa, sob pena de suplantarem direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A discussão ganha destaque quando transportada para o âmbito do processo administrativo, eis que nesse ambiente se afiguram os maiores conflitos de interesses entre Estado e particular. Nesse sentido, quando confrontado com princípios informadores da atividade administrativa processual, percebe-se que o princípio da veracidade dos atos administrativos exerce uma função anti-democrática, porquanto impõe, em desfavor dos cidadãos, ônus probatórios notadamente excessivos, como prova de fatos negativos, por

---

<sup>178</sup> CRISTÓVAM, 2015, p. 308.

exemplo. É imprescindível exigir a exteriorização objetiva (prova) dos fatos alegados pela Administração, como forma de se legitimar sua atuação.

Cumpre, pois, dividir a conclusão deste capítulo em dois cenários. O primeiro deles sobre a presunção de legitimidade e o segundo acerca da presunção de veracidade dos atos administrativos.

A ideia de presunção de legitimidade, fundada no princípio da legalidade, se mostra compatível com a ordem constitucional, pois permite a auto-executoriedade dos atos administrativos, importante ferramenta para a Administração Pública operacionalizar suas atividades, em respeito aos princípios da celeridade e da eficiência. A lógica é a mesma pela qual as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade. Vale lembrar, no entanto, que essa presunção só se mantém até que o ato seja impugnado (na esfera judicial ou administrativa), ocasião em que a paridade processual entre as partes deve ser a regra. Ou seja, da mesma forma que o impugnante deve apresentar as razões pelas quais acredita que o ato esteja em desconformidade com o direito, cabe à Administração demonstrar a legalidade de sua atuação.

Em contrapartida, a presunção de veracidade dos atos administrativos não encontra guarida na Constituição Federal, pois possui traços por demais autoritários, incompatíveis com o modelo de Administração Pública democrática e com o Estado Democrático de Direito. A prolação de um ato por alguém investido na condição de autoridade não têm o condão de derruir os princípios centrais do ordenamento jurídico pátrio.

A imprescindibilidade da presunção de inocência nos procedimentos acusatórios, a imposição constitucional de transparência do comportamento administrativo, a necessidade de motivação das decisões e a busca pela verdade material e não apenas formal, corroboram com a tese aqui sustentada. Todos estes princípios se sobrepõe à prerrogativa estatal de presunção de veracidade.

Não mais convive no ordenamento brasileiro um modelo estático de Administração Pública, que se baseia em presunções e autolegitimações que pouco se perfilham com o modelo democrático instaurado em 1988. Repise-se, por oportuno, que a demonstração fática sumária, retratada na concepção formal de verdade, não tem mais espaço quando posta em conflito com os princípios acima mencionados, razão pela qual a presunção de veracidade dos atos administrativos não foi recepcionada pela Carta Magna brasileira, responsável por implementar um modelo democrático de Administração Pública.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo teve por objetivo analisar a compatibilidade do atributo de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos com o modelo de Administração Pública democrática, cujas bases foram inauguradas com o advento da nova ordem constitucional.

O primeiro capítulo teve o condão de fornecer as bases teóricas do neoconstitucionalismo e suas principais consequências para a cultura jurídica, como a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, a força normativa dos princípios e o deslocamento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais para o eixo axiológico central dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, fenômenos estes que foram recepcionados no território brasileiro. Ainda, constatou-se que a Constituição de 1988 foi responsável pela redemocratização do país, fato que repercutiu social, política e juristicamente, em especial nas relações público-privadas entre Estado e particulares.

Assim, percebeu-se a imprescindibilidade de releitura e reinterpretação de conceitos e institutos jurídicos, sobretudo no âmbito do Direito Administrativo, ramo jurídico ainda permeado por dogmas com resquícios autoritários e relutante à mudanças.

No segundo capítulo, buscou-se evidenciar que a nova ordem constitucional não recepcionou a teoria da supremacia do interesse público sobre o particular, uma das pedras angulares do regime jurídico-administrativo vigente e responsável por fundamentar presunções e prevalências abstratas em favor do Estado.

Nessa ordem de ideias, constatou-se que o paradigma emergente da Administração Pública democrática, orientado pela vinculação às normas constitucionais e pela participação da sociedade civil, é o modelo administrativo desejado pela Constituição Federal e o único capaz de verdadeiramente atender ao interesse público (compreendido como resultado de um método ponderativo de interesses contrapostos). Além de otimizar o principal objetivo do Poder Público, que é a promoção de direitos fundamentais, o modelo democrático traz o cidadão para colaborar com as atividades administrativas através de canais de comunicação, o que, inegavelmente, legitima sobremaneira toda atuação estatal.

Por último, no terceiro capítulo, a intenção foi perquirir acerca da compatibilidade entre o paradigma emergente estudado e a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, uma vez que esta prerrogativa da Administração parecia desalinhada com as novas diretrizes traçadas pela Constituição Federal. A problemática central, portanto, girou em

torno das consequências gravosas que a invocação da presunção, seja pela Administração Pública, seja pelo Judiciário, podem causar aos particulares, sobretudo quando lhes impõem deveres excessivamente onerosos, tal qual a produção de provas negativas (doutrinariamente conhecidas como provas diabólicas).

Analisados os contornos conceituais tradicionalmente conferidos pela doutrina publicista à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, bem como seus fundamentos e suas consequências práticas, foi realizado um cotejo entre este atributo administrativo e princípios jurídicos que aparentemente com ele colidiam.

A conclusão extraída, para fins didáticos, foi dividida em duas partes. É que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos pressupõe não apenas a conformidade da manifestação estatal com o Direito (legitimidade), mas também que a narração fática consignada foi feita de acordo com a verdade (veracidade).

A ideia de presunção de legitimidade, fundada no princípio da legalidade, se mostra compatível com a ordem constitucional, pois permite a auto-executoriedade dos atos administrativos, importante ferramenta para a Administração Pública operacionalizar suas atividades, em respeito aos princípios da celeridade e da eficiência. A lógica é a mesma pela qual as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade. Vale lembrar, no entanto, que essa presunção só se mantém até que o ato seja impugnado (na esfera judicial ou administrativa), ocasião em que a paridade processual entre as partes deve ser a regra. Ou seja, da mesma forma que o impugnante deve apresentar as razões pelas quais acredita que o ato esteja em desconformidade com o direito, cabe à Administração demonstrar a legalidade de sua atuação.

Em contrapartida, verificou-se que a presunção de veracidade dos atos administrativos não encontra guarida na Constituição Federal, pois possui traços por demais autoritários, incompatíveis com o modelo de Administração Pública democrática e com o Estado Democrático de Direito. A prolação de um ato por alguém investido na condição de autoridade não têm o condão de derruir os princípios centrais do ordenamento jurídico pátrio.

A imprescindibilidade da presunção de inocência nos procedimentos acusatórios, a imposição constitucional de transparência do comportamento administrativo, a necessidade de motivação das decisões e a busca pela verdade material e não apenas formal, corroboram com essa conclusão. Todos estes princípios se sobrepõem à prerrogativa estatal de presunção de veracidade e afastam sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro.



## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano. 3.ed. Milão, Giuffrè, 1960. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, janeiro/abril de 2012, p. 73-87.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 24, 1998, p. 159-184.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2 ed. Belo horizonte, Fórum, 2017, p. 31-62.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 55, jan./2006 (a), p. 39-76.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, vol. 384, mar/abr 2006, p. 71-104.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política - A filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro, Campus, 2000 (a).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação em Mandado de Segurança nº 1002225-68.2016.8.26.0081*. Relator: Desembargador Marcos Pimentel Tamassia. São Paulo, SP, 25 de julho de 2017.

CARNEIRO NETO, Durval. Presunção de legitimidade: nem sempre é como diz o guarda da esquina. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-DURVAL-CARNEIRO-NETO.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba, Juruá, 2015.

\_\_\_\_\_. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro! In: *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 75, abril de 2017, p. 219-242.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2016.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2004.

GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo na execução fiscal. Execução civil (questões polêmicas)*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (orgs.) São Paulo, Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. O conceito de prova. In: Estudos de direito processual civil. Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da Administração Pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. In: *Interesse Público*. Porto Alegre, ano 7, nº 35, p. 99-125, janeiro/fevereiro de 2006, p. 99-125.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

LIMA, Newton de Oliveira. Suprema corte norte-americana: uma visão histórico-constitucional. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 35, jul/dez 2009, p. 135-152.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo, Atlas, 2005.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. A presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos na Administração Pública contemporânea. In: *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 14, n.161, jul. 2014, p. 34-44.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; DE ROLT, Amanda Pauli. *O ônus da prova da acusação nos processos administrativos: A prevalência do princípio da presunção de inocência frente à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos*. No prelo.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais*. [s/d]. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo\\_justino\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf)>, p. 6802-6821. Acesso em: 10 set. 2017

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. In:

*Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, nº 54, janeiro/março de 2006, p. 318-335.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. ano 1, n.1, jan/mar 2007. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 95-133.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares - esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação*. Coimbra, Almedina, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 16 set. 2017.

\_\_\_\_\_. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo, Malheiros, 2001.

TOURAINE, Alain. *O que é democracia?* Petrópolis, Vozes, 1996.